

# O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## Método reconstutivo e as possibilidades e limites à interpretação constitucional<sup>1</sup>

*Gabriela Costa e Silva<sup>2</sup>*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Dos nortes interpretativos constitucionais em relação aos direitos fundamentais. 3 Características e atributos potencializadores dos direitos fundamentais. 4 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a consolidação da ideia de deveres institucionais. 5 Método reconstutivo: entre a tópica e a interpretação concretista. 5.1 Das possibilidades. 5.2 Dos limites. 6 Conclusão.

### 1 • INTRODUÇÃO

A evolução do neoconstitucionalismo teve como um dos seus efeitos mais marcantes o reconhecimento da jurisdição constitucional como palco de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Essa perspectiva também é uma das responsáveis por reforçar a tese da força normativa da Constituição, considerando-a como “[...] um conjunto de normas jurídicas fundamentais, condicionadas pela cultura total, e, ao mesmo tempo, condicionantes dela” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 35).

O referido conceito pressupõe que, para além da sua acabada conformação, a Constituição também seria fator de impulsionamento à modificação da realidade vigente, possuindo seus dispositivos diversas classes e graus de aplicabilidade para o desempenho desse mister. Estejam eles expressos por meio de regras ou de princípios, o que se deve ter em mente é que gozam do atributo da “pretensão de eficácia”, de acordo com as lições cunhadas por Konrad Hesse (1991, p. 15).

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, como órgão último de interpretação constitucional no Brasil, teria diante de si o desafio de superar certos argumentos que limitariam tal atributo, reconhecendo, em definitivo, o seu papel como instituição impulsionadora da sociedade às finalidades determinadas pela Constituição.

---

1 O presente artigo foi elaborado como adaptação do capítulo cinco da dissertação de mestrado da autora, de título “Substancialismo aplicado à jurisdição constitucional: possibilidades e limites de concretização dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro”, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, em 18.8.2020, sob a orientação do Prof. Pós-Doutor Dirley da Cunha Júnior, como parte dos requisitos para a obtenção do título de mestre naquela Universidade. Íntegra disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/24252/1/GABRIELA%20COSTA%20E%20SILVA.pdf>.

2 Analista Processual do Ministério Público da União (PRT – 15ª Região). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC).

Para isso, se deverá considerar, em primeiro plano, que a atribuição de sentidos jurídicos às prescrições normativo-constitucionais não é uma tarefa meramente descritiva, mas sim de *reconstrução* de significados, tendo por intuito o ato de “potencializar a realização da justiça” (SOARES, 2010a, p. 136). E apesar de parte da doutrina reputar que a atividade de reconstrução se identificaria com a atividade “criadora” do Direito, equiparando-a à função legislativa, há que se ter em mente que ela não deixará de ser de natureza *judicial*, uma vez que a interpretação e a aplicação do Direito pelos tribunais não se confundem com a atividade de edição de diplomas normativos atribuída aos agentes do poder político, de acordo com o sistema de divisão funcional vigente.

Essa ideia importará, principalmente, para a reafirmação de que aplicar os dispositivos constitucionais em caso de omissões ou violações perceptíveis a direitos fundamentais não é um ato de interferência institucional indevida, mas representa, em verdade, tarefa materialmente designada ao órgão exercente da jurisdição constitucional.

Por esse motivo, no bojo deste artigo, serão delimitadas formas interpretativas tendentes a garantir a aplicação mais abrangente possível dos direitos fundamentais no âmbito das questões levadas ao Supremo Tribunal Federal, na condição de exercente da jurisdição constitucional brasileira, levando-se em consideração a natureza de mandados de otimização (ALEXY, 2008, p. 90) dos princípios de direito fundamental, conforme amplamente elucidado pela doutrina consolidada sobre o assunto.

## 2 · DOS NORTES INTERPRETATIVOS CONSTITUCIONAIS EM RELAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, é preciso salientar que a referência e o parâmetro para as atividades de interpretação e aplicação das normas constitucionais são encontrados no próprio ordenamento jurídico pátrio. Nesses termos:

[...] a substantividade da Teoria da Constituição se apresenta como uma inovação em face das posturas positivistas passadas e presentes, pois toda Constituição funda-se em valores que se exprimem em princípios constitucionais, como a liberdade, a igualdade, a fraternidade e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, conferindo uma dimensão axiológica e teleológica ao constitucionalismo moderno. (SOARES, 2010b, p. 123).

Para o cumprimento dessas funções, deve-se ter em mente que, apesar de a interpretação e a aplicação das normas constitucionais estarem guiadas pelo princípio da unidade e de se argumentar, em decorrência disso, que não haveria, *a priori*, hierarquia entre os dispositivos constitucionais, é possível perceber que seu texto apresenta determinados valores materiais que poderiam gozar de posição de predominância ou pelo menos de *status* diferenciado na aplicação normativa em virtude de servirem de guia para toda a atuação estatal.

Enquanto as normas de organização e procedimento, por exemplo, são *meios* para atingir determinados resultados, os valores fundamentais positivados na Constituição são os *fins* para os quais essas funções apontam. Por isso, não se pode negar a força vinculante das normas que os expressam, sob pena de se retirar desse documento os atributos de impulsionamento para os fins sociais do Estado, senão vejamos:

Em suma, como podemos observar das Declarações sumariamente examinadas, é nítida a opção pelo Estado como *instrumento*, e pelo homem como o *fim*. Não

foi sem propósito que a Constituição Brasileira de 1998 dispôs, primeiramente, dos direitos fundamentais (Título II) e, somente após, da organização do Estado (Título III) e do Poder (Título IV), dando claras amostras de que o Estado é o *instrumento* por meio do qual o homem – o *fim* – satisfaz seus direitos. O Estado só existe e só se justifica se respeitar, promover e garantir os direitos fundamentais do homem. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 483, grifos do original).

Tendo em vista esse atributo de *instrumentalidade* do Estado e dos meios dos quais este dispõe para a salvaguarda dos direitos mais basilares da pessoa humana, é possível vislumbrar que os dispositivos constitucionais responsáveis por direcionar a atividade pública não apenas organizam o poder, mas, em verdade, colocam-no em função de determinados objetivos e finalidades.

Sobre isso, Otto Bachof (2009) teria criado, na Alemanha, proposta teórica que previa até mesmo a existência de graus hierárquicos distintos entre as normas constitucionais, concluindo que seria possível a declaração de inconstitucionalidade de normas também constitucionais por violações ao direito chamado por ele de “supraregal”. Com isso, o autor pretendia defender a existência de preceitos materiais fundamentais da Constituição em detrimento de “[...] normas constitucionais de significado secundário” (BACHOF, 2009, p. 54).

Nesse caso, apesar de muitos o acusarem de jusnaturalista pela referência que faz a postulados de justiça como “[...] respeito e a proteção da vida humana e da dignidade do homem, proibição da degradação do homem num objeto, direito ao livre desenvolvimento da personalidade, exigência da igualdade de tratamento e proibição do arbítrio” (BACHOF, 2009, p. 2), é de se ponderar que esta não poderia ser uma crítica absorvida para o caso brasileiro, já que todas essas expressões, apesar de seu evidente vértice axiológico, estão devidamente positivadas pela Constituição Federal pátria, gozando de natureza deontológica e, por isso, de força normativa.

Seguindo essa linha, o art. 60 da CRFB determina, em seu § 4º, a existência de determinados imperativos, os quais, devido ao seu grau de importância no papel de contenção das forças estatais, não poderiam ser colocados à discricionariedade do poder constituinte derivado, atribuindo-se a estes o caráter de super rigidez que impede a sua total abolição do ordenamento jurídico por meio das chamadas emendas constitucionais. São, portanto, os mandamentos de rigidez: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos poderes; e, por fim, IV – *os direitos e garantias individuais*.

Sobre esse último inciso, ressaltamos que, apesar de o termo “individuais” adjetivar “direitos e garantias”, entendemos que o dispositivo não pode sofrer interpretação limitativa, abarcando apenas os direitos fundamentais de natureza individual.<sup>3</sup> Em verdade, a proteção da super rigidez constitucional “[...] alcança todos

---

3 Exemplo de defesa dessa percepção limitativa encontra-se no texto de Gilmar Mendes, o qual entende que a proteção dada pelo art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição se limitaria aos direitos elencados no art. 5º. Para ele, “[...] enquanto os direitos individuais propriamente ditos – especialmente os chamados direitos de liberdade e de igualdade – guardam, na sua essência, certa uniformidade e coerência ao longo da história constitucional dos diversos países e são, por isso, considerados núcleo essencial e indispensável do Estado de Direito, os direitos sociais são dotados de conformação variada ou diversa, de acordo com o estágio de desenvolvimento de uma dada sociedade, e podem (devem) sofrer adaptação ou atualização no decorrer do tempo”. (MENDES, 2009, p. 452).

os direitos e garantias fundamentais, incluindo os de natureza coletiva e difusa e os direitos sociais” (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 207).

Ademais, é preciso destacar que, para além da super rigidez de todo o rol de direitos fundamentais inscritos no texto constitucional, é preciso alertar para o fato de a Constituição apresentar em posição propedêutica uma gama de valores, objetivos e fundamentos que condicionam as atividades, não apenas do legislador e constituinte derivado, mas também de todo e qualquer órgão do poder estatal.

Sendo assim, os exercentes do poder, eleitos ou não, deverão observar as seguintes disposições no desempenho de suas funções:

- a. O *preâmbulo*, que, apesar de considerado por muitos como desprovido de força normativa, revela que a Constituição por ele inaugurada está inserida no contexto de um “Estado Democrático”, com claro objetivo de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos da sociedade;
- b. O *Título I*, no qual se determinam:
  - b.1. Como *fundamentos do Estado*, os valores da cidadania, da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre-iniciativa e do pluralismo político (art. 1º). Através dessas ideias, reconheceu-se que “[...] é o Estado que existe em função da pessoa humana e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal” (SARLET, 2012, p. 80);
  - b.2. Como *objetivos*, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades (art. 3º);
  - b.3. Como *princípios para suas relações com outros Estados*, a prevalência dos direitos humanos e a cooperação para o progresso da humanidade (art. 4º);
- c. O *Título II*, no qual se dispõem em posição de destaque os *direitos e garantias fundamentais*, individuais e coletivas, que salvaguardam aos indivíduos não só direitos à liberdade, igualdade (art. 5º), mas também direitos sociais (art. 6º) e políticos (art. 14);
- d. E o encerrativo *Título VIII*, que elenca diversas disposições genéricas (*direitos de todos*) e vinculativas (*deveres do Estado*), como os direitos à saúde (art. 196), à educação (art. 205) e ao meio ambiente sadio e equilibrado (art. 225).

Verificada, portanto, a riqueza de detalhes com a qual a Constituição Federal brasileira aborda a questão dos direitos fundamentais e de sua aplicabilidade, é de se ponderar que, pelo atual estado de coisas, o maior desafio não seria mais o de se reconhecer positivamente esses direitos, mas sim o de garantir seu pleno exercício e gozo por parte dos jurisdicionados (BOBBIO, 2004, p. 23). Por isso é que se diz que, nessa etapa, ultrapassadas as ingenuidades do direito natural clássico, a maior preocupação seria a da efetivação desses direitos.

Nesse esteio, será feito a um esforço acerca das características e potencialidades das normas definidoras de direitos fundamentais, determinando-se as possibilidades diante das quais o Supremo se encontra para o desempenho do encargo de efetivação destas, ainda que no âmbito das demandas de questionamento das leis e atos normativos em abstrato ou no exercício de uniformização da jurisprudência nacional.

### 3 · CARACTERÍSTICAS E ATRIBUTOS POTENCIALIZADORES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A busca do pleno potencial das normas de direito fundamental envolve, em primeiro lugar, superar o discurso isolacionista que coloca em risco a eficácia integradora da Constituição. Nessa hipótese, se a previsão normativa de valores fundamentais existe e se ela é invocada por aquele que, de maneira legítima e regular, provoca a jurisdição constitucional, não deveria haver razões para a recusa da sua aplicação. Nesse caso, caberia ao operador apenas ajustar-se, em maior ou menor grau, às finalidades impostas pela Constituição, não deixando de se esquivar delas por invocar não estar juridicamente respaldado para tal.

Sendo assim, a primeira característica potencializadora de relevo dos direitos fundamentais seria o fundamento primordial que os direciona, direta ou indiretamente: a *dignidade da pessoa humana*, também designada de “fundamento dos fundamentos”. Este seria o *critério unificador* dos direitos fundamentais, *vetor de interpretação* para toda modalidade de lei ou ato normativo, incluindo os de natureza constitucional.

Apesar das discordâncias teóricas sobre a natureza jurídica dessa construção, é de se destacar que ela não poderá ser considerada uma mera abstração ou termo de natureza puramente axiológica, uma vez que a Constituição consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, inciso III).

Dito isso, é necessário apontar que, embora seja um termo de difícil conceituação, existe na doutrina determinado consenso em se fazer referência à concepção kantiana do termo, representada pela máxima: “[...] a pessoa é um fim em si mesmo, não podendo converter-se em instrumento para a realização de um eventual interesse” (SOARES, 2010b, p. 128). Por meio dessa visão, a pessoa humana não poderia se comparar com as “coisas”, que são valoradas pelo qualitativo do “preço”, em virtude do seu atributo de instrumentalidade. Desse modo, assevera-se como repudiável toda e qualquer espécie de conduta que venha a reificar ou instrumentalizar o ser humano.

A consolidação dos direitos fundamentais representa o fortalecimento dessa ideia nas diversas modalidades de interação entre o Estado e a pessoa humana e entre as próprias pessoas humanas em suas relações privadas. Por isso é que se diz que todos os direitos e garantias fundamentais, ainda que em diferentes intensidades, desaguam na noção da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, o “fundamento dos fundamentos”, apesar de ser um termo de cunho filosófico e tessitura aberta, não perderá seu caráter de núcleo essencial e parâmetro de justificação dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, considerando-se que todos eles deverão objetivar não outra coisa a não ser a visão do homem como fim em si mesmo, e não como objeto à disposição do poder estatal ou do poder privado. Por essa razão, afirma-se que seu conteúdo “[...] reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais” (SARLET, 2012, p. 52), e, nesse caso, de maneira especial, ao Supremo Tribunal Federal.

Dito isso, é preciso reconhecer que, embora as prescrições de direito fundamental também se inscrevam na Constituição através de conceitos mais abertos, e, por isso, majoritariamente sob a forma de princípios constitucionais, deve-se reafirmar que, ainda assim, não deixarão de também possuir o atributo da força normativa.

Nesse sentido, e com suporte nas ideias de Humberto Ávila (2014), compreende-se que quando um dispositivo normativo se configura na forma de princípio, as finalidades por ele impostas deixam de ser meros valores axiológicos ou conselhos dados aos destinatários, para se investir dos atributos da generalidade e imperatividade atribuídos às normas jurídicas.

Partindo do problema da “forma” de apresentação dos direitos fundamentais para a sua “abrangência”, é preciso apontar para o fato de o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal consagrar a *abertura material* dos direitos fundamentais, atribuindo a eles, então, a característica da *inesgotabilidade*, aqui apontada como segundo fator de potencialização dos referidos direitos. Em reprodução ao teor do mencionado artigo, é de se definir, por meio deste conceito, que os direitos fundamentais já existentes e elencados em todo corpo da Constituição “[...] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º, CRFB).

Isso demonstra que as atuações em torno dos direitos fundamentais devem tender a ser sempre expansivas, e não restritivas, ainda que regidas pelo princípio da unidade e pelo caráter da relatividade que significa a possibilidade de “cedência recíproca” entre direitos fundamentais em eventual conflito.<sup>4</sup>

A ideia de relatividade dos direitos fundamentais, de sua vez, deve vir acompanhada do intuito do menor comprometimento possível do direito fundamental que demonstre ter menor relevância para preponderar no caso *sub judice*. Isso derivaria do também atributo da *indivisibilidade* dos direitos fundamentais que os coloca dentro de um mesmo regime jurídico, o que garante a base de fundamentação para o postulado da *coerência*.

Para reforço do argumento, destaca-se que existe o imperativo de “não abolição” dos direitos fundamentais devidamente registrado no texto constitucional, quando se consagra, no art. 60, § 4º, IV, que os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas indisponíveis à discricionariedade dos órgãos estatais. Nesse sentido, veda-se qualquer proposta “[...] tendente a abolir, mitigar, atenuar ou reduzir” (MENDES, 2009, p. 447) o sentido e as finalidades destes direitos. Em outras palavras, isso quer dizer que, se alguma operação houver que ser feita em torno dos direitos fundamentais, esta deverá ser a fim de garanti-los da maneira mais abrangente possível, e não para reduzi-los em sua eficácia, buscando-se nos dispositivos que impõem objetivos e finalidades ao Estado o fundamento racional para isso.

Dessa maneira, tais atributos aplicam-se aos direitos fundamentais em todas as suas modalidades, ainda que a sua origem não seja diretamente constitucional, ou, melhor dito, ainda que se trate de direito fundamental *por inferência* ou *decorrente*,<sup>5</sup> conforme se expõe:

4 A “cedência recíproca” deriva da aplicação do postulado da concordância prática de aplicação normativa, e tem por objetivo fazer com que “valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários” (ÁVILA, 2014, p. 187) se harmonizem ao máximo, devendo-se buscar através de concessões recíprocas a harmonização entre os princípios eventualmente conflitantes, servindo a aplicação do postulado também ao atributo da unidade constitucional.

5 Nesse particular, acredita-se que a utilização do termo “implícito” poderia gerar enfraquecimento do argumento da força normativa do direito fundamental que é sobreinterpretado da Constituição.

[...] os *direitos fundamentais implícitos* (aqueles subentendidos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais expressas) e *decorrentes* (aqueles decorrentes do regime e dos princípios que a Constituição adota) e *os direitos fundamentais previstos na Constituição, mas fora do catálogo e em tratados internacionais* (ou seja, aqueles decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte) são direitos constitucionais fundamentais, com todas as consequências jurídicas daí decorrentes: são protegidos pela Constituição; não podem ser abolidos, nem mesmo por emenda constitucional e vinculam imediatamente os poderes públicos, além de desfrutarem de aplicabilidade imediata e servirem de parâmetro obrigatório à atuação estatal. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 535, grifos da autora).

Considerando, então, as razões do neoconstitucionalismo, do fenômeno da constitucionalização do Direito e as perspectivas diante da força normativa dos direitos fundamentais, e entre eles também os de origem decorrente, pondera-se que incumbe ao Estado, por meio de suas instituições e procedimentos organizacionais: (a) protegê-los; (b) organizar-se em torno dos objetivos por eles descritos; (c) garantir processos seguros e efetivos para sua reivindicação; (d) promovê-los por meio de decisões administrativas; e, por fim, (e) *satisfazê-los por meio de decisões judiciais*.

Tal constatação se coaduna com a ideia da chamada por Cappelletti (1999, p. 62) de “justiça constitucional das liberdades” ou *Grundrechtsgerichtsbarkeit*, reafirmando o fenômeno da expansão da justiça constitucional em diversos países de fundo democrático.

Sendo assim, a “criação judicial do Direito”, como denominado pelo autor italiano, significaria um dos desdobramentos do neoconstitucionalismo, responsável por instalar a chamada “revolta contra o formalismo” desenvolvida nos países que se encontraram em situações estatais abusivas potencializadas pela crença de que o juiz seria “mera e inanimada boca da lei”. Nesse sentido, leciona:

Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haveriam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e, sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. (CAPPELLETTI, 1999, p. 33).

A partir desse paradigma, Cappelletti destaca que não só os ministros do Supremo mas também todo e qualquer magistrado terão para si atribuída a tarefa de “criar o Direito”, ou, no termo aqui escolhido como mais apropriado para esta função, deverão *reconstruí-lo* a toda e qualquer demanda que lhes for colocada a crivo, seja ela concreta ou abstrata.

Esta atividade não pode ser confundida com a atividade legislativa, de natureza política; por esse motivo, esta autora se filia ao termo *reconstrução* para

---

Assim, como tentativa de evitar o esvaziamento do argumento da força normativa dessa modalidade indireta de direito fundamental, optou-se por utilizar o termo “direito fundamental por inferência” ou “direito fundamental decorrente” de maneira genérica, reforçando, assim, o atributo da pretensão de eficácia destes em quaisquer das modalidades descritas.

definir a tarefa da Corte em interpretar e aplicar o Direito, mormente em relação aos direitos fundamentais.

Em relação a isso, veja-se:

O papel do intérprete e aplicador do direito seria, portanto, o de *reconstruir* racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido. Rompe-se, assim, com a dicotomia hermenêutica clássica que contrapõe a descoberta (cognição passiva) e a invenção (vontade ativa) na busca dos significados jurídicos [...] O de que se trata é de buscar identificar os princípios que podem dar *coerência* e justificar a ordem jurídica, bem como as instituições políticas vigentes. Cabe ao intérprete orientar-se pelo substrato ético-social, promovendo, historicamente, a *reconstrução* do direito, com base nos referenciais axiológicos indicados pelos princípios jurídicos. (SOARES, 2010a, p. 117, grifos da autora).

Dessa forma, apesar da crítica feita, coaduna-se, neste ponto, com outra ideia exposta por Cappelletti (1999) quando este diz que o principal problema científico do observador do fenômeno constitucional não deveria ser o de se indagar acerca da função “criativa” ou não dos tribunais, mas sim o de compreender quais seriam os modos e limites para essa atuação.

Por isso, importante se faz vislumbrar nos seguintes passos a forma como tais direitos se revelam aos poderes públicos, de maneira a considerar os direitos fundamentais não apenas como direitos subjetivos dos jurisdicionados, mas também como deveres institucionais do Estado, demonstrando, de maneira exponencial, como sua aplicação deve ser feita para que haja sua desejada promoção por meio das atividades de jurisdição constitucional.

#### **4 · A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSOLIDAÇÃO DA IDEIA DE DEVERES INSTITUCIONAIS**

Ainda sobre os atributos de direitos fundamentais e sua forma de aplicação nas atividades do Poder Judiciário, é preciso destacar que, ao contrário do legislador, os membros do Judiciário não estão autorizados a se esquivar de decidir ou a delongar-se em demasia na conferência de solução definitiva para os casos que lhes são postos, em virtude da máxima da vedação ao *non liquet*, que lhes determina a obrigação de decidir.

Esse imperativo, de sua vez, deve ser visto com ainda mais cautela quando se trata da tutela abstrata e coletiva dos direitos da pessoa humana, uma vez que o potencial transformador dessas decisões é de amplo alcance, repercutindo sobre toda a jurisdição do território nacional.

A diferença, em termos de dilação temporal, entre as atuações política e jurídica em torno dos direitos fundamentais pode ser bem explicada quando se refere ao § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que determina terem as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais *aplicabilidade imediata* (*Aktualität*), demonstrando, com isso, a importância e a urgência de se fazerem efetivamente operantes suas determinações na realidade prática.

Levando isso em conta e avançando no estudo dos atributos potencializados dos direitos fundamentais, é de se destacar que sua eficácia e aplicabilidade estão direcionadas aos Poderes Públicos da seguinte maneira: enquanto a *eficácia*

*vinculante* obriga os Poderes Públicos a proceder a sua integral observância, a *eficácia dirigente* impõe ao Estado o dever permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais. Já a *eficácia irradiante* (*Ausstrahlungswirkung*) impõe que os sobreditos direitos sirvam de diretrizes ou vetores para a interpretação e aplicação de todas as normas constitucionais no ordenamento jurídico.

Sob essa perspectiva, e de acordo com a teoria de Robert Alexy (2008, p. 180), extrai-se a concepção clássica de os direitos fundamentais serem concebidos, originariamente, como direitos públicos subjetivos, isto é, como direitos do cidadão em face do Estado, e que, para além dessa esfera subjetiva, eles também representam valores da comunidade que não somente o Estado mas também toda a sociedade devem respeitar, proteger e promover. Em outras palavras:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. (MENDES, 2009, p. 2).

Nessa linha de raciocínio, Alexy (2008, p. 524) descreve a chamada “tese irradiante”, prelecionando que o Tribunal Constitucional deve levar os direitos fundamentais para além da sua esfera subjetiva, entendendo-os como uma ordem objetiva de valores que impulsiona tanto a produção legislativa como a administração pública e a construção jurisprudencial, para além das relações estabelecidas entre os particulares.

Essa perspectiva, de sua vez, deriva do duplice carácter do princípio da dignidade da pessoa humana, representando, não apenas direitos subjetivos à sua proteção e promoção pelo Estado e particulares, mas também possuindo dimensão intersubjetiva que determina a existência de um dever geral de respeito por parte de todos, e principalmente por parte do Estado (SARLET, 2012, p. 133). Sendo assim, suas ações, planejamentos e decisões devem observância a esse princípio e aos direitos fundamentais que nele buscam seu núcleo essencial de justificação:

Uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a serem alcançadas pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensada apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrada numa perspectiva objetiva, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo de agentes privados. (SOARES, 2010b, p. 149).

Assim, os direitos fundamentais serão considerados junto aos poderes públicos como verdadeiros *deveres fundamentais*, demandando não somente sua abstenção em sede de liberdades individuais, mas também sua efetiva implementação através da conferência de prestações positivas constitucionalmente garantidas aos indivíduos.

Embora seja esta uma perspectiva salutar, ela é, ainda hoje, adotada de maneira tímida, não só pelo Tribunal, mas também por boa parte da doutrina constitucionalista pátria. Sobre isso, explicita de maneira crítica a lição de Ingo Sarlet:

No âmbito da doutrina constitucional brasileira, os deveres fundamentais não tiveram destino diferente, sendo praticamente inexistente o seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial. Em boa parte, tal evolução encontra razão de ser na configuração do próprio Estado de Direito e do que se poderia designar de uma ‘herança liberal’, no sentido de compreender a posição do indivíduo em face do Estado como a de titular de prerrogativas de não intervenção na sua esfera pessoal, conduzindo à primazia quase absoluta dos ‘direitos subjetivos’ em detrimento dos ‘deveres’. Tal hipertrofia dos direitos, por outro lado, guarda conexão com a noção de um cidadão pouco (ou quase nada) comprometido com a sua comunidade e seus semelhantes, o que, na perspectiva do Estado Social, acabou desafiando uma mudança. Em virtude da necessidade de moderação do excessivo individualismo, bem como o caráter demasiado liberal atribuído à ideia de Estado de Direito, contemplando, dessa maneira, os elementos sociais e os deveres econômicos, sociais e culturais. (SARLET, 2009, p. 226-227).

A visão exposta denota que, ainda hoje, a dimensão subjetiva é vista em posição de predominância. Para as particularidades do objeto desse estudo, no entanto, é de se ponderar que não existem direitos subjetivos diretamente tuteláveis na discussão das ações de controle abstrato, mas tão somente “interesses genéricos” dirimidos no palco da jurisdição constitucional.

É preciso perceber, portanto, que, nessa esfera de discussão, o ordenamento jurídico se coloca em função do ser humano, não sob a forma do indivíduo concreto, mas sim em sua figura abstrata e interligada a tantos outros homens, o que garante a ideia de coletividade e da prevalência do interesse público sobre o privado. Sendo assim, o Direito em abstrato, revelado por meio dos *deveres objetivos* expressos pelos direitos fundamentais, terá por finalidade criar impositivos que tenham por objetivo atingir os valores determinados na Constituição Federal de maneira coletiva e genérica.

No caso brasileiro, repita-se, o problema não está na falta de embasamento jurídico ou de instrumentos processuais adequados à concretização dos direitos fundamentais. Está, em verdade, na priorização dos valores escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal quando no julgamento das ações da jurisdição constitucional e pelos órgãos legislativos e executivos no âmbito de suas atuações institucionais. É de se ressaltar que, nesses âmbitos, embora utilizados os meios pertinentes, a norma constitucional discutida, por vezes, deixa de atender ao imperativo de conformação, fazendo com que esses valores fundamentais percam sua força argumentativa diante das possibilidades procedimentais.

A partir dessas ideias, pode-se delinear entendimento acerca da necessidade de *efetividade* dos direitos fundamentais, conceito este que está intrinsecamente ligado às ideias de faticidade na norma e de sua operatividade na realidade posta. Dessa forma, o atributo da efetividade implica obediência dos destinatários e do Poder Público à norma constitucionalmente imposta, havendo uma forte relação entre esta e o atributo da *coercibilidade*. Quando uma norma é efetiva, isso quer dizer que ela é posta em prática no cotidiano, aproximando o dever-ser normativo da realidade social.

Para auxiliar nessa tarefa de efetivação, o Tribunal está munido de conceitos-chave que conferem sentido aos termos abertos da Constituição, auxiliando no estabelecimento de possibilidades e limites a essa operação interpretativa. Como exemplo de tais conceitos-chave, podemos destacar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a garantia do mínimo existencial, a interpretação conforme a Constituição, entre tantos outros que servem aos direitos fundamentais em sua potência.

E, para que isso aconteça, o ordenamento jurídico dispõe de diversos instrumentos, visando imprimir a obrigatoriedade e a adesão a suas normas. A partir desse conceito é que se pode construir a vertente da “justiciabilidade” dos direitos fundamentais, quer na forma de tutela da sua defesa, quer na forma de concessão das prestações estatais requeridas pelos grupos de interesse social.

Admitir essa vinculação significa que, para além de se tutelar o amplo acesso à justiça, a resolução da demanda deve ser satisfatória, sendo obtida por meio da utilização ótima dos instrumentos jurídicos disponíveis, de maneira a não deixar que o texto interpretado da Constituição seja meramente simbólico ou de natureza nominal.

E nisso residirá uma das principais teses substancialistas, a nosso ver acertada: a da vinculação dos poderes públicos “aos ditames da materialidade da Constituição”. Se se quiser evitar as dificuldades em se justificar porque apenas algumas normas constitucionais devem ser levadas a sério, correndo-se o risco de tornar o diploma constitucional uma “constituição normativa na parte que toca os interesses das classes hegemônicas e uma Constituição nominal na parte que toca os interesses das classes que buscam emancipação”, há de se admitir, ao menos *a priori*, a plena vinculabilidade dos poderes públicos a todos os preceitos constitucionais. (ECHAIZ-ESPINOZA, 2009, p. 158).

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais lhes retira o caráter de instrumentos voltados tão somente para a manutenção da abertura do sistema jurídico aos trâmites democráticos. Mais que isso, a tese substancialista vê os direitos fundamentais como verdadeiros valores substantivos, cuja proteção, garantia, fomento e satisfação devem ser finalidades precípua da atividade pública.

Sua positivação sob a forma de princípios constitucionais fará com que sejam entendidos não de outra forma, a não ser como elementos finalísticos que fundamentam “[...] uma avaliação de correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido” (ÁVILA, 2014, p. 98).

Assim, as exigências da justiça e da concretização dos demais valores que constituem o ordenamento jurídico são impositivas e devem ser atendidas pela atividade de reconstrução, que não se limita às soluções “petrificadas ou esgotadas” da forma como se daria na atividade meramente subsuntiva de aplicação das regras. Para isso é que se procede ao delineamento do *método reconstrutivo* de aplicação das normas constitucionais, tomando-o como sugestão adequada em prol das atividades de interpretação e aplicação jurisdicional constitucional, de maneira a torná-las não redutoras, mas potencializadoras da Constituição e dos direitos fundamentais.

## **5 · MÉTODO RECONSTRUTIVO: ENTRE A TÓPICA E A INTERPRETAÇÃO CONCRETISTA**

### **5.1 · DAS POSSIBILIDADES**

A Constituição está repleta de dispositivos com grande potencial de concretização. Além disso, fornece os meios adequados para legitimar a operacionalização dessa atividade. Isso quer dizer que o problema da inefetividade de seus dispositivos reside mais nos caminhos de formulação decisória e na eleição de valores prioritários durante o julgamento do que nos instrumentos procedimentais existentes propriamente ditos. Por conseguinte, uma das preocupações basilares seria a de se encontrarem modalidades metodológicas de aplicação dos dispositivos

constitucionais que importassem em menor sacrifício e maior potencialidade possível dos direitos fundamentais.

Proposto para isso, o método interpretativo, aqui denominado “reconstrutivo”, utiliza-se de elementos dos métodos tópico e concretista de interpretação constitucional, bem como das ideias de interpretação construtiva (DWORKIN, 1999), e de hermenêutica heterorreflexiva, (CARNEIRO, 2011), correlacionando-os e adaptando-os à atividade do Supremo Tribunal Federal no julgamento das demandas abstratas.

Em relação às atividades institucionais do Supremo, consideram-se, então, três modalidades de competências atribuídas pelo art. 102 da CRFB, no âmbito abstrato, a esse órgão de cúpula: a) as ações de controle de constitucionalidade por ação (ADI e ADPF); b) as ações de controle de inconstitucionalidade por omissão (ADO); e c) os recursos extraordinários movidos como demanda para a uniformização interpretativa dos dispositivos constitucionais.

No que tange às etapas do método reconstrutivo, constroem-se quatro fases distintas, quais sejam: 1) identificação do problema; 2) pré-compreensão; 3) heterorreflexão; e, por fim, 4) prospecção.

A primeira fase consiste em *identificar o problema constitucional* e estabelecer seus reais contornos. É a atividade de definição do objeto de julgamento, que compreende duas subfases iniciais: a primeira se refere à averiguação do atendimento aos pressupostos formais para o manejo do instrumento processual utilizado pela parte legitimada; e a segunda está relacionada à compreensão do problema em si. Esta atividade é feita com a ajuda da formulação de *topoi* relacionados aos casos constitucionais analisados pelo Supremo.

Nas ações do controle de constitucionalidade em abstrato, a primeira subfase compreende a verificação de termos como a legitimidade ativa do ente postulante e a forma de revestimento formal do ato impugnado. A segunda subfase, de sua vez, circunscreve-se à análise material que visa a delimitar o conteúdo da impugnação propriamente dita.

De maneira ilustrativa, no caso do controle das omissões, a segunda subfase envolverá a ponderação de aspectos como a “suficiência” do ato, nos casos de omissão parcial, e a “razoabilidade” do tempo entre a vigência do mandamento constitucional de regulamentação e a ausência do ato normativo apontado, em todos os casos.

Necessário destacar que, embora não aparente ser assim, essa atividade de análise material também se aplica às impugnações sobre o vício de inconstitucionalidade por ação formal, pois, ainda que não haja mácula à significância do texto em si, circunstâncias fáticas como a insuficiência de *quorum* de aprovação ou falhas no procedimento legislativo serão responsáveis por identificar os contornos do problema constitucional trazido a julgamento.

É por via desse argumento que se pode impugnar, por exemplo, a existência da figura da “ação declaratória de constitucionalidade” no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, as discussões comportadas nessa modalidade processual não se inserem na definição de “problema constitucional” propriamente dito, uma vez que as normas jurídicas já gozam *per se* do atributo da presunção de constitucionalidade, e qualquer dúvida acerca de sua constitucionalidade ou não pode ser evidentemente questionada por meio das ações de controle negativo.

A par disso, devemos destacar que, para o caso das demandas interpretativas manejadas nos recursos constitucionais extraordinários, a primeira subfase da delimitação do problema se insere na análise dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos de tal recurso. Já a segunda subfase compreende a análise específica de um destes pressupostos intrínsecos: a averiguação da denominada *repercussão geral*.<sup>6</sup>

Nesse sentido, o instituto da repercussão geral representa a preocupação da conformação do processo com os caracteres da realidade, para além da sua natureza de condição de procedimentalidade. Por isso é que, para o processamento desse tipo de demanda, é necessário analisar se existem “[...] questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (art. 102, § 3º, da CRFB).

Sendo assim, a fase tópica de delimitação do problema estará relacionada à análise tanto das condições de procedimentalidade do instrumento processual utilizado como das circunstâncias fáticas do objeto questionado, quer em sede de controle abstrato de constitucionalidade, quer em sede de recurso extraordinário. Dessa forma:

“Pensar o problema” constitui o âmago da tópica em suas considerações acerca do método. Novo estilo de argumentação e acesso à coisa, a tópica não é uma revolta contra a lógica, conforme de entendeu equivocadamente inculcar. Busca, em primeiro lugar, conforme ressaltou Esser, demonstrar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle da certeza racional. (BONAVIDES, 2015, p. 501).

A segunda fase do método reconstrutivo, de sua vez, demonstra a conciliação desta primeira pontuação da tópica aos elementos positivo-formais da discussão jurídica. Nesse momento, o foco passa a ser a norma constitucional parâmetro de controle de constitucionalidade ou o(s) dispositivo(s) constitucional(is) sobre o(s) qual(is) se exija a tarefa de uniformização interpretativa no caso do recurso extraordinário.

A fase da *pré-compreensão*, portanto, já despontada no momento de identificação circunstancial do problema, se completa definitivamente quando se vislumbra a referência jurídica de atuação do intérprete/aplicador: o dispositivo constitucional incisivamente invocado por quem ajuíza a ação ou interpõe o recurso constitucional.

Nesse caso, “[...] a argumentação persuasiva terá por ponto de apoio essencial o consenso, e por ponto de partida uma espécie de ‘compreensão prévia’ (*Vorverständnis*), tanto do problema como da Constituição” (BONAVIDES, 2015, p. 507). Com isso, a tarefa de interpretação e aplicação das normas constitucionais não

---

6 O instituto da *repercussão geral* é definido em dois momentos pelo ordenamento jurídico brasileiro: no art. 102, § 3º, da Constituição Federal (“§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”) e no art. 1.035 do Código de Processo Civil de 2015 (“O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”). Sua definição ressalta o grau de abstração desta tarefa relegada ao Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento dos recursos extraordinários, não dará enfoque às circunstâncias dos casos concretos que os originaram, mas realizará tarefa de uniformização da interpretação constitucional para fins de manutenção da segurança jurídica do ordenamento.

se excederá na missão de compreensão axiológica (dos valores) e teleológica (dos fins) dos dispositivos jurídicos invocados, não havendo que se falar, portanto, nem em “criação judicial de Direitos”, nem em “politização” da decisão jurídica, como vem também destacando parte da doutrina publicista pátria.

A tarefa de “compreensão” dos termos constitucionais, de outra ponta, também não se deve confundir com a mera subsunção do problema ao texto escrito, mas deve sim buscar na redação do dispositivo o seu juízo de finalidade e valor emba-sante. Fazer isso implica trazer o atributo da relatividade dos direitos fundamentais a patamares mínimos, com o propósito de evitar o comprometimento da realizabi-lidade prática do texto jurídico-constitucional.

A fase da pré-compreensão, portanto, pode ser relacionada a aspectos da inter-pretação “construtiva” de Dworkin (1999, p. 119) e de sua concepção do Direito como *integridade*. A delimitação jurídico-constitucional do problema é o que garantirá a segurança jurídica da decisão proferida, fazendo referência tanto ao elemento histórico quanto ao elemento institucional do Direito invocado em juízo. É nessa fase que se ensejará a observância às condições de “[...] certeza, estabilidade e predizibilidade” (SOARES, 2010a, p. 101) da decisão judicial.

É necessário ressaltar que a fase de cognição prévia não se encerra apenas na análise do dispositivo invocado ou das reflexões jurídico-doutrinárias que se tenham dele, mas faz referência também à *interpretação sistêmica*, que, embora seja classicamente criticada pela tópica, faz-se de suma importância para a manutenção da unidade constitucional e da coerência do sistema jurídico. Como dito por Ávila,

[n]o âmbito do Direito, há postulados hermenêuticos, cuja utilização é necessária à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, podendo funcionar, é claro, para suportar essa ou aquela alternativa de aplicação normativa. Dentre os mais importantes está o *postulado da unidade do ordenamento jurídico*, a exi-gir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade. Subelemento desse postulado é o *postulado da coerência*, ao impor ao intérprete, entre outros deveres, a obrigação de relacio-nar as normas com as normas que lhes são formal ou materialmente superiores. (ÁVILA, 2014, p. 165-166).

Há que se ponderar, portanto, que a visão do Direito como integridade não se completa apenas com a referência à tradição e à história por detrás da norma jurí-dica, mas necessita também da investigação dos efeitos que se pretendem imprimir no futuro por meio da decisão judicial. Com isso se autoriza o prosseguimento às demais fases do método reconstrutivo que têm por intuito específico a função de descortinar as possibilidades jurídicas decorrentes da decisão e os eventuais efeitos práticos que poderão ser sentidos por meio dela.

Seguindo o raciocínio, a etapa da *heterorreflexão*, com permissão da utilização do termo originalmente cunhado por Wálber Carneiro (2011), é o que dará o caráter da “abertura pluralista” ao processo constitucional. Essa ideia se coaduna com a concepção de Peter Häberle (1997), segundo o qual a Constituição é aberta à sociedade plural de intérpretes. A expressão do “atravessamento heterorreflexivo” do processo consti-tucional se dá em vários momentos processuais que permitem a inserção de opiniões, especializadas ou de interesse, auxiliando o julgador em sua atividade decisória.

Para o caso das ações de controle de constitucionalidade, por exemplo, tanto nas modalidades por ação ou por omissão, percebe-se a existência deste momento

processual quando se requer parecer qualificado e opinativo dos órgãos públicos que defendem o interesse público primário (Procuradoria Geral da República) e secundário (Advocacia-Geral da União), além de se ouvir o próprio órgão editor do ato impugnado ou negligenciado a fim de se aferir as razões que possam vir a derrubar a inconstitucionalidade eventualmente invocada.

Para além desses pareceres opinativos, a ordem jurídica também ampliou a participação do cidadão na formulação decisória das ações de inconstitucionalidade ao inserir no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/1999 a previsão da figura do *amicus curiae*.

De acordo com a recente definição estendida pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 482), esse instituto seria aplicável aos casos de relevância material, utilizando-se da interferência opinativa de interessados e *experts* para iluminar o problema constitucional já “pré-compreendido” por meio de distintas perspectivas que não se inserem apenas no campo jurídico, mas também vão buscar nas áreas sociológicas, econômicas e até mesmo religiosas e morais as respostas que pretendam solucionar a contento o problema exposto:

Os intérpretes em sentido amplo entram assim a constituir parte ou elemento dessa realidade pluralista, enquanto se reconhece não ser a norma tampouco um dado simples, perfeito ou acabado, senão algo que faz suscitar o problema de quem participa funcional e pessoalmente no seu “desenvolvimento”, a saber, as forças ativas do Direito “em ação pública”. (BONAVIDES, 2015, p. 524-525).

Essa ambivalência demonstra que a tarefa de interpretação e aplicação normativa é um processo dialético que busca ponto de referência no passado, sem deixar de vislumbrar as necessidades do futuro. Por isso é que a chamada “hermenêutica concretizadora” analisa as possibilidades socialmente mais adequadas para os casos analisados.

Essa interseção se completa na quarta e derradeira fase do método reconstrutivo, na qual se faz necessário que o Tribunal se invista de atividade exploratória semelhante, mas não idêntica àquela feita pela atividade política de criação normativa: a atividade de análise de prognósticos, que para fins desse método interpretativo é chamada de fase de *prospecção*.

O exercício da prospecção terá o condão de finalizar a análise do Direito Constitucional em integridade, terminando a investigação de suas relações com elementos afetos às ciências adjuntas e à realidade posta. Isso faz com que o intérprete-aplicador não se limite à averiguação meramente retrospectiva dos sentidos da norma, mas também atue de maneira orientada para o futuro, avaliando as condições de implementação e as possíveis repercussões da defesa ou rechaço de determinado valor abstratamente invocado em juízo.

No caso da resolução das demandas abstratas, Gilmar Mendes pontua que as decisões judiciais, assim como as decisões políticas, devem tomar como base os chamados “fatos e prognoses”. Essa máxima, de sua vez, significa “[...] a indispensabilidade de uma revisão dos dados empíricos e dos prognósticos” (MENDES, 2009, p. 478) adotados ou estabelecidos pelo órgão responsável pelo ato eventualmente impugnado em sede de jurisdição constitucional. Em outras palavras,

[...] a aferição dos fatos e prognoses legislativos pela Corte Constitucional é um controle de resultado (*Ergebniskontrolle*) e não um controle do processo (*Verfahrenskontrolle*), até porque para isso faltaria qualquer parâmetro de controle ou uma específica autorização constitucional. Em outros termos, não se cuida, no juízo de constitucionalidade, de verificar *como* o legislativo examinou

os fatos legislativos, mas *o que*, efetivamente, ele constatou. (MENDES, 2009, p. 478-479, grifos do original).

A prospecção, como fase ligada ao desenvolvimento da tópica constitucional “[...] reconciliou, mediante fundamentação dialética mais persuasiva, o direito legislado com a realidade positiva e circundante” (BONAVIDES, 2015, p. 509). Ela é uma das justificativas dogmáticas para o acoplamento entre as teses procedimentalista e substancialista, permitindo a criação de vias argumentativas que se liguem à realidade sem se afastar do paradigma jurídico.

Nesse esteio, torna-se possível buscar um método interpretativo que supere tanto o sociologismo jurídico tradicional quanto o formalismo normativista, de maneira a melhor se adequar à concepção culturalista total da Constituição. Assim, acredita-se que o método reconstrutivo tem o condão de abrir “[...] tantas janelas para a realidade circunjacente que o aspecto material da Constituição, tornando-se quer se queira quer não, o elemento predominante, absorve por inteiro o aspecto formal” (BONAVIDES, 2015, p. 507).

Apesar disso, é necessário ponderar que o método reconstrutivo não poderá ser livremente aplicado, pois deverá observar limites, sob pena de ser malversado, causando o efeito contrário ao que se dispõe. Dessa forma, há que se observar determinados limites teóricos e práticos à atuação “reconstrutiva” do Supremo Tribunal Federal, conforme se argumenta no subtópico seguinte.

## 5.2 · DOS LIMITES

No âmbito da atividade de jurisdição constitucional, o Tribunal Constitucional atrai para si a responsabilidade pelo efetivo implemento de seus mandamentos, sendo que “[...] qualquer deficiência em seu funcionamento, vem a pôr virtualmente em crise todo o sistema” (ENTERRÍA, 2001, p. 157-158, tradução da autora),<sup>7</sup> seja em virtude de disfunções reveladas por um paternalismo exacerbado da Corte, seja em razão de negligência institucionalizada em sua estrutura de atuação.

Nesse sentido, quanto maior for a responsabilidade do Tribunal Constitucional diante da concretização de direitos fundamentais, maiores também serão os limites impostos para sua atuação, uma vez que a discricionariedade deve ser equilibradamente contida, sob pena de transmutar-se em arbitrariedade. Sobre isso, destaca Mauro Cappelletti que

[...] o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de *total liberdade* do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto processuais quanto *substanciais*. (CAPPELLETTI, 1999, p. 23-24, grifos do original).

Em termos materiais, é evidente que as características da realidade fática e as conclusões sobre os contornos sociológicos da comunidade devem ser levadas em

<sup>7</sup> “La responsabilidad de éstos en el sistema jurídico y político es tan excepcional que cualquier deficiencia en su funcionamiento viene a poner virtualmente en crisis el sistema entero.”

conta quando do estudo das formas ideais e dos limites de atuação do Tribunal Constitucional. Dessa maneira, os elementos da realidade fática e as repercussões em outras áreas científicas serão irremediavelmente analisados pelo Tribunal.

As teses construídas, apesar de estarem ligadas à tentativa de desconstrução de fatores culturais que ainda se inserem de maneira muito forte na sociedade brasileira como o patrimonialismo, o clientelismo, a impunidade, a corrupção, a burocracia de entrave, o formalismo positivista e o casuísmo (ECHAIZ-ESPINOZA, 2009, p. 173), não perdem de vista a necessidade de se justificar e analisar as questões pontuadas sob o ponto de vista jurídico. Sobre isso, destaca Enterría:

Em definitivo, o Tribunal Constitucional não pode ser cego às consequências políticas de suas decisões. “Mas essas consequências só podem ser tomadas em conta no marco das possibilidades abertas do ordenamento, podendo contribuir a consideração de potenciais consequências de sua sentença ao descobrir o direito ‘justo’ e a construir interpretações jurídicas com uma ou outra correção às quais não se chegaria se não tivesse em vista este resultado.” (ENTERRÍA, 2001, p. 183-184, tradução da autora).<sup>8</sup>

Os limites substanciais, então, iluminam não apenas a atuação do julgador, mas também as do legislador e do administrador, todos eles sujeitos aos termos dos reconhecidos princípios de proporcionalidade e razoabilidade das decisões estatais. Por isso é que se considera que as ideias de *proibição de excesso* e de *vedação ao retrocesso* devem vincular não apenas os representantes eleitos da população, mas também o órgão exercente da jurisdição constitucional devido à legitimidade democrática de sua atividade (MENDES, 2009, p. 47).

Como lecionado por Gilmar Mendes (2009, p. 400), a existência de órgão judicial incumbido de exercer o controle constitucional “[...] impõe aos órgãos submetidos a esse sistema de controle um dever de racionalidade (*Zwang der Rationalität*) na concretização da Constituição”. Essa imposição, então, não estará limitada à instância de poder fiscalizado, mas também vinculará a decisão daquele que fiscaliza.

A proibição das restrições excessivas intenciona não outra coisa, a não ser a incorporação da “justiça no debate jurídico, sem comprometimento da racionalidade argumentativa” (ÁVILA, 2014, p. 47). Esta aplicação racional de justificação por meio de finalidades normativas da Constituição terá o condão de diluir eventuais influências partidárias que possam vir a despontar em virtude da natureza política da indicação dos ministros do Supremo, fazendo com que seu “notável saber jurídico” se sobreponha a eventuais sentimentos de clientelismo que ensejem favoritismos políticos em suas decisões.

Vale referir, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal, na condição de instância judiciária de poder, não poderá agir, a não ser mediante a devida provocação (*princípio da inércia*) e que, diante do grande impacto das questões que se veiculam nas atividades da Corte, essa regra sofre maior restrição ainda, sendo capazes de

---

8 “En definitiva, el Tribunal Constitucional no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones. Pero “esas consecuencias sólo puede tomarlas en cuenta en el marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento, pudiendo contribuir la consideración de las potenciales consecuencias de su sentencia a descubrir el Derecho ‘justo’ y a construir interpretaciones jurídicas con una u otra corrección a las que no hubiese llegado si no hubiese tenido a la vista ese resultado.”

provocar o controle de constitucionalidade, por exemplo, apenas os legitimados que estão elencados no limitado rol do art. 103 da CRFB.

Trata-se da regra segundo a qual “*ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*”, vale dizer, com palavras diversas, mas com igual significado “*nemo iudex sine actore*”. Significa ela que o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional. (CAPPELLETTI, 1999, p. 76).

A par disso, há que se dizer que a própria forma de organização colegiada do Tribunal é uma das garantias que tem por intuito evitar a atuação parcial dos membros da Suprema Corte, como bem destaca Virgílio Afonso da Silva (2013, p. 562), ao conceituar o chamado *princípio da colegialidade*:<sup>9</sup>

A colegialidade implica, entre outras coisas, (i) a disposição de trabalhar em equipe; (ii) a ausência de hierarquia entre os juízes (pelo menos no sentido de que os argumentos de todo e qualquer juiz têm o mesmo valor); (iii) a vontade de ouvir argumentos apresentados por outros juízes (ou seja, estar aberto a ser convencido por bons argumentos de outros juízes); (iv) uma ação cooperativa no processo de tomada de decisão; (v) respeito mútuo entre juízes; (vi) a disposição de falar, sempre que possível, não como uma soma de indivíduos, mas como uma instituição (consenso buscando deliberação). (Tradução da autora).

Apesar disso, ainda é possível ver que decisões liminares, unilateralmente emitidas pelos relatores das ações, vigem por tempo suficiente para impactar de maneira unívoca as questões trazidas à discussão nas ações da jurisdição constitucional. Sendo assim, não se pode descartar que, para qualquer momento processual em que se insiram, as decisões no âmbito da jurisdição constitucional, sejam unilaterais ou colegiadas, sejam precárias ou definitivas, repercutem inevitavelmente no âmbito coletivo, demonstrando que essa nova visão processual “[...] torna superada a visão que distinguia a decisão judicial como circunscrita aos litigantes e a decisão política como universal e aplicável a todos os casos” (CAMPILONGO, 2011).

A possibilidade do cometimento de arbitrariedades deverá ser refreada pela própria ideia de legitimidade da justiça constitucional, que deverá estar embasada tanto no atendimento às exigências da segurança jurídica quanto da aceitabilidade racional da decisão jurídica (HABERMAS, 1997b, p. 246). Essa técnica, originariamente usada por Habermas (1997a) para a obtenção de juízos ideais em casos concretos, também será aplicável às demandas abstratas, apontando-se para o pensamento sintetizado por Farber e Sherry, segundo os quais “[...] as decisões judiciais devem estar embasadas em fatores jurídicos relevantes, explicitar os fundamentos da Corte e demonstrar discernimento na aplicação desses fatores” (FARBER; SHERRY, 2008, p. 42, tradução livre).<sup>10</sup>

9 “*Collegiality implies, among other things, (i) the disposition to work as a team; (ii) the absence of hierarchy among the judges (at least in the sense that the arguments of any and all judges have the same value); (iii) the willingness to listen to arguments advanced by other judges (i.e. being open to be convinced by good arguments from other judges); (iv) a cooperativeness in the decision-making process; (v) mutual respect among judges; (vi) the disposition to speak, whenever possible, not as a sum of individuals but as an institution (consensus seeking deliberation).*”

10 “[...] *judicial decisions should rely on legally relevant factors, explain the court’s reasoning, and exhibit good judgement in applying those factors*”.

Com base nessa assertiva, conclui-se que essas duas bases de sustentação das decisões judiciais serão reveladas pelo que consideramos como sendo o maior e mais importante de todos os limites da atuação, não só da Suprema Corte mas também de todo o Poder Judiciário: o *dever de fundamentação*.

Esse dever institucional, hoje expresso no art. 93, IX, da Constituição Federal, determina que “[...] a legitimidade da justiça constitucional também encontra justificativa na aceitação de suas decisões pela opinião pública, razão porque todas as suas manifestações devem ser públicas e fundamentadas” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 400). Dessa forma, infere-se que quanto mais inovadora for uma sentença, maior será o esforço de fundamentação para se demonstrar sua legitimidade e racionalidade.

Isso quer dizer que “[...] o dever de motivação guarda correspondência com o sistema da livre convicção, visto que, quanto maior for o poder discricionário do magistrado, mais importante será a necessidade de fundamentar sua decisão” (SOARES, 2010a, p. 169). Tanto é assim que a redação do novo Código de Processo Civil vinculou casos de nulidade de sentença à falta ou insuficiência de fundamentação satisfatória.<sup>11</sup>

Em verdade, o dever de fundamentação pode ser considerado como a dimensão objetiva fundamental do *direito à publicidade*, e sua finalidade como princípio jurídico basilar será não outra que a de “[...] assegurar à sociedade que essas decisões não resultam de caprichos ou idiosincrasias dos juízes, mas sim de seus esforços em se manterem fiéis ao sentimento de equidade e justiça da comunidade” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 359).

Assim, o dever de fundamentação, quando devida e satisfatoriamente cumprido pelo Tribunal, terá o condão de fazer com que a decisão jurídica ganhe força junto à realidade social, transmutando as intenções prescritas pelo texto constitucional à realidade prática do contexto em que se insere, sem se desviar do seu caráter jurídico de origem.

Dessa forma, também será mantido o canal comunicativo entre o Judiciário e o cidadão na qualidade de jurisdicionado, não havendo que se falar em “risco democrático” pela atuação substancial do Tribunal. Nesses termos:

A matéria bruta utilizada pelo intérprete – o texto normativo ou dispositivo – constitui mera *possibilidade de Direito*. A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete. Esses conteúdos de sentido, em razão do dever de fundamentação, precisam ser compreendidos por aqueles que os manipulam, até mesmo como condição para que possam ser compreendidos pelos seus destinatários. (ÁVILA, 2014, p. 44, grifo da autora).

Expressão salutar disso e iniciativa pátria de aplicação exemplar para os demais países de regime democrático é o televisionamento das sessões do Supremo.<sup>12</sup> Esta

11 O art. 489 do CPC/2015 elencou como elemento essencial da sentença o capítulo dos fundamentos, no qual o juiz irá analisar as questões de fato e de direito aduzidas pelas partes. Seu § 1º leciona sobre as hipóteses de não fundamentação que ensejam a aplicação da pena de nulidade de sentença, figurando entre elas os casos de “limitação à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida” (inciso I), bem como de “limitação à invocação de precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inciso V).

12 Sobre esse ato de ampliação da publicidade em torno das atividades do Supremo, dispõe a seguinte reportagem vinculada pelo sítio eletrônico da instituição: “[...] em 14 de agosto de 2002, a TV

iniciativa demonstra o quão importante se faz também a operação de fiscalização ou *accountability* popular do acerto decisório do Tribunal, revelando ao público os fundamentos racionais utilizados pelos ministros e as razões expostas pelos participantes do processo, e entre eles também os *amici curiae*. Essa observação já teria sido feita por Cappelletti, no seguinte sentido:

[...] os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de “exposição” ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais “responsáveis” perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização contínua do público. (CAPPELLETTI, 1999, p. 98-99).

Não é sem razão que atualmente vemos os ministros do Supremo figurarem em capas de revista de grande circulação, elaborando-se grandes reportagens para discutir na imprensa de massa sobre os impactos das decisões do STF, principalmente em questões de natureza sensível, como são os casos do aborto, da legalização da maconha, do reconhecimento da união homoafetiva, entre outros que merecem atenção especial do público.

Essa exposição, diga-se de passagem, comporta o risco apontado por Ingeborg Maus (2000, p. 185), de que os ministros da Suprema Corte cheguem a ser considerados como “profetas” ou “deuses do Olimpo do direito” pela população, chegando-se a se produzir intensas biografias sobre suas vidas pessoais, a despeito da importância social objetiva das questões que são por eles tratadas. Embora a intenção de Maus com essa pontuação seja a de criticar as posturas paternalistas frente ao Tribunal como forma de “dilapidação democrática”, há que se ponderar que esse é um problema ao qual está exposto todo e qualquer país em que seja salvaguardada a liberdade de imprensa, já que também este é um direito de cunho fundamental.

Apesar disso, a influência midiática, não deverá ser determinante para o julgamento dessas demandas, invocando-se que os princípios de direito fundamental sejam analisados de maneira coerente pela Suprema Corte, sob pena de cometimento de arbitrariedades em prol de clamores sociais cambiantes, não relacionados aos objetivos fundamentais da República.

Essa constatação, de sua vez, só vem a reforçar a ideia da importância das funções do Tribunal Constitucional na conformação da realidade prática, apesar de não ser sua atuação o caso de exercício da política. Esse posicionamento não poderia buscar melhor arrimo que na transcrição da seguinte ideia desenvolvida por Enterría:

*É precisamente essa qualificação estritamente judicial, aplicada a uma matéria tão transcendental e tão sensível para o corpo político e social, a qual exige de maneira particular às sentenças constitucionais que intensifiquem a exigência*

---

Justiça iniciou as transmissões ao vivo das sessões plenárias do STF. A aproximação do STF com os cidadãos, através dos meios tradicionais de comunicação e também das novas mídias, como *YouTube* e *Twitter*, coloca a Corte na vanguarda da comunicação social/institucional no cenário mundial. O STF foi o primeiro tribunal do mundo a transmitir seus julgamentos ao vivo por meio de canais próprios: a TV Justiça e a Rádio Justiça. Além de transmitirem as sessões plenárias na íntegra, as emissoras divulgam as ações, explicam as questões tratadas nos principais processos e promovem aulas e debates em linguagem acessível, com o objetivo de aproximar o Judiciário do cidadão. O exemplo brasileiro já está sendo seguido pelo México e Reino Unido.” (Disponível em: [http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte\\_pt\\_br&idConteudo=196222&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=196222&modo=cms). Acesso em: 1º ago. 2020.

comum da motivação de todo ato judicial, a de apresentar-se como “*principializada*” (*principled*), justificada de uma maneira detalhada e explícita em princípios que transcendam a apresentação singular do caso, princípios que aqui precisamente não de ser os princípios expressos na Constituição ou dedutíveis dos mesmos com clareza. (ENTERRÍA, 2001, p. 235, tradução da autora).<sup>13</sup>

Seguindo o raciocínio estabelecido, então, todos esses limites às potencialidades decisórias possuem como finalidade a necessidade de manutenção da coerência do sistema jurídico-constitucional. De se ressaltar, nesse sentido, que o Código de Processo Civil de 2015 reforçou a importância e a vinculatividade da observância do *princípio da coerência* pelos tribunais ao dispor, no seu art. 926, que “[o]s tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Para descortinar o balizamento doutrinário que é dado pelo postulado da coerência, é preciso ter em mente que ele comporta duas faces: uma formal e outra substancial. Enquanto a face formal compreende a coerência como “consistência” e “completude”, a coerência substancial existe

quando a relação entre as proposições satisfaz requisitos de implicação lógica (a verdade da premissa permite concluir pela verdade da conclusão) e de equivalência lógica (o conteúdo de verdade de uma proposição atua sobre o conteúdo de verdade da outra e vice-versa). (ÁVILA, 2014, p. 170).

É esse sobreprincípio de coerência substancial que permite, por exemplo, a formulação de construções como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade para fins de segurança jurídica, ou a possibilidade de determinada regra abstrata ser derogada por violação a princípios materiais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e o mínimo existencial.

Para a concretização desses valores, no entanto, é necessário o aperfeiçoamento das técnicas judiciais de decisão, de maneira a torná-las mais apropriadas à realidade do cotidiano brasileiro. Essas técnicas devem, portanto, manter-se condizentes com os ditames constitucionais sem perder o atributo da efetividade no âmbito das relações sociais por eles regidas.

## 6 · CONCLUSÃO

No bojo do presente artigo, objetivou-se a construção de parâmetros teóricos que autorizassem a operacionalização de direitos fundamentais da forma mais abrangente possível pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do julgamento das demandas abstratas apresentadas em sede de jurisdição constitucional. Sem se descuidar dos perigos e riscos que envolvem a atividade de impulsionamento institucional aos valores primordiais do Estado, o intuito foi o de justificar a atividade de efetivação dos direitos fundamentais pelo prisma da juridicidade, em detrimento da crítica sobre possíveis ingerências políticas do órgão jurisdicional no exercício da referida atuação.

13 “*Es precisamente esa calificación estrictamente judicial, aplicada a una material tan transcendental y tan sensible, para el cuerpo político y social, la que exige de manera particular a las sentencias constitucionales intensificar la exigencia común de la motivación de todo fallo judicial, la de presentarse como principled, justificada de una manera detallada y explícita en principios que trasciendan la apreciación singular del caso, principios que aquí han de ser precisamente los expresados en la Constitución o deducibles de los mismos con claridad.*”

Assim, justifica-se neste estudo que o regular exercício da jurisdição constitucional em torno dos direitos fundamentais não significa, por si, o extrapolar de suas atribuições ou ainda o enfraquecimento da democracia. Em outras palavras, não significa confiar ao juiz constitucional todo o sucesso ou insucesso do regime democrático, depositando nele uma “competência ilimitada” ou responsabilizando-o por aplicar a chamada “justiça total” (GARAPON, 2001, p. 25).

Sua missão seria, em verdade, a de corresponder (no sentido de responder solidariamente) às expectativas sociais existentes, não havendo que se falar em atuação arbitrária quando o que se estiver a fazer seja a correção das disfunções sistêmicas ou o impulsionamento dos valores expressos no texto constitucional para dentro da realidade na qual se queira aplicá-los.

Posturas em contrário reforçariam as figuras do “Estado Legal” ou “Estado Providência” em suas formas puras, em detrimento das pretensões do “Estado Democrático Constitucional de Direito”, que pretende garantir os direitos fundamentais em todas as suas frentes, elevando o seu potencial de também conformar a realidade e cumprir com sua força normativa. Nesse sentido, a adoção de uma concepção cultural total da Constituição é o primeiro passo para o fomento da jurisdição constitucional efetiva em torno dos direitos fundamentais.

Cabe, sob essa égide, analisar os problemas constitucionais trazidos sob a conjectura social vigente, havendo que se estabelecer constante raciocínio de sopesamento circunstancial, sob pena de a jurisdição constitucional funcionar meramente como instituto de preservação do *status quo* vigente, preservando situações jurídicas que são lesivas aos direitos fundamentais de determinadas categorias de pessoas humanas, especialmente aquelas mais vulneráveis e historicamente excluídas do processo decisório.

Tal fato indica que a atuação da Corte Constitucional não deve estar restrita à atribuição procedimental de subsunção às regras do processo democrático, mas também deve estar atenta à realidade vigente para conduzir a sociedade à concretização ampla dos valores mais comezinhos que por ela mesma foram consagrados no âmbito da sua Carta Constitucional.

Em outras palavras, aos grandes poderes concedidos àqueles que estão na ponta da cadeia jurisdicional brasileira deve corresponder a responsabilidade não apenas de preservar a ordem constitucional vigente, mas também de adequar a realidade ao ideário expresso, sob pena de esvaziamento da força normativa do documento fundamental democraticamente formulado.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009.

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. E-book: ISBN: 9788502129795. Acesso em: 23 mar. 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ECHAIZ-ESPINOZA, Danielle Sales. *Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada*. Maceió: EDUFAL, 2009.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. reimp. Madrid: Civitas, 2001.
- FARBER, Daniel; SHERRY, Suzanna. *Judgement calls: principle and politics in constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. v. I.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. v. II.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010a.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010b.