

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A (DES)UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

FUNDAMENTAL RIGHT'S THEORIES: THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT PRECEDENT SYSTEM (UN)UNIFORMIZATION

TEORÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA (DES)UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA FEDERAL

RENAN ALARCON ROSSI

<https://orcid.org/0000-0002-9710-1574> / <http://lattes.cnpq.br/9070986537982649> / renanrossi@hotmail.com.br

Pontifícia Universidade Católica de Campinas.
Campinas, SP, Brasil.

JOSUÉ MASTRODI NETO

<https://orcid.org/0000-0003-4834-0170> / <http://lattes.cnpq.br/6635472231072927> / mastrodi@puc-campinas.edu.br

Pontifícia Universidade Católica de Campinas.
Campinas, SP, Brasil.

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

<https://orcid.org/0000-0001-5596-6695> / <http://lattes.cnpq.br/2294492760875997> / lucas.laurentiis@gmail.com

Pontifícia Universidade Católica de Campinas.
Campinas, SP, Brasil.

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal exerce a função de último intérprete constitucional e a falta de uniformidade nos julgamentos envolvendo direitos fundamentais é objeto recorrente de críticas. Neste cenário, questiona-se: é possível identificar mais de uma forma de compreender os direitos fundamentais na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal? Como referencial teórico, adotamos o pensamento de Ernst-Wolfgang Böckenförde no clássico “Fundamental Rights Theory and Interpretation” para delimitar cinco teorias de interpretação dos direitos fundamentais e apresentamos suas bases teóricas. Após, relacionamos cada uma delas com um diferente julgado do Supremo Tribunal Federal mediante a transcrição de trechos dos votos que indicam a sua adoção. Ao final, identificamos o uso de todas as cinco teorias interpretativas, demonstrando que o desenvolvimento teórico não garante uniformidade nos julgamentos, o que impõe repensar a forma de atuação do intérprete, sob pena de inexistência de segurança jurídica na temática dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Böckenförde, Direitos fundamentais, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The Brazilian Federal Supreme Court is the last constitutional interpreter and the lack of uniformity in the judgments involving fundamental rights is a recurring object of criticism. In this situation, the question is: is it possible to find more than one structure of understanding fundamental rights in recent jurisprudence of the Brazilian Federal Supreme Court? We adopt Ernst-Wolfgang Böckenförde's thinking in the classic “Fundamental Rights Theory and Interpretation” to define five theories of fundamental rights interpretation and present their theoretical bases. Then, we connect each of them to a different decision of the Federal Supreme Court transcribing parts of the votes that indicate their adoption. At last, we identified all the five interpretative theories, demonstrating that theories

development does not guarantee uniformity in judgments and, therefore, it is necessary to reconsider the interpreter's role, under the risk to jeopardize the fundamental right's legal certainty.

Keywords: Böckenförde, Fundamental rights, Federal Supreme Court.

RESUMEN

El Supremo Tribunal Federal cumple la función de último intérprete constitucional y la falta de uniformidad en los juicios que involucran derechos fundamentales es objeto de críticas. En este escenario, la pregunta es: ¿es posible identificar más de una forma de entender los derechos fundamentales en la jurisprudencia reciente del Supremo Tribunal Federal (STF)? Como marco teórico, tomamos el pensamiento de Ernst-Wolfgang Böckenförde en lo clásico "Fundamental Rights Theory and Interpretation" para delinear cinco teorías de interpretación de los derechos fundamentales y presentar sus fundamentos teóricos. Posteriormente, relacionamos cada uno con un diferente enjuiciado del Supremo Tribunal de Justicia Federal al transcribir extractos de los votos que indican su adopción. Como resultado final hemos identificado el uso de las cinco teorías interpretativas, demostrando que el desarrollo teórico no garantiza la uniformidad en los juicios, lo que requiere pensar sobre la forma de actuación del intérprete, bajo la pena de falta de seguridad jurídica en el tema de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Böckenförde, Derechos fundamentales, Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 TEORIA LIBERAL OU DO ESTADO DE DIREITO (CIVIC-RECHTSSTAAT); 1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275; 2 TEORIA INSTITUCIONAL; 2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578; 3 TEORIA AXIOLÓGICA; 3.1 Recurso Extraordinário n. 586.224; 4 TEORIA DEMOCRÁTICO-FUNCIONAL; 4.1 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187; 5 TEORIA DO ESTADO SOCIAL; 5.1 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Em 1974, Ernst-Wolfgang Böckenförde publicou o texto "Teoria dos direitos fundamentais e interpretação"¹ em que apresenta cinco teorias de interpretação da natureza dos direitos fundamentais, indicando suas bases teóricas, divergências e incompatibilidades. A intenção do autor não era apenas expressar o estado da arte sobre o tema - apesar de o fazer - mas, em última análise, demonstrar a falta de uniformidade na jurisprudência alemã da época, pois, em seu entendimento, os julgadores da Corte Constitucional Federal escolhiam as teorias para justificar suas decisões dependendo do caso:

A verdade é que os Tribunais, assim como os pesquisadores envolvidos em debates acadêmicos, adotam diferentes teorias de direitos fundamentais a depender do caso em particular e das definições do direito fundamental em questão. O mesmo é verdade na jurisdição da Corte Constitucional Federal².

¹ O texto original, denominado "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation" foi publicado na conhecida revista jurídica NJW (Neue Juristische Wochenschrift) e republicado na coletânea de trabalhos do mesmo autor denominada "Staat, Verfassung und Demokratie".

² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Fundamental Rights Theory and Interpretation* [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 268. No original: "For the fact is that the courts, like scholars involved in the academic debate, adopt different fundamental

Sobre esse tema, Sunstein e Vermeule tecem pertinentes críticas à realidade apresentada por Böckenförde, pois a ausência de vinculação a uma regra interpretativa “trata o intérprete, explícita ou implicitamente, como um teórico comparável ao constitucionalista, em vez de um burocrata judicial que decide casos reais sob restrições de tempo, informação e expertise”³.

No Brasil, os problemas verificados por esses autores se intensificam. Com o crescente protagonismo do Supremo Tribunal Federal⁴, as críticas à atuação do mais alto órgão do Poder Judiciário são cada vez mais frequentes, dado o descompromisso com a segurança jurídica pela ausência de uniformização dos julgamentos. Um dos pontos mais tratados tanto na academia quanto no debate público é a ausência de critérios precisos para o julgamento de temas sensíveis para a sociedade, pois “a subjetividade do julgador precisa se adequar à necessidade de objetividade e racionalidade do sistema jurídico”⁵.

Surge, então, a questão a ser aqui debatida: em relação à forma de compreender os direitos fundamentais é possível identificar mais de uma teoria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal? As críticas que Böckenförde formalizou há 50 anos são válidas para o Supremo Tribunal Federal atual?

Para investigar essa questão, utilizamo-nos da obra de Böckenförde como referencial teórico para delimitação das teorias de interpretação dos direitos fundamentais. Abordaremos as cinco teorias trazidas pelo autor, a saber: Liberal ou do Estado de Direito, Institucional, Axiológica ou dos Valores, Democrático-Funcional e do Estado Social, apresentando cada uma delas individualmente e aprofundando, principalmente as mais relevantes, por meio de seus referenciais teóricos originários. Após a apresentação teórica de cada uma, indicaremos um

rights theories, depending on the particular case and the definitions of the particular fundamental rights. The same is true for the judicature of the Federal Constitutional Court”.

³ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 156, 2002, p. 39. No original: “The essential defect in these accounts is that they are entirely insensitive to the identity and capacities of the interpreter; they treat the interpreter, explicitly or implicitly, as a theorist much like the constitutional theorist himself, rather than a judicial bureaucrat deciding cases under constraints of time, information and expertise.”

⁴ Segundo Conselho Nacional de Justiça (2017), o Supremo Tribunal Federal proferiu 117.426 decisões apenas no ano de 2016. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Supremo em ação 2017 - Ano base 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/06/f8bcd6f3390e723534ace4f7b81b9a2a.pdf>, Acesso em 18.mai.2023.

⁵ CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; STIPP, Luna. Hermenêutica flexível e discricionariedade judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 11, n. 1, 2016, p. 304-319. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/21193/pdf>. Acesso em 18.mai.2023.

acórdão do Supremo Tribunal Federal que busca seu fundamento principal, mesmo que de forma implícita, na referida teoria, transcrevendo excertos que indicam a sua adoção.

Cumprе salientar que não nos prenderemos ao resultado dos julgados apresentados, pois o presente artigo não pretende valorar as teorias de direitos fundamentais, indicando a “correta”, mas apenas identificar seu uso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de modo praticamente randômico, como que utilizadas segundo a conveniência do caso objeto de julgamento, demonstrando que as críticas formuladas por Böckenförde ainda podem ser, no mínimo, objeto de reflexão.

1 Teoria Liberal ou do Estado de Direito

Sob essa concepção, direitos fundamentais antecedem ao Estado⁶ (BÖCKENFÖRDE, 2017) e são considerados liberdades individuais cujo exercício é contraposto à intervenção Estatal. Por serem limitações frente à ação pública que adentra a esfera individual, delimitam o próprio conceito de Estado de Direito. Como consequência da concepção burguesa de liberdade, o Estado de Direito seria desenvolvido a partir dos princípios distributivo e organizacional:

Primeiro, existe o princípio distributivo. A esfera individual de liberdade é pressuposta como prévia ao estado e, particularmente, a liberdade individual é, em princípio, ilimitada, enquanto a autoridade de intervenção do Estado nessa esfera é, em princípio, limitada. Segundo, existe um princípio organizacional que facilita a implementação do princípio distributivo.⁷

A análise do princípio distributivo é indispensável para a compreensão da teoria liberal dos direitos fundamentais. Em razão desse princípio, direitos fundamentais constituem liberdades ilimitadas até que ocorra a sua restrição pelo Estado, que é uma atividade limitada. Ocorre, portanto, uma dupla limitação das atuações individuais e do Estado. Enquanto este tem a competência exclusiva de impor uma limitação aos direitos das pessoas, o direito fundamental

⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Fundamental Rights Theory and Interpretation* [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

⁷ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Translated and edited by Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008, p. 170. No original: “First, there is a principle of distribution. The individual’s sphere of freedom is presupposed as something prior to the state, in particular the freedom of the individual is in principle unlimited, while the authority of the state for intrusions into this sphere is in principle limited. Second, there is an organizational principle, which facilitates the implementation of this distributional principle”.

impõe, ao mesmo tempo, limites e balizas ao poder estatal de restrição. A ação estatal restritiva é, portanto, restringida pela liberdade individual e restringe o seu exercício pelo titular.

Em relação ao princípio organizacional, essa teoria parte do princípio de que os direitos humanos não são previstos pela autoridade estatal, mas são por ela declarados sob a forma de direitos fundamentais e, por isso, antecedem à sua própria constituição. Nesse sentido, as liberdades são absolutas na convivência humana pré-estatal, justificando o nascimento e crescimento de um Estado cuja “finalidade principal era a garantia de direitos individuais, tendo o direito um perfil repressivo e reparador, coagindo as atitudes dos cidadãos, para assegurar o livre desenvolvimento das pretensões individuais”.⁸

Teoricamente, os princípios distributivo e organizacional remetem ao conteúdo essencial do próprio Estado de Direito. Enquanto o primeiro se expressa mediante os direitos de liberdade, o segundo fundamenta a separação dos poderes e a divisão do Estado em competências da autoridade, que se autorregulam e limitam o exercício do poder público.

Na prática, para que possa exercer essa função organizacional respeitando as liberdades individuais, a teoria liberal exige que ocorra uma distribuição desequilibrada do ônus argumentativo entre o exercício da liberdade protegida pelos direitos fundamentais e a sua restrição: enquanto ao indivíduo titular é garantido o gozo até a sua restrição, essa mesma restrição estatal depende de justificativa razoável e prevista em lei, sob pena de ser considerada inconstitucional.⁹

Os direitos fundamentais, como direitos de liberdade, regulamentam uma espécie de distribuição de reivindicações e deveres entre os indivíduos e o Estado, pois demarcam normativamente (estrutura normativa) o conteúdo jurídico protegido (âmbito de proteção) em que os particulares decidem o seu próprio comportamento sem a interferência estatal¹⁰, o que desencadeia consequências jurídicas importantes.

⁸ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. **O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v.3, n. 1, jan.jun.2011, p.84-94, p. 86. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/366/1762>. Acesso em 18.mai.2023.

⁹ SCHLINK, Bernhard. Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais. Tradução por Leonardo Martins. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, a. 4, abr.-jun.2017, p. 261-297. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/292>. Acesso em 18.mai.2023. No mesmo sentido: LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**, São Paulo: Malheiros, 2017.

¹⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Fundamental Rights Theory and Interpretation** [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press: 2017.

A primeira delas é que a Teoria Liberal dos direitos fundamentais reconhece que o exercício de direitos pelo titular gera impactos públicos, mesmo os entendendo como liberdades privadas e, assim, permite a restrição ao exercício antes - teoricamente - ilimitado destes direitos. Esse fenômeno ocorre porque os direitos de liberdade apenas são considerados fundamentais enquanto exercidos nas relações sociais que busquem finalidades individuais sob a concepção liberal e não objetivos políticos. Isso significa que, quando exercidos com objetivos políticos, deixam de ser direitos puramente individuais de liberdade e, com isso, fundamentam a criação de restrições ao seu exercício, restrições essas que, por sua vez, acarretam a aplicação do princípio distributivo.

Assim, paradoxalmente, o fato de o exercício da liberdade individual dos direitos fundamentais poder extrapolar a esfera privada é também o fundamento justificador da sua restrição pública sob o Estado de Direito. Isso ocorre porque, sob essa concepção, os direitos fundamentais de liberdade são intrinsecamente ligados ao seu exercício individual. A partir do momento que são utilizados como ferramentas em disputas públicas, não são mais considerados puras liberdades individuais de agir, mas constituem uma “exploração do poder social através de organizações sociais”¹¹ e, assim, se tornam aptos a limitação estatal.

A segunda consequência é que, por serem de titularidade do indivíduo, os direitos não guardam correlação com qualquer finalidade pública ou social específica. São considerados liberdade pura e simples¹², com o uso facultado ao titular, da forma que melhor lhe atender. Sob a ótica pública, o Estado tem a obrigação de criar estrutura institucional suficiente apenas para garantir o exercício, pelo próprio titular, da liberdade assegurada pelo direito fundamental.

1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, podemos identificar as bases da teoria liberal na fundamentação do voto do Ministro Lewandowski proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275¹³, de 2018. Essa ADI, proposta pelo Procurador-Geral da

¹¹ SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Translated and edited by Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008, p. 204. No original: “[...] it means the unhindered exploitation of social power through social organizations”.

¹² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Fundamental Rights Theory and Interpretation** [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press: 2017.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que tratou sobre a alteração do prenome e do sexo no registro civil**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275. Procurador-Geral da República, Presidente da República e Congresso Nacional. Relator do voto: Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão: Ministro Edson Fachin. 1º de março de 2018. Disponível em:

República, tinha por objeto a “interpretação conforme a constituição”¹⁴ ao artigo 58 da Lei 6.015/1973 que estabelece que “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios” pois, a interpretação literal do texto era utilizada como fundamento legal para impedir a mudança do prenome às pessoas transexuais que não houvessem sido submetidas à cirurgia de mudança de sexo.

Em sua demanda, o Procurador-Geral da República sustentou a necessidade de reinterpretação do dispositivo com fundamento formal nos direitos fundamentais à igualdade, intimidade e vida privada, previstos no artigo 5º, *caput* e inciso X, da Constituição Federal. Forneceu, assim, remissão constitucional que constrói o direito fundamental à autodeterminação da pessoa transexual que, sob sua argumentação, estaria violado com a imposição de procedimento cirúrgico como requisito à substituição do prenome, pois isso ensejava prejuízos sociais advindos da manutenção do assento de nascimento àqueles que não tinham interesse em se submeter a procedimento cirúrgico.

Entre os argumentos contrapostos, o Senado Federal foi o único integralmente contrário à pretensão, alegando “ser inviável a modificação do assentamento sem a submissão ao procedimento, considerada a imprescindibilidade de o registro corresponder à realidade física”.

No mérito, o Ministro concluiu pela interpretação conforme a constituição de modo a permitir a mudança do prenome às pessoas transexuais independentemente de procedimento cirúrgico. O ponto de interesse no presente artigo não é qual o resultado, mas sim como foi atingido. Vejamos o seguinte trecho do voto:

Constata-se que a sociedade reforça a injustiça social contra o indivíduo “trans” ao condicionar indevidamente o reconhecimento do gênero e do nome com que se identifica. Ao incidir dessa maneira sobre a realidade da vida, o Direito cria obstáculos ilegítimos na busca por estima social das pessoas “trans”. A autodeterminação da pessoa “trans” deve integrar o patrimônio normativo na luta por reconhecimento deste grupo minoritário. Isso quer dizer que, numa sociedade igualitária e democrática, que respeite os direitos fundamentais, as pessoas devem ver reconhecido seu direito ao nome e ao gênero de acordo com sua autoidentificação, sem que possam ser exigidas condicionantes irrazoáveis. (Destacamos)

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em 18.mai.2023.

Acesso em

¹⁴ Sobre a origem e características do conceito de interpretação do conceito de interpretação conforme a Constituição, ver LAURENTIIS, Lucas Catib. **Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos**, São Paulo: Malheiros, 2012.

A análise jurídica perseguiu a resposta à seguinte questão: a restrição estatal à liberdade de substituir o prenome protegida pelo direito de autodeterminação era razoável?¹⁵ E o fez partindo da premissa de que esse direito fundamental independe de atos dentro de um espectro social, como fica evidente no seguinte trecho do voto:

Transportando essas lições e preceitos para o caso concreto, constata-se que a sociedade reforça a injustiça social contra o indivíduo “trans” *ao condicionar indevidamente o reconhecimento do gênero e do nome com que se identifica*. Ao incidir dessa maneira sobre a realidade da vida, o Direito *cria obstáculos ilegítimos* na busca por estima social das pessoas “trans”. (Destacamos)

Essencial ressaltar que *não são os procedimentos médicos que conferem ao indivíduo direito ao reconhecimento de sua condição pessoal*. Trata-se de direito *indissociável de cláusula geral da dignidade da pessoa humana*, que tutela de forma integral e unitária a existência humana. (Destacamos)

A decisão considerou o direito fundamental à autodeterminação antecedente ao Estado e, assim, ilimitado até que haja a restrição Estatal. Todavia, como o Estado tem o dever de criar estrutura satisfatória para o exercício dessa liberdade pelo titular, a restrição deverá ser razoável - ou seja: não excessiva. No caso, o exercício da liberdade de compatibilizar o prenome ao gênero a que se identifica encontrava condicionante: a necessidade de se submeter a intervenção cirúrgica de mudança de sexo. E a exigência do procedimento médico foi considerada restrição irrazoável da liberdade da autodeterminação mediante a mudança do prenome e, assim, o fundamento do voto do Ministro.

2 TEORIA INSTITUCIONAL

“Quem vive a norma acaba por interpretá-la”¹⁶. É a partir dessa premissa que Peter Häberle inicia o esclarecimento da sua tese e o conceito de interpretação por ele proposto. Para o autor, um conceito de interpretação constitucional que a considera apenas como uma

¹⁵ Apesar de valer-se do termo, o Ministro Lewandowski não estabelece a premissa teórica dessa razoabilidade. Ao que parece, guarda correlação com o princípio da razoabilidade na concepção norte americana original, sintetizada na assertiva do caso *Council of Civil Service Unions vs Minister for the Civil Service*, que define uma premissa como irracional quando “desafia a lógica ou os padrões morais de forma tão ultrajante que nenhuma pessoa sensata chegaria àquela conclusão analisando a questão” (“so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it.”).

¹⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13.

compreensão do conteúdo da norma depende que essa hermenêutica seja consciente, no sentido de voluntária e desejada. Contudo, como seu ponto de partida diz que a interpretação constitucional é realizada por todos aqueles inseridos no contexto social regulamentado pela constituição (quem a vive a interpreta), torna-se necessária a utilização de um critério interpretativo mais amplo:

Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorisches Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes.¹⁷

Diante dessa interpretação generalizada, sob a Teoria Institucional não existem direitos fundamentais pré-sociais, pois todo o direito constitucional é interpretável e reinterpretable por atores que assumem seus papéis dentro da estrutura institucional do Estado. Os direitos fundamentais são princípios organizacionais, mas, diferentemente do sentido adotado pela Teoria Liberal, eles delimitam objetivamente o conteúdo de determinadas áreas da vida concreta. São, ao mesmo tempo, criados e realizados por meio de normas jurídicas institucionais que definem e normatizam as condições de vida que protegem¹⁸.

Todavia, é evidente o risco da limitação do status de direitos fundamentais apenas aos direitos de garantia institucional ou às instituições sociais, como casamento e família. Para que não haja redução substancial da gama de direitos fundamentais, a própria liberdade é entendida como uma instituição, que tem seu conteúdo definido concretamente em face da relação social a que se aplica.¹⁹ Isso faz com que os direitos fundamentais sejam, como um todo, concretizáveis por meio da ação Estatal e, como consequência, os limites entre as noções de conteúdo protegido e restrição estatal ao direito fundamental perdem seus contornos.²⁰

¹⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 14.

¹⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Fundamental Rights Theory and Interpretation* [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 274.

¹⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Fundamental Rights Theory and Interpretation* [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 274.

²⁰ Crítico, já de longa data, a esse respeito: MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2012, sobretudo p. 15 e ss., onde se diz que essa teoria acarreta uma "manobra de fuga do sistema constitucional de limitações aos direitos fundamentais".

Não se trata de liberdade “pura e simples”, como na concepção liberal, mas uma “liberdade direcionada para metas específicas: a realização do conceito delimitado objetiva e institucionalmente de garantia de liberdade”²¹. Isso torna o próprio escopo de proteção da liberdade variável a depender se propósitos pretendidos são compatíveis, ou não, aos fins institucionais.

Com isso, os direitos fundamentais não estão à disposição apenas da finalidade objetivada pelo indivíduo, mas são parte do arcabouço disponível à persecução das finalidades institucionais do Estado. Os próprios direitos fundamentais “adquirem uma dimensão funcional na medida em que aos titulares dos direitos cabe o dever de participar na realização dessa ideia”²² e, como são interpretados institucionalmente, dentro da Teoria Institucional a norma não corresponde à sua limitação, mas sim à sua concretização.²³

2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578

A Teoria Institucional pode ser vista como a principal referência teórica no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578²⁴, que tratou do controle da chamada Lei da Ficha Limpa. No caso, o julgamento conjunto da ADI 4578, da ADC 29 e da ADC 30 tratou da constitucionalidade “da aplicação das hipóteses de inelegibilidade instituídas pela Lei Complementar nº 135/10 aos casos em que os atos ou fatos passíveis de enquadramento tenham ocorrido anteriormente à edição da lei”. O voto do Ministro Relator Luiz Fux indica expressamente que adota a proposta de Häberle acerca da interpretação constitucional aberta:

²¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Fundamental Rights Theory and Interpretation** [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 275. No original: “[...] the liberty enshrined in the fundamental rights is no longer necessarily a liberty pure and simple, as in the liberal theory. It is a liberty directed at specific goals: namely, the realization of the institutional and objective meaning of the guarantee of liberty.”

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 6. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 508.

²³ Dessa assertiva emergem as duas críticas mais incisiva à teoria institucional, que apresentaremos sem grande aprofundamento, porquanto excede o escopo do estudo: 1) Se os direitos fundamentais apenas existem e são realizados mediante normatização estatal, podem ser utilizados para manutenção do *status quo* social pela inviolabilidade dos direitos adquiridos; 2) Ao considerar a legislação como realização e não limitação dos direitos fundamentais, torna a norma indispensável ao exercício. Assim, não há qualquer necessidade de justificação pois a norma não restringe, mas realiza os direitos fundamentais.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que tratou sobre a chamada “lei da ficha limpa”**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578. Confederação Nacional das Profissionais Liberais-CNPL, Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Luiz Fux. 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em 18.mai.2023.

Se a Suprema Corte é o último player nas *sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes* (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão. (Destacamos)

Nesse sentido, considera o Ministro relator a possibilidade da mutação da interpretação, ou seja, reinterpretação das normas de direitos fundamentais, asseverando que a presunção da inocência se restringia à esfera penal, por ainda não haver “suficiente sedimentação no sentimento jurídico coletivo” apta a considerá-la em matéria eleitoral. Diz-se, neste sentido, em outro excerto do voto que:

Ora, como antes observado, não há como sustentar, com as devidas vênias, que a extensão da presunção de inocência para além da esfera criminal tenha atingido o grau de consenso básico a demonstrar sua radicação na consciência jurídica geral. Antes o contrário: *a aplicação da presunção constitucional de inocência no âmbito eleitoral não obteve suficiente sedimentação no sentimento jurídico coletivo* - daí a reação social antes referida - a ponto de permitir a afirmação de que a sua restrição legal em sede eleitoral (e frise-se novamente, é apenas desta seara que ora se cuida) atentaria contra a vedação de retrocesso. (Destacamos)

Asseverou, enfim, o Ministro que o direito à participação nas eleições não é um direito fundamental, mas mera expectativa de direito que aguarda sua realização²⁵ pelo Estado, o que transforma o direito fundamental em uma construção coletiva e estatal e retira dele, como foi observado, a função de contenção do poder do Estado:

Portanto, não havendo direito adquirido ou afronta à autoridade da coisa julgada, a garantia constitucional desborda do campo da regra do art. 5º, XXXVI, da Carta Magna para encontrar lastro no princípio da segurança jurídica, ora compreendido na sua vertente subjetiva de proteção das expectativas legítimas. Vale dizer, haverá, no máximo, a expectativa de direito à candidatura, cuja legitimidade há de ser objeto de particular enfrentamento.

Há aqui uma manifestação eloquente e radicalizada da Teoria Institucional, pois ela não só admite que a configuração da liberdade pressupõe objetivamente a instituição estatal que lhe confira garantia,²⁶ mas também que a configuração da liberdade realizada pela lei tenha efeitos retroativos, pois foram atingidos pela nova legislação os mandatários que já tinham sido

²⁵ Veja-se que o termo “realização”, nesse caso, é utilizado tanto para promover quanto para restringir, considerando que a teoria institucional considera que a normatização se trata de realização, pois inserida no seu conteúdo institucional, ainda que haja restrição de exercício.

²⁶ HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltsgarantie des art. 19 abs. 2 Grundgesetz*, Karlsruhe: C.F. Müller, 1962.

eleitos.²⁷ Isso significa que a liberdade e os direitos fundamentais, em todos os seus aspectos presentes, passados ou futuros, podem ser configurados livremente pela lei, o que apresenta não só a anulação da função normativa desses direitos, mas também o fim do controle de constitucionalidade das leis.

3 TEORIA AXIOLÓGICA

O desenvolvimento da Teoria Axiológica dos direitos fundamentais se inicia pela definição da natureza da própria constituição. Para Rudolf Smend, seu criador, “a constituição de um grupo social e sua organização não é uma simples regulamentação de uma estrutura positivada de forma permanente e suas manifestações exteriores, mas é o que confere fundamento ao grupo e permite sua contínua criação e renovação”²⁸.

Com isso, para a compreensão desse conceito de direitos fundamentais, é preciso ter em mente que o texto constitucional é dotado de flexibilidade e grande capacidade de preencher as suas próprias lacunas²⁹. Afinal, ela, a Constituição, representa os valores socialmente aceitos naquele momento histórico e, por isso, ultrapassa os limites de seu texto normativo e se torna um sistema integrado de valores³⁰. A definição dos valores comuns determina socialmente a forma pela qual os indivíduos devem se comportar e, em última análise, determina as características fundamentais de cada sociedade.

Direitos fundamentais se transformam, portanto, nessa concepção, em um meio de integração entre a sociedade coletivamente e os indivíduos. Deixam, por isso, de ser somente

²⁷ Noticiando esta peculiaridade do caso: “STF não modula efeitos de decisão que permite aplicar ficha limpa em casos anteriores à lei”, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,Mi275470,71043-STF+nao+modula+efeitos+de+decisao+que+permite+aplicar+ficha+limpa+em>. Acesso em 18.mai.2023.

²⁸ SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Traducción de José M. Beneyeto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p.137. No original: “[...] la constitución de un grupo social y de su organización no es una simple regulación de una estructura dada y permanente, y de sus manifestaciones exteriores, sino que es la forma que da fundamento a dicho grupo y le permite su continua creación y renovación.”

²⁹ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción de José M. Beneyeto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

³⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Fundamental Rights Theory and Interpretation* [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

normas e se tornam valores comunitários,³¹ delimitando os direitos daqueles que integram a sociedade³², a própria criação do Estado e sua legitimidade³³:

Como o Estado se apresenta, até mesmo para sua existência social, como um processo contínuo de integração -que busca criar uma comunidade que compartilha experiências, cultura e valores- os direitos fundamentais se tornam um fator chave nesse processo de formação; são elementos e instrumentos da criação do Estado. Estabelecem valores comuns fundamentais e normatizam “um sistema de valores ou bens, um sistema cultural”, pelo qual os indivíduos (deveriam) receber um “status material” e se tornar integrados como pessoas e como parte de uma determinada nação.³⁴

Com isso, os direitos fundamentais recebem função dúplice e configuram, de um lado, internamente, um sistema cultural de valores e bens; de outro, instalam um sistema nacional que define valores gerais e confere aos membros do Estado um status material comum, diferenciando-os das demais nações³⁵. Esses valores sociais, representados pela política nacional, dão substrato ao conteúdo dos direitos fundamentais. A consequência de tal modificação radical da natureza dos direitos fundamentais é que estes passam a se assemelhar a normas gerais

³¹ Nessa linha e com base nos textos de Smend: OLIVEIRA, Renata Camilo. *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*: Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat, Berlin: Duncker und Humblot, 2013.

³² SOUSA, Inês Alves de; MARÓN, Manuel Fondevila. *Divergências e convergências entre as teorias de Rudolf Smend e Konrad Hesse na interpretação dos direitos fundamentais*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 9, n. 1, jan.-abr.2017, p.11-21. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.91.02/5979>. Acesso em 23 ago. de 2019.

³³ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción de José M. Beneyeto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

³⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Fundamental Rights Theory and Interpretation* [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press: 2017, p. 277. No original: “As the state presents itself, even in its social existence, as a continuous process of integration - one that is, in fact, working towards a community of shared experience, culture, and values - so the fundamental rights appear as key constituent factors in that process; they are elements and instruments in the creation of the state. They establish fundamental communal values and normatize “a system of values or goods, a cultural system” through which individuals (are supposed to) receive a ‘material status’ and become integrated as a people and as a distinct nation.”

³⁵ SOUSA, Inês Alves de; MARÓN, Manuel Fondevila. *Divergências e convergências entre as teorias de Rudolf Smend e Konrad Hesse na interpretação dos direitos fundamentais*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 9, n. 1, jan.-abr.2017, p.11-21. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.91.02/5979>. Acesso em 23 ago. de 2019.

³⁵ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción de José M. Beneyeto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

coletivas³⁶, de modo que “os direitos fundamentais, sendo expressão dos valores aceites por determinada comunidade, só no quadro dessa ordem podem e devem ser realizados”³⁷.

A substância da própria liberdade se torna, então, a possibilidade de exercer os direitos fundamentais como interpretados dentro do contexto dos valores gerais e socialmente aceites. Somente dessa forma eles podem adquirir diversos sentidos, a depender do valor a que se pretende proteger.

Algumas consequências podem ser extraídas da aplicação dessa corrente teórica. A primeira é que valores são e devem necessariamente ser escalonados hierarquicamente a depender do contexto e das peculiaridades de cada sociedade. Isso significa que os direitos fundamentais, ao serem determinados culturalmente em função da opinião social, podem ser considerados secundários em confronto a outros valores. A segunda consequência, ainda mais polêmica, é que a imperatividade dos direitos fundamentais fica subordinada ao juízo de valor do intérprete, que pode se tornar superior à própria Constituição.³⁸ Nesse sentido, ao conceder aos direitos fundamentais a natureza de valores, a análise moral se torna mais importante do que a jurídica no processo interpretativo, pois “definir o conteúdo do direito fundamental se torna uma questão de estabelecer o sentido do valor que expressa [...] e o ajustar na ordem de valores, o que é possível apenas por meio de um processo de correlação entre os valores intelectuais e culturais de um dado momento histórico”³⁹.

Böckenförde observou que, mesmo que a primeira impressão seja de que essa teoria possa oferecer uma solução prática para casos de conflito entre direitos fundamentais, ela, na verdade, “não apresenta nenhum sinal de justificação racional para os valores definidos, muito menos para uma ordem de valores, ou um sistema hierárquico entre os valores apto a indicar um

³⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Fundamental Rights Theory and Interpretation* [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford University Press: 2017.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 6. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 507.

³⁸ Para uma crítica dos pressupostos teóricos e das consequências dessa compreensão, ver SIMIONI, Rafael. Ponderando a ponderação: crítica à relativização de direitos fundamentais e à máxima da proporcionalidade em países desproporcionais. *Revista De Direitos Humanos E Desenvolvimento Social*, v. 2, 1-23, 2021.

³⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Fundamental Rights Theory and Interpretation* [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 278. No original: “Defining the substance of a fundamental right becomes a question of establishing the meaning of the value it expresses (which would seem attainable only through the exercise of scholarly intuition) and fitting that value into the underlying order of values, which is ascertainable only through a process of correlation with the intellectual and cultural value- consciousness of the time.”

sopesamento racional”⁴⁰. Ao final, a teoria dos valores gera uma flexibilização generalizada da proteção dos direitos fundamentais, decorrente da possibilidade geral e contínua da relativização do conteúdo desses direitos.

Como consequência, ocorre uma transformação da metódica jurídica, que deixa de ser um instrumento dogmático e se torna um método de trabalho sociológico e filosófico. Finalmente, uma vez que direitos são valores e valores devem sempre ser confrontados com valores contrapostos, essa teoria gera fortalece o decisionismo judicial, pois a defesa de um direito se torna aqui um meio para a desvalorização dos demais.⁴¹

3.1 Recurso Extraordinário n. 586.224

Analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há muitos julgados que, de alguma forma, aplicam a Teoria Axiológica dos direitos fundamentais. Um dos exemplos ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário n. 586.224⁴², de 2015, relatado pelo Ministro Luiz Fux. O caso concreto tratou da improcedência decretada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de Ação Direta de Inconstitucionalidade que tinha por objeto “lei municipal que proíbe a queima de palha de cana-de-açúcar e o uso do fogo em atividades agrícolas”. O Estado de São Paulo apresentou Recurso Extraordinário com fundamento em alegada inconstitucionalidade da norma municipal diante de incompetência legislativa do Município, pois conferida apenas à União, Estados e Distrito Federal para legislar, concorrentemente, sobre proteção ao meio ambiente.

Em seu voto, o Ministro Relator Luiz Fux definiu o tema central da análise jurisdicional: “A matéria de fundo deste recurso versa sobre os limites da competência legislativa do

⁴⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Fundamental Rights Theory and Interpretation** [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 279. No original: “As of yet, there is no sign of either a rational justification for values, let alone an order of values, or of a rationally recognizable and debatable system of preferences for weighing and ranking values.”

⁴¹ Nessa linha, altamente crítico e contundente em relação ao potencial conflitivo e seletivo da teoria dos valores: SCHMITT, Carl. *Die Tyrannei der Werte*, Berlin: Duncker und Humblot, 2011.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que tratou sobre a constitucionalidade de lei municipal que proíbe a queima de palha de cana-de-açúcar e o uso de fogo em atividades agrícolas**. Recurso Extraordinário em Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual n. 586.224. Estado de São Paulo, Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool do Estado de São Paulo - SIFAESp, Câmara Municipal de Paulínia e Município de Paulínia. Relator: Ministro Luiz Fux. 05 de março de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>. Acesso em 18.mai.2023.

município quanto ao meio ambiente”. Todavia, logo na sequência, consignou expressamente que o julgamento ultrapassa o aspecto jurídico previamente desenhado:

Entretanto, este *leading case* não poderá ser apartado da influência de sua solução em diversas áreas do conhecimento, que vão além da ciência jurídica. Assim, cumprindo um papel assaz importante na resolução do caso, é preciso analisar todos os dados colhidos em sede de audiência pública, de maneira a desenhar o quadro apresentado, a fim de que se possa formar um paradigma mais efetivo, em consonância com todas as necessidades expostas, diante do seu caráter eclético e multidisciplinar, envolvendo questões sociais, econômicas e políticas inerentes ao caso.

Passa, então, o relator a analisar dados empíricos da controvérsia, como as peculiaridades do cultivo da cana-de-açúcar no Estado de São Paulo e as consequências fáticas que adviriam do julgamento do Recurso Extraordinário. Após concluir pelo inafastável prejuízo dos trabalhadores que laboravam na colheita pela perda dos postos de trabalho, o Ministro afirma que a prática como a proteção dos direitos fundamentais pode ser colocada em segundo plano diante da colisão com outros valores, pois “se há uma impossibilidade de concessão de plenas condições aos trabalhadores substituídos, que se dê, pelo menos, um prazo razoável para que possam se preparar a esta nova situação”.

Sedimentando as bases teóricas para aclarar o posicionamento adotado no voto, o relator trata dos direitos fundamentais como categoria axiológica e consigna que “o direito fundamental é fruto da tentativa de universalizar condições teoricamente essenciais, sem as quais, o homem não pode ter uma vida digna”, o que demonstra que derivam de consenso social para estabelecimento de condições fáticas mínimas, conceito aberto que, naturalmente, pode variar de uma sociedade para outra. O Ministro afirma ainda que ao julgar a constitucionalidade da norma municipal “faz-se mister sopesar se o impacto positivo da proibição imediata da queima de cana na produtividade é constitucionalmente mais relevante do que o pacto social em que o Estado brasileiro se comprometeu a conferir ao seu povo o pleno emprego”. Reconhece, enfim, que o Poder Judiciário está inserido na sociedade:

Especificando em outros termos, quero dizer que o Judiciário está inserido na sociedade e, por este motivo, deve estar atento também aos seus anseios, no sentido de ter em mente o objetivo de saciar as necessidades, visto que também é um serviço público. A partir de então, destaco dois pontos: (i) a identificação destas necessidades e (ii) sua consequente satisfação por meio da representatividade.

E consigna, expressamente, que “a busca contemporânea pela eficiência do Poder Judiciário parte da premissa de reconhecimento de que a judicatura é um serviço público e, por este motivo, deve andar em consonância com os anseios da sociedade da qual participa”, demonstrando a vinculação aos valores sociais. Mais uma vez, o que se verifica aqui é uma radicalização da Teoria Axiológica, pois o que se faz, neste caso, não é só uma relativização dos padrões de proteção dos direitos fundamentais - que, por serem valores, estarão sempre sujeitos a essa operação - mas também uma relativização, via ponderação ou sopesamento, da própria definição constitucional das competências legislativas federais. Se isso ocorre, não só os direitos, mas todas as regras definidoras das funções estatais passam a estar sujeitas à ponderação realizada pelo judiciário, o que representa a substituição de todas as funções estatais por um governo de juízes.

4 TEORIA DEMOCRÁTICO-FUNCIONAL

Sob esse aspecto, direitos fundamentais são compreendidos a partir de sua função pública, de modo que “acentua-se particularmente o momento teleológico-funcional [...] no processo político democrático”⁴³. Os direitos fundamentais são, portanto, definidos como aqueles relacionados ao conceito de democracia⁴⁴ e, por isso, essa teoria pode ser considerada como uma variante da Teoria Axiológica. Enquanto esta última teoria - a Axiológica - vinculava e condicionava o valor dos direitos fundamentais a uma gama de padrões sociais e comunitários, aquela - a teoria Democrática - vincula os direitos fundamentais a um valor único - a Democracia - que, nesse sentido, é considerado hierarquicamente superior a todos os outros.

Do ponto de vista teórico, essa teoria defende uma contraposição à corrente que entende os direitos fundamentais como proteção à esfera individual que, para os adeptos da Teoria Democrático-funcional, se mostra um pensamento apolítico pautado na prevalência dos interesses burgueses⁴⁵. Na prática, o que ocorre então é uma instrumentalização dos direitos fundamentais para atingir o propósito de salvaguardar o processo democrático:

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 510.

⁴⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Fundamental Rights Theory and Interpretation* [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

⁴⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Fundamental Rights Theory and Interpretation* [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

Direitos fundamentais recebem seu conteúdo e importância pois são considerados fatores constitutivos de um processo de criação livre do estado democrático [...] e de formulação dos objetivos políticos. A razão primária de salvaguardar esferas de liberdade positivamente qualificadas como direitos fundamentais se torna facilitar e proteger esses processos.⁴⁶

O conteúdo da liberdade protegido pelos direitos fundamentais é definido pela função pública que exercem, se tornando, assim, um “meio de prossecução e segurança do processo democrático”⁴⁷. Com isso, os direitos fundamentais não estão garantidos ao cidadão para exercê-los como quiser, mas seu exercício é restrito ao particular como membro da comunidade e, consequentemente, servem ao interesse público de manutenção e desenvolvimento do processo democrático⁴⁸.

Direitos fundamentais são, portanto, normas que estabelecem funções a todos os participantes do processo político e público. Assim, a partir dessa teoria, o exercício dos direitos fundamentais não pode ser considerado faculdade do titular, mas a liberdade de exercê-lo se torna uma obrigação em razão da responsabilidade recebida a partir do aspecto democrático que representa⁴⁹.

4.1 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187

As premissas estabelecidas pela Teoria Democrática-Funcional dos direitos fundamentais são encontradas no Julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187⁵⁰, de Relatoria do Ministro Celso de Mello.

⁴⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Fundamental Rights Theory and Interpretation* [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 280. No original: “The fundamental rights receive their meaning and their fundamental importance as constituent factors of a free process of democratic state creation [...] and of a democratic process of formulating political objectives. The primary purpose of guaranteeing spheres of liberty as enshrined in the fundamental rights is to facilitate and protect those processes.”

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 6. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 510.

⁴⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Fundamental Rights Theory and Interpretation* [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

⁴⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Fundamental Rights Theory and Interpretation* [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão que tratou sobre a chamada “marcha da maconha”. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187. Procurador-Geral da República e Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. 15 de junho de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em 18.mai.2023. Para uma análise deste julgado, ver DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas Catib. Liberdade de reunião e democracia: reflexões a partir das experiências brasileiras e alemãs, *RBEC*, ano 8, n. 30, p. 649-669, 2014.

O acórdão, proferido em 2011, tratava da constitucionalidade da denominada “Marcha da Maconha”. Por meio do remédio constitucional, a Procuradoria-Geral da República pleiteava interpretação conforme à constituição do artigo 287 do Código Penal Brasileiro, para excluir expressamente a possibilidade de “criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e ventos públicos”.⁵¹ Argumentava, a Procuradoria-Geral da República, que a interpretação combatida do artigo 287 do Código Penal fundamentou decisões judiciais que proibiram atos públicos em favor da legalização de drogas. Já o Relator, após a análise de preliminares processuais, consignou que “busca-se, na presente causa, proteção a duas liberdades individuais, de caráter fundamental: de um lado, a liberdade de reunião e, de outro, o direito à livre manifestação do pensamento”.

Ao expor os precedentes que fundamentam sua conclusão, o Ministro apresentou o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual existe uma correlação entre as liberdades de reunião e pensamento e o direito de participação política. Com base nessa premissa o Tribunal constrói um “núcleo complexo e indissociável de liberdades e prerrogativas político-jurídicas” cuja violação afeta todas as demais liberdades a serem exercidas, demonstrando a prevalência dos direitos fundamentais que guardam aspectos políticos e sua instrumentalidade:

O Supremo Tribunal Federal, em ambos os casos, deixou claramente consignado que o direito de reunião, enquanto direito-meio, atua em sua condição de instrumento viabilizador do exercício da liberdade de expressão, qualificando-se, por isso mesmo, sob tal perspectiva, como elemento apto a propiciar a ativa participação da sociedade civil, mediante exposição de idéias, opiniões, propostas, críticas e reivindicações, no processo de tomada de decisões em curso nas instâncias de Governo.

[...] há, entre as liberdades clássicas de reunião e de manifestação do pensamento, de um lado, e o direito de participação dos cidadãos na vida política do Estado, de outro, um claro vínculo relacional, de tal modo que passam eles a compor um núcleo complexo e indissociável de liberdades e de prerrogativas político-jurídicas, o que significa que o desrespeito ao direito de reunião, por parte do Estado e de seus agentes, traduz, na concreção desse gesto de arbítrio, inquestionável transgressão às demais liberdades cujo exercício possa supor, para realizar-se, a incolumidade do direito de reunião, tal como sucede quando autoridades públicas impedem que os cidadãos manifestem, pacificamente, sem armas, em passeatas, marchas ou encontros realizados em espaços públicos, as suas idéias e a sua pessoal visão de mundo, para, desse

⁵¹ Para uma análise do cabimento do pedido de interpretação conforme a Constituição em ações diretas de controle de constitucionalidade, ver LAURENTIIS, Lucas De; GALKOWICZ, Henrique. Medidas cautelares interpretativas e de efeito aditivos no controle de constitucionalidade: uma análise crítica de sua aplicação. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 21, p. 65-88, 2015.

modo, propor soluções, expressar o seu pensamento, exercer o direito de petição e, mediante atos de proselitismo, conquistar novos adeptos e seguidores para a causa que defendem.

Analisando a essencialidade da liberdade fundamental de reunião, o Ministro a avalia a partir de sua importância sob o modelo “político-jurídico de democracia constitucional”:

A essencialidade dessa liberdade fundamental, que se exterioriza no direito de qualquer pessoa reunir-se com terceiros, pacificamente, sem armas, em locais públicos, independentemente de prévia autorização de órgãos ou agentes do Estado (que não se confunde com a determinação constitucional de “prévio aviso à autoridade competente”), revela-se tão significativa que os modelos político-jurídicos de democracia constitucional sequer admitem que o Poder Público interfira no exercício do direito de reunião.

Sobre a liberdade de expressão, afirma que “representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática” do que se infere a especial proteção que se deve conferir a esses direitos. Sem pluralismo, tolerância, divergência de ideias, enfim, sem liberdade de manifestação política, não há democracia. Essa correlação instrumental entre o direito à liberdade de manifestação de pensamento e a realização de ideais democráticos está, portanto, na raiz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Diz, nessa linha, o Relator que:

É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções divergentes, a concretização de um dos valores essenciais à configuração do Estado democrático de direito: o respeito ao pluralismo político.

Neste julgado, portanto, os direitos fundamentais assumiram caráter-finalidade políticos nos termos expostos pela Teoria Democrático-Funcional, o que por um lado é salutar, sobretudo em Estados com longa tradição autoritária, mas também gera insegurança, pois: i) o conceito de democracia é muito fluido e variável, sendo utilizado tanto por defensores da tolerância e do pluralismo, quanto por ditadores e presidentes de matriz populista que se

apresentam como a corporificação da nação e do povo;⁵² ii) condicionar o valor da expressão individual ao atendimento de finalidades públicas democráticas pode causar a desvalorização de ideias de minorias marginalizadas, que podem ser taxadas de antidemocráticas só por serem contrárias às opiniões dominantes.⁵³

5 TEORIA DO ESTADO SOCIAL

A relação de descompasso entre a Teoria Liberal dos direitos fundamentais e as condições ineficazes para a realização do desenvolvimento social e a distribuição de renda escancarou o fato de que para um grande número de sujeitos inexitem condições sociais ao exercício dos direitos fundamentais formalmente garantidos⁵⁴. Essa constatação indica que, muitas vezes, os direitos fundamentais podem se tornar “cascas vazias”⁵⁵, pois a mera delimitação do conteúdo normativo - ainda que sob a chancela de direitos fundamentais - não basta para que sejam efetivamente transplantados à vida dos titulares.

Com isso, o debate acerca dos direitos fundamentais finca pés da realidade e ganha contornos objetivos, visto que “muitas vezes o que está em causa não é o uso razoável de um direito fundamental, mas a impossibilidade de o particular poder usufruir as situações de vantagem abstratamente reconhecidas pelo ordenamento”⁵⁶. Diante disso, na Teoria do Estado Social, “os direitos fundamentais abandonam o aspecto puramente negativo que delimita o conteúdo e passam a conferir aos indivíduos direitos subjetivos em face do Estado em relação a serviços sociais”⁵⁷.

Não há, contudo, como se determinar a priori o nível necessário da vinculação da proteção dos direitos fundamentais ao conteúdo material das liberdades em espécie. Por isso,

⁵² A esse respeito, na literatura de ciência política, ver, entre outros: MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**, São Paulo: Cia das Letras, 2019.

⁵³ No mesmo sentido, ver LAURENTIIS, Lucas Catib; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de Expressão: Teorias, Fundamentos e Análise de Casos, **Revista Direito e Práxis**, v. 11, n. 4, 2020, p.2260-2301, 2020.

⁵⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Fundamental Rights Theory and Interpretation** [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

⁵⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Fundamental Rights Theory and Interpretation** [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 283. No original “Empty Shell”.

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 509.

⁵⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Fundamental Rights Theory and Interpretation** [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 283. No original: “In this theory the fundamental rights cease to have a purely negative, delimiting character; they also give individuals certain claims upon the state in respect of social services.”

seja qual for o critério material adotado, a partir desta teoria os direitos fundamentais, estes se transformam em reivindicações ou deveres estatais, diante da impossibilidade fática de o Estado garantir para todos e tem todas as situações o seu exercício da inexistência de uma definição precisa das condições exigidas para a implementação real dos direitos fundamentais.⁵⁸ Modifica-se, assim, o próprio papel do Estado, que passa a assumir a responsabilidade de garantir o sentido da liberdade material prevista nos direitos fundamentais, exigindo-lhe uma “intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estadual é concebida não como um limite, mas como um fim do Estado”⁵⁹.

Como acontece em qualquer outra forma interpretativa, a premissa de que os direitos fundamentais são direitos subjetivos aptos a transformar as condições materiais dos titulares tem consequências diretas. A partir do momento em que se confere status de dever estatal aos direitos fundamentais, a sua realização se torna dependente da existência de recursos financeiros disponíveis ao Estado. E, dessa forma, a impossibilidade econômica passa a ser vista como um limite à sua garantia⁶⁰. Da mesma forma, considerando a necessidade da utilização do orçamento público para garantia ao titular, a realização dos direitos fundamentais passa a integrar o conteúdo político decisório do Estado⁶¹, ou seja, pode se tornar parte da discricionariedade do Administrador Público.

Os direitos fundamentais perdem, assim, sua função normativa e “neste ponto, são reduzidos a diretrizes constitucionais”⁶² que vinculam o Estado apenas de forma principiológica, o que se convencionou chamar no Brasil de caráter programático.

5.1 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45

⁵⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Fundamental Rights Theory and Interpretation** [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 284. No original: “The problem of interpretation is further aggravated by the fact that the fundamental rights, interpreted in welfare-state terms, do not in themselves contain any criterion for the extent to which the social conditions necessary for the realization of the liberty enshrined therein are guaranteed.”

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6.ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 509.

⁶⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Fundamental Rights Theory and Interpretation** [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

⁶¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Fundamental Rights Theory and Interpretation** [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

⁶² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Fundamental Rights Theory and Interpretation** [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 284. No original: “the fundamental rights are in this respect reduced to constitutional directives”. Com consequências similares, mas no contexto do direito constitucional norte-americano: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of rights: Why liberty depend on taxes**, New York and London: W. W. Norton & Company, 2000.

A Teoria do Estado Social pode ser encontrada em inúmeras decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, em especial aquelas que tratam de judicialização de direitos sociais. Mas a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, de 2004⁶³, pode ser considerada uma das pioneiras a tratar do tema e ainda hoje é utilizada como fundamento jurisprudencial de grande parte dos julgados posteriores. O julgamento, relatado pelo Ministro Celso de Mello, tratou do veto presidencial sobre o “§ 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004”.

O Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), então, apresentou a ADPF alegando que o veto do Presidente da República “importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde”. O relator inicia sua manifestação afirmando que há uma impossibilidade de o Estado, mediante o Poder Judiciário, se escusar de conferir efetividade aos direitos fundamentais:

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

Reconhece ainda o relator que a competência primária pela elaboração de políticas públicas é conferida aos poderes Executivo e Legislativo, mas, nos casos em que falham no cumprimento de sua missão constitucional, o Judiciário tem, em seu entender, legitimidade para correção de desigualdades materiais graves, em razão de ser dever do Estado o fazer. Como os direitos fundamentais são considerados dever do Estado, os limites orçamentários à sua realização ganham relevância:

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que tratou sobre a judicialização de políticas públicas. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB e Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. 04 de maio de 2004.** Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUM%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/l7lb9d2>. Acesso em 18.mai.2023.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Apesar de indicar não se tratar de norma absoluta, admite também que o tema se insere na discricionariedade política, pois “a formulação e a execução de políticas públicas dependem de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo”. E, por fim, consigna expressamente a necessidade da manutenção do que chama de um “núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”, razão pela qual admite a intervenção jurisdicional na questão.

CONCLUSÃO

Teorias não contêm respostas para tudo. Ainda nas palavras, que se tornaram canônicas, de Böckenförde, elas são única e exclusivamente uma “concepção sistemática sobre o caráter geral, o sentido normativo, e o escopo substancial dos direitos fundamentais”.⁶⁴ As teorias não indicam, portanto, a solução correta de um caso; quanto menos são sistemas mentais perfeitos e acabados. Todas elas estão assentadas em pressupostos específicos e têm finalidades determinadas. Não são, nenhuma delas, esquemas objetivos e neutros e não dispensam, por isso mesmo, o julgador e o intérprete de uma análise cuidadosa, detalhada e aprofundada do problema enfrentado no caso. Em resumo, quem julga com base única e exclusivamente em teorias comete um duplo erro: primeiro porque perverte o próprio sentido e o objetivo das teorias dos direitos fundamentais; segundo porque as teorias devem ser construídas e elaboradas pelo estudo cauteloso e sistemático desenvolvido na academia, não em meio à pressão para a solução do caso.

As teorias dos direitos fundamentais apresentam diretrizes possíveis para guiar a hermenêutica jurídica evitando um sistema jurisdicional caótico ou arbitrário. Elas não oferecem a melhor solução, quanto menos indicam um processo de aplicação obrigatório. São instrumentos de auxílio e organização do raciocínio do intérprete. Auxiliam a construir uma visão ampla e

⁶⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Fundamental Rights Theory and Interpretation* [1974] in *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press: 2017, p. 267.

sistemática dos pressupostos e consequências da decisão que se avizinha. Nesse sentido, as diferentes teorias dos direitos fundamentais não estão ligadas a um determinado resultado, quanto menos podem ser derivadas desse ou àquele direito fundamental em específico. Elas indicam uma compreensão ampla, algo similar ao “espírito” daquele conjunto de normas chamado constituição.⁶⁵ Por isso é fundamental o esforço acadêmico e intelectual para identificar as diferentes características e fundamentos das diferentes teorias dos direitos fundamentais, pois só assim se pode identificar as bases do sistema constitucional. Também por isso, o fato de o Supremo Tribunal Federal utilizar de forma aleatória e rasa diversas teorias dos direitos fundamentais não só indica que esse debate está ocorrendo em uma instância errada - novamente, o Tribunal não é o lugar adequado para se aprofundar a teoria dos direitos - mas também mostra que os atores que deveriam construir as teorias não têm passado sua mensagem de forma adequada. Cabe aos acadêmicos esclarecer e construir teorias dos direitos fundamentais. Dessa forma eles participam de forma indireta e sem interferir na disputa do caso, preservando sua independência intelectual e capacidade de inovação. Reabilitar o pensamento sistemático de Böckenförde é também reabilitar a função da academia jurídica.

Os problemas surgem, como foi aqui observando, quando as funções de julgador, teórico e advogado se misturam. Isso leva à indistinção das compreensões teóricas, dogmáticas e práticas, o que além de desconsiderar as especificidades de cada uma dessas formas de pensar, gera insegurança, pois não se sabe mais quem está falando: o teórico ou o julgador. Tudo isso mostra a surpreendente atemporalidade das críticas que Böckenförde formalizou há quase meio século. Elas indicam a necessidade constante de se repensar não só as características das diferentes teorias dos direitos fundamentais, mas também a importância de uma questão simples, mas esquecida: afinal o que são e para que servem as teorias dos direitos fundamentais?

Este trabalho mostrou que a resposta a essa questão não é simples nem direta. Também mostrou que a jurisdição constitucional brasileira utiliza as diferentes compreensões teóricas de forma aleatória e não aprofundada. Enfim, tudo isso indica que é necessário repensar o papel da teoria, do intérprete e da própria interpretação dos direitos fundamentais, sob pena de termos um Judiciário arbitrário e esquizofrênico, um advogado sem profundidade ou fundamentos seguros para auxiliar seus clientes e um teórico encastelado em bibliotecas e sem ser ouvido por ninguém, já que os julgadores e os advogados também estão acastelados em suas “teorias”. Ao fim e ao cabo, os maiores prejudicados por essa situação de indeterminação de sentidos e funções são as pessoas que precisam de direcionamento para a solução de seus problemas.

⁶⁵ RUSTENBERG, Benjamin. *Der grundrechtliche Gewährlistungsgehalt*, Tübingen: Mohr, 2009, p. 128.

Afinal, em meio à guerra de versões, não se tem mais certeza a respeito do que são e para que servem os direitos fundamentais. Relembrar Böckenförde é, por isso mesmo, o primeiro passo para inverter esse círculo e voltar a dar sentido a essas normas.

REFERÊNCIAS

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Fundamental Rights Theory and Interpretation [1974] in **Constitutional and Political Theory: Selected writings**. Oxford: Oxford University Press: 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que tratou sobre a alteração do prenome e do sexo no registro civil**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275. Procurador-Geral da República, Presidente da República e Congresso Nacional. Relator do voto: Min. Marco Aurélio. Relator do acórdão: Min. Edson Fachin. 1º de março de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em 18.mai.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que tratou sobre a chamada “lei da ficha limpa”**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578. Confederação Nacional das Profissionais Liberais - CNPL, Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Luiz Fux. 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em 18.mai.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que tratou sobre a chamada “marcha da maconha”**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187. Procurador-Geral da República e Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. 15 de junho de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em 18.mai.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que tratou sobre a constitucionalidade de lei municipal que proíbe a queima de palha de cana-de-açúcar e o uso de fogo em atividades agrícolas**. Recurso Extraordinário em Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual n. 586.224. Estado de São Paulo, Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool do Estado de São Paulo - SIFAES, Câmara Municipal de Paulínia e Município de Paulínia. Relator: Ministro Luiz Fux. 05 de março de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>. Acesso em 18.mai.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que tratou sobre a judicialização de políticas públicas**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB e Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. 04 de maio de 2004. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUM%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/l7lb9d2>. Acesso em 18.mai.2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; STIPP, Luna. Hermenêutica flexível e discricionariedade judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 11, n. 1, 2016, p. 304-319. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/21193/pdf>. Acesso em 18.mai.2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Supremo em ação 2017 - Ano base 2016**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/08/f8bcd6f3390e723534ace4f7b81b9a2a.pdf>. Acesso em 18.mai.2023.

DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas Catib. Liberdade de reunião e democracia: reflexões a partir das experiências brasileiras e alemãs, **RBEC**, ano 8, n. 30, p. 649-669, 2014.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. **O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v.3, n. 1, jan.jun.2011, p.84-94, p. 86. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/366/1762>. Acesso em 18.mai.2023.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Die Wesensgehaltsgarantie des art. 19 abs. 2 Grundgesetz**, Karlsruhe: C.F. Müller, 1962.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of rights: Why liberty depends on taxes**. New York and London: W. W. Norton & Company, 2000.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**, São Paulo: Malheiros, 2017.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos**, São Paulo: Malheiros, 2012.

LAURENTIIS, Lucas Catib; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de Expressão: Teorias, Fundamentos e Análise de Casos, **Revista Direito e Práxis**, v. 11, n. 4, 2020, p.2260-2301, 2020. Doi: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/44121>.

LAURENTIIS, Lucas De; GALKOWICZ, Henrique. Medidas cautelares interpretativas e de efeito aditivos no controle de constitucionalidade: uma análise crítica de sua aplicação. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 21, p. 65-88, 2015. Doi: <https://doi.org/10.5380/rinc.v8i1.71780>.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**, São Paulo: Atlas, 2012.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**, São Paulo: Cia das Letras, 2019.

OLIVEIRA, Renata Camilo. **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**: Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat, Berlin: Duncker und Humblot, 2013.

RUSTENBERG, Benjamin. **Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt**, Tübingen: Mohr, 2009.

SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Translated and edited by Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. **Die Tyrannei der Werte**, Berlin: Duncker und Humblot, 2011.

SCHLINK, Bernhard. Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais. Tradução por Leonardo Martins. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, a. 4, abr.-jun.2017, p. 261-297. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/292>. Acesso em 18.mai.2023.

SIMIONI, Rafael. Ponderando a ponderação: crítica à relativização de direitos fundamentais e à máxima da proporcionalidade em países desproporcionais. **Revista De Direitos Humanos E Desenvolvimento Social**, v. 2, 1-23, 2021, Doi: <https://doi.org/10.24220/2675-9160v2e2021a5104>

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Traducción de José M. Beneyeto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOUSA, Inês Alves de; MARÓN, Manuel Fondevila. **Divergências e convergências entre as teorias de Rudolf Smend e Konrad Hesse na interpretação dos direitos fundamentais**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 9, n. 1, jan.-abr.2017, p.11-21. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.91.02/5979>. Acesso em 23 ago. de 2019.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 156, 2002.

Recebido em: 09.11.2019 / Aprovado em: 23.05.2023 / Publicado em: 01.07.2023

COMO FAZER REFERÊNCIA AO ARTIGO (ABNT):

ROSSI, Renan Alarcon; MASTRODI NETO, Josué; LAURENTIIS, Lucas Catib de. Teorias dos direitos fundamentais: a (des)uniformização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 18, n. 1, e41038, jan./abr. 2023. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369441038>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/41038> Acesso em: dia mês. ano.

Direitos autorais 2023 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM

Editores responsáveis: Rafael Santos de Oliveira, Angela Araujo da Silveira Espindola, Bruna Bastos.



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

SOBRE OS AUTORES

RENAN ALARCON ROSSI

Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu da Faculdade de Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade de Campinas - PUC Campinas. Bolsista pela Fundação CAPES. Especialista em Direito Processual Civil pelo Programa de Pós-Graduação lato sensu da Escola Paulista da Magistratura. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade de Campinas - PUC Campinas.

JOSUÉ MASTRODI NETO

Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (PPGD) da PUC-Campinas. Orientador de mestrado. Professor das disciplinas "Direito ao Desenvolvimento Social nas Ordens Internacional e Interna" e "Direito e Planejamento Urbano". Professor da disciplina 'Direito Administrativo' na Faculdade de Direito da PUC-Campinas. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (2008). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (1994). Membro do grupo de pesquisa "Direito e Realidade Social" (CNPq/PUC-Campinas). Atua na linha de pesquisa "Direitos Humanos e Políticas Públicas", principalmente em temas envolvendo proteção e promoção de direitos sociais, com ênfase em Direito à Cidade, Orçamento e Políticas Públicas.

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

Professor Titular Categoria A1 da PUC-Campinas. Coordenador e membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (PPGD), vinculado à linha de pesquisa "Cooperação Internacional e Direitos Humanos". Mestre e doutor em Direito constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi pesquisador visitante com bolsa CAPES sanduíche da Albert Ludwigs Universität Freiburg e do Instituto Max Planck de Freiburg. É especialista em Direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi professor nos cursos de especialização e pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi professor e orientador da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. Foi pesquisador e professor convidado da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo e Membro da comissão de Direito constitucional da OAB-SP. Atua nas áreas de direito público, liberdade de expressão e proteção de dados