

A IMPORTÂNCIA DO DIREITO ORDINÁRIO FRENTE À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Marcelo Schenk Duque¹

Introdução; 1. A jurisdição constitucional e o exame da compatibilidade dos meios idealizados pelo legislador para atingir determinado fim; 2. Necessidade de uma política legislativa sobre direitos fundamentais; 3. Necessidade de se prestigiar o direito ordinário; 4. Importância da função judicial; 5. A primazia do legislador na concretização da Constituição; Considerações finais; Referências bibliográficas.

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo realizar breves reflexões acerca da importância do direito ordinário frente à condição de supremacia da Constituição. O tema é invariavelmente complexo e, certamente, rende trabalhos de fôlego. Não obstante, um olhar atento a algumas considerações doutrinárias relevantes contribui para revelar alguns aspectos fundamentais para a compreensão da importância do direito ordinário em sua relação com a supremacia da Constituição. A questão que se coloca, nesse desiderato, é verificar se a condição de supremacia da Constituição impõe, de uma forma ou de outra, um desprestígio às leis infraconstitucionais, sob a égide de um Estado Democrático de Direito².

¹ Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, bolsista da CAPES.

² O termo "Estado Democrático de Direito" é aqui utilizado em uniformidade conceitual com o art. 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, muito embora reconheça-se que, sobretudo na tradição constitucional alemã, a expressão seja cunhada, simplesmente, como "Estado de Direito". Vide, por todos, HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 175 e ss; sobre o conceito de Estado de Direito remeta-se à leitura de SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 137. Em apertada síntese, Schneider afirma – sob a ótica da Constituição Alemã – que o Estado de Direito pode ser compreendido como um "sistema de princípios e regras processuais segundo as quais se cria e se aperfeiçoa o ordenamento jurídico, se limita e controla o poder estatal e se protegem e realizam os direitos do indivíduo à liberdade" (em tradução livre do autor); ademais, registre-se que na doutrina há quem afirme, inclusive, que o conceito de Estado de Direito deriva do conceito de supremacia da Constituição. Nesse sentido, vide REYES, Manuel Aragón. **El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad**. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997, p. 16.

1. A jurisdição constitucional e o exame da compatibilidade dos meios idealizados pelo legislador para atingir determinado fim

Na esteira do que leciona Konrad Hesse³, na relação entre a jurisdição constitucional e a legislação ordinária coloca-se a questão de quem é chamado, em primeiro lugar, para concretizar a Constituição? A resposta a essa questão tem o condão de descortinar o modo pelo qual o direito ordinário se coloca em relação com a Constituição. Isso porque a condição de supremacia⁴, a qual encerra uma verdadeira tônica no conceito de Constituição⁵, representa a razão pela qual o legislador ordinário é, em certo sentido, *destronado*, ao ver a sua atuação submetida a limitações cuja transgressão pode vir a ser sancionada, não politicamente, mas juridicamente, pela invalidação das normas produzidas em face de contrariedade com os preceitos vigentes na Constituição⁶.

No entanto, embora não parem dúvidas de que a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico, sobretudo pelo fato de que a hierarquia entre as normas é pressuposto necessário para a consolidação desse caráter supremo⁷, cumpre asseverar, como ponto de partida para as considerações desse estudo, que o reconhecimento da condição de supremacia da Constituição não importa, de maneira alguma, em um desprestígio do direito ordinário⁸.

³ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. Tradução de: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland " 20., neubearbeitete Auflage, p. 73.

⁴ Conforme a clássica lição de KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), Heft 5. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1929, p. 32, extrai-se que a supremacia da Constituição importa em dois aspectos distintos, que expressam que cada grau da ordem jurídica representa, ao mesmo tempo, uma produção de Direito perante o grau inferior e uma reprodução do Direito perante o grau superior: o primeiro aspecto, de caráter material, questiona se uma determinada disposição legal viola o conteúdo da Constituição, de modo que nenhum poder por ela constituído poderá atuar de forma contrária ao que dispõe a Constituição; o segundo aspecto, de caráter formal, aponta para a fixação das regras de procedimento do processo legislativo, que, de igual maneira, devem estar em conformidade com os ditames da Constituição. A partir desse raciocínio, Kelsen defende a tese de que a conformidade ao Direito (Rechtmäßigkeit) nada mais é do que a relação de correspondência de um grau inferior, com um grau superior da ordem jurídica.

⁵ Sobre o conceito de Constituição remeta-se à obra de HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...**, p. 37, quando afirma que "a Constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade".

⁶ Cf. LLORENTE, Francisco Rubio. **La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución**. 2.ed. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1997, p. 574.⁷ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. erw. Auflage. Wien: Franz Deuticke, 1983, p. 228, afirmando que ao se levar em conta apenas a ordem jurídica estatal, a Constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado. Segundo Kelsen, a Constituição em sentido material representa a norma positiva, ou as normas positivas por intermédio das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais, em um cenário onde propugna pela necessidade de existência de uma lei superior capaz de limitar o poder estatal.

⁸ Na lição coincidente de REYES, Manuel Aragón. **El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad...**, p. 25, a dupla vinculação dos juízes à Constituição e à legislação ordinária apresenta o risco de fazer com que os juízes se desliguem da lei por entenderem-se mais ligados à Constituição e, sem que submetam a questão perante o tribunal constitucional competente, deixem de aplicar a lei para, em seu lugar, aplicar não as regras ou princípios constitucionais, mas sim valores constitucionais de conteúdo indeterminado, que, por essa razão, possuem apenas eficácia interpretativa.

Ciente dessa realidade, deve-se admitir com ressalvas a ampla possibilidade, como é pregado por parte da doutrina pátria⁹, de a jurisdição constitucional proceder ao exame da compatibilidade dos meios idealizados pelo legislador para atingir determinado fim, dentre as opções políticas verificadas no momento da elaboração de uma lei¹⁰.

⁹ Vide, de forma exemplificativa, BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 24-25, quando defende a idéia de que a violação do conteúdo de certos princípios constitucionais “aponta para a necessidade de o judiciário proceder ao exame da compatibilidade dos meios idealizados pelo legislador para atingir determinado fim, entre as opções políticas que lhe eram possíveis quando da elaboração da lei”.

¹⁰ Essa limitação do âmbito de atuação da jurisdição constitucional verifica-se, a propósito, na linha que, desde a primeira sentença do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o aborto (BVerfGE 39, 1), de 25/02/1975 (ocasião em que se questionava a obrigatoriedade constitucional de o legislador sancionar penalmente a prática do aborto), passou a ser considerada na jurisdição constitucional alemã. Remetam-se, nesse sentido, às considerações proferidas (em sede de votos dissidentes), pela juíza Rupp von Brünneck e pelo juiz Dr. Simon, quando afirmaram que a faculdade (Befugnis) de o tribunal constitucional anular decisões do legislador ordinário exige um uso parcimonioso, caso se queira evitar um deslocamento (Verschiebung) dos pesos entre os órgãos constitucionais. Nesse passo, o mandamento de auto-limitação judicial (richterlicher Selbstbeschränkung), descrito na doutrina de Leibholz (referência no original) como o “elixir da vida” (Lebenselixier) da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, vale, sobretudo, quando se deva dar ao legislador, legitimado diretamente pelo povo no curso do controle jurídico-constitucional, prescrições para a conformação (Gestaltung) positiva da ordem social. [BVerfGE 39, 1, (69-70)]. Na segunda sentença do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o aborto (BVerfGE 88, 203), de 28/05/1993 (ocasião em que se discutia a possibilidade de a proteção da vida uterina ocorrer, nas primeiras doze semanas de gestação, por meio de sessões de aconselhamento oficial à gestante – cuja função era convencê-la de dar à luz, mediante esclarecimentos necessários e apoio social-previdenciário capaz de facilitar o prosseguimento da gravidez, provendo as condições para o nascimento – em detrimento da tipificação de sanção penal, quando esse aconselhamento oficial concluísse pela necessidade excepcional de interrupção da gravidez, como, por exemplo, em casos de risco de morte da gestante), assentou-se que é tarefa do legislador determinar, nos pormenores, o modo e a extensão da proteção (no caso, outorgada pelo direito fundamental de proteção à vida). Firmou-se, nessa linha, o entendimento de que a Constituição estabelece a proteção como meta, não detalhando, contudo, a sua conformação nos pormenores [BVerfGE 88, 203 (254)]. No mais, a decisão afirmou que o Estado deve, para cumprir o seu dever de proteção da vida intra-uterina, tomar medidas normativas e fáticas suficientes, que conduzam a uma proteção adequada e, como tal, eficiente, observando-se bens jurídicos antagônicos. Para tanto, faz-se necessário o desenvolvimento de um plano de proteção (Schutzkonzept) que combine elementos de proteção preventiva e repressiva. Interessa, para o presente estudo, que o Tribunal Constitucional Federal alemão firmou o entendimento de que a montagem e a transposição normativa (Aufstellung und normative Umsetzung) desse plano de proteção é “coisa” (Sache) do legislador, ou seja, assunto, interesse e tarefa do direito ordinário. [BVerfGE 88, 203 (261)]. Como base nessa constatação, aquele tribunal ponderou que o legislador, em que pese não ser livre para considerar o aborto praticado em todo e qualquer caso como permitido (assim, somente hipóteses legais de exceção irrefutáveis jurídico-constitucionalmente poderiam justificá-lo), pode estabelecer, de acordo com alguns critérios desenvolvidos pela própria decisão, de que forma ele efetivará, em princípio, a proibição do aborto nos diferentes âmbitos do ordenamento jurídico. A enumeração desses critérios assume relevo, pois leva à compreensão da relação entre o direito ordinário e a Constituição: observe-se, em um primeiro momento, que o Tribunal Constitucional Federal alemão afirmou que o legislador deve submeter a eleição e a configuração do seu plano de proteção a uma avaliação jurídico-constitucionalmente sustentável (verfassungsrechtlich tragfähige Einschätzung), de modo que com esse plano a proteção à vida intra-uterina seja tão garantida, quanto o exige a proibição de insuficiência (Untermaß verbo). À medida que as suas decisões desenvolvam simultaneamente prognósticos (Prognosen) sobre desenvolvimentos fáticos, particularmente os que estão na base dos efeitos das suas regulamentações, tais prognósticos devem ser confiáveis. O tribunal constitucional examina se esses prognósticos são legítimos (vertretbar), à medida dos seguintes critérios: cabe ao legislador um espaço de conformação, de valoração e de avaliação (também) quando ele é jurídico-constitucionalmente obrigado a tomar medidas suficientes e eficazes para a proteção de um bem jurídico.

Ocorre que a livre criação que caracteriza a liberdade conformadora do legislador recua, como advertiu Hans Kelsen¹¹, quase que completamente, em sede de jurisdição constitucional: trata-se da sua famosa formulação do tribunal constitucional como legislador negativo (*negative Gesetzgeber*). De outra banda, como bem intuiu Georg Jellinek¹², um mesmo fim pode ser alcançado por diferentes meios, de modo que o simples conhecimento desse fim não indica, por si só, os possíveis meios para realizá-lo. Trata-se, portanto, de tarefa ideologizante que requer, necessariamente, a ação de órgãos políticos de legiferação¹³. Note-se, ademais, que a contemplação dos valores supremos¹⁴ do Estado Democrático de Direito representa um elemento regulador da

A extensão desse espaço depende de fatores de diversos tipos, particularmente da modalidade específica do assunto em questão (no âmbito da coisa), das possibilidades – sobretudo sobre o futuro desenvolvimento e as conseqüências de uma norma – de fomar para si um juízo suficientemente seguro e do significado, no jogo, dos bens jurídicos em questão. Assim, o exame jurídico-constitucional estende-se, em cada caso, se o legislador considerou suficientemente os fatores mencionados e se ele se valeu de seu espaço de avaliação de “maneira legítima” (in vertretbarer Weise) [BVerfGE 88, 203 (262)]. (À guisa de informação, o Tribunal Constitucional Federal alemão, nessa sentença, julgou inconstitucionais os dispositivos legais que autorizavam o aborto que, após uma sessão de aconselhamento, era aconselhado independentemente de existir estado de necessidade da gestante para tanto. Considerou-se, ainda, que os moldes do aconselhamento previsto na legislação cuja constitucionalidade fora questionada não cumpria, de maneira suficiente, o objetivo fundamental de encorajar a gestante a dar à luz. Assim, o referido tribunal fixou uma série de ordens transitórias, até a entrada em vigor da nova regulamentação legal de conformação do procedimento do aconselhamento – BVerfGE 88, 203 (208-213)). N. A: BVerfGE é a abreviatura, em alemão, de Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, que, traduzindo para o português, significa “decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão”. O primeiro algarismo indica o número do tomo, o segundo a folha inicial da decisão e os demais, entre parênteses, as folhas referidas. Os argumentos referidos nas sentenças são ora transcritos em tradução livre do autor, porém, em forma fragmentada.

¹¹ KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit...**, p. 55-56, explicando que a atividade de legislador negativo decorre do fato de o tribunal constitucional, na condição de órgão jurisdicional independente, possuir a competência para retirar uma lei inconstitucional do mundo jurídico, por meio do efeito cassatório das suas decisões.

¹² JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Traduzido por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1971. Tradução de: Allgemeine Staatslehre, p. 177.

¹³ Cf. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, março de 2005, p. 14.

¹⁴ Nesse ponto, faz-se necessária uma advertência importante, com base nas observações de HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...**, p. 44, no sentido de que o recurso à determinação dos fins supremos do ordenamento jurídico não pode, em nenhum momento, servir de meio para ludibriar a Constituição, no instante em que a sua respectiva eleição pode representar um interesse discricional pretensamente superior, cuja hierarquia é, em geral, controvertida. A posição de Hesse reforça, portanto, a necessidade de uma argumentação racional em torno da escolha e recurso a esses fins, de modo a que a Constituição não seja abandonada por conta “da insegurança gerada por uma luta permanente de poderes e de opiniões que, em sua argumentação, não logram êxito em referir-se a uma base comum”; em sintonia com esse entendimento, depreende-se, a partir da leitura de ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. 3. Auflage. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1996, p. 147, que a eleição dos fins supremos do ordenamento jurídico depende, ao fim e ao cabo, da argumentação jurídico-fundamental empregada aos interesses em jogo, no instante em que no centro da lógica do discurso jurídico está o argumento que sustenta as escolhas valorativas que se apresentam no caso concreto. Deve ficar claro, entretanto, como o próprio Autor em outra passagem esclarece (p. 433), que se por um lado a racionalidade do discurso jurídico não pode, por certo, determinar o conteúdo da decisão, ela pode, por outro lado, configurar (bilden) os fundamentos para a incorreção da decisão e os critérios para a sua crítica.

atividade política¹⁵, sendo, por conseguinte, assunto do legislador considerar esse componente no curso de sua atividade legiferante, cabendo-lhe a escolha, dentre as alternativas possíveis, na concretização normativa de um preceito constitucional¹⁶.

A essa altura e com base nessas considerações preliminares, já se pode delinear o aspecto fundamental da reflexão ora proposta: ao mesmo tempo em que deva existir uma preocupação latente em se garantir a efetividade dos direitos consagrados na Constituição – sobretudo os fundamentais – há que se despendir um esforço, quicá de mesma intensidade, para que as opções políticas do legislador sejam respeitadas. Isso porque o pluralismo¹⁷ político e ideológico é requisito essencial de um Estado Democrático de Direito, efetivado em um ambiente onde a concreção dos valores supremos¹⁸ do ordenamento jurídico admite a variedade de ideologias¹⁹. E, nessa conexão de elementos, não há como se afastar do fato de que em todos os casos mais ou menos problemáticos são necessárias valorações que não podem ser tomadas independentemente (*nicht zwingend*) do material dado e dotado de autoridade²⁰, isto é, da lei vigente.

Em face dessa realidade, a jurisdição constitucional não pode pretender tomar o lugar do legislador democraticamente eleito, atitude que implicaria a realização do papel típico da atividade legislativa. Tal entendimento acaba, de certo modo, por aproximar-se da concepção de que a incorporação de preceitos

¹⁵ Cf. JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado...*, p. 177.

¹⁶ Cf. HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã...*, p. 175, destacando que na concretização devem estar mantidos elementos fundamentais do Estado de Direito.

¹⁷ Cf. KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* In: *Die Justiz. Monatsschrift für Erneuerung des Deutschen Rechtswesens*, Band VI, 0 Doppelheft 11/12. Berlin-Grunewald, 1930-1931, p. 602 e 604, o pluralismo consiste em uma esfera de vida social livre do Estado (*Staatsfreie Sphäre gesellschaftlichen Lebens*), de onde surjam, de diferentes lados, influências sobre a formação da vontade estatal (*Staatliche Willensbildung*), sobretudo por uma ampla articulação do povo em partidos políticos.

¹⁸ Essa concreção, todavia, há que observar certos limites. Nesse particular, conforme notícia HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...*, p. 66 (nota 31), é inadmissível dar primazia a “bens comunitários superiores” não protegidos constitucionalmente, que se deixam sustentar discricionariamente. Ou seja, não se pode interpretar unilateralmente a Constituição, de modo que os seus princípios devem ser enfrentados e ponderados no plano constitucional, influenciando, sim, o direito ordinário; porém, sem abafá-lo. Registre-se, da mesma forma, o entendimento de ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung...*, p. 24, quando afirma que a questão fundamental é saber onde e em que medida são necessárias valorações (*Wertungen*), como deve ser determinada a relação dessas valorações com os métodos de interpretação jurídica e com os enunciados e conceitos da dogmática jurídica e, sobretudo, como podem ser racionalmente fundamentadas ou justificadas essas valorações.

¹⁹ Cf. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário...*, p. 13-14.

²⁰ Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1994, p. 498-499, ponderando que a racionalidade do discurso jurídico depende, essencialmente, de se, e em que medida, essas valorações têm aptidão para um controle racional (no sentido de serem, ou não, racionalmente controláveis).

substantivos na Constituição deve ser compatível com o pluralismo político, tendo em vista que o legislador não é um mero executor da Constituição, mas sim a expressão de um poder que atua livremente nos limites da moldura constitucional²¹, sendo que a determinação desses limites é tarefa da interpretação constitucional²². Atente-se, todavia, para um ponto importante: a interpretação torna-se, mais do que nunca, necessária, a partir do momento em que o sentido de um texto não se deixa compreender diretamente, ou seja, sempre que não se quer confiar no que um fenômeno ou aparição (*Erscheinung*) representa diretamente²³. Além disso, a interpretação da Constituição está vinculada pelo seu texto, ou pela realidade, vale dizer, a algo estabelecido, o que faz com que os limites da interpretação constitucional situem-se exatamente onde não exista um estabelecimento obrigatório da Constituição: dito de outro modo, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente, racional e razoável do texto da norma constitucional²⁴. Não se pode omitir, nessa linha de entendimento, que toda a interpretação constitucional não possui uma resposta unívoca, de modo que não parece possível levar a cabo a sua interpretação *em tese*²⁵.

É justamente nesse sentido que assume particular relevância a constatação de que o tribunal encarregado de zelar pela Constituição, com o poder de proferir a última palavra, não deve dizer como o legislador deve, por si mesmo, legislar, sob pena de ferir a autonomia constitucional do Poder Legislativo. A uma, porque não é a sua função²⁶; a duas, pelo fato de que a forma de concretização dos direitos fundamentais por meio da atividade legiferante

²¹ Cf. LLORENTE, Francisco Rubio. **La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución...**, p. 577, destacando que, não raro, o enunciado dos preceitos esculpido na Constituição permite um amplo feixe de interpretações diversas, interpretações essas que não são jurídicas, mas sim políticas, tendo em vista que as normas constitucionais podem ser entendidas de diversas maneiras, devido ao seu alto grau de abstração. Assim, para Llorente, todo conflito constitucional traduz o enfrentamento entre duas interpretações: a do legislador, marcada pela autoridade da representação popular e a do juiz, pautada pelo Direito.

²² Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...**, p. 54, a interpretação tem uma importância decisiva para o direito constitucional, porque em vista da abertura e da amplitude da Constituição, problemas de interpretação nascem mais frequentemente do que em âmbitos jurídicos cujas normalizações entram mais no detalhe.

²³ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Warheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. 6. durchgesehene Auflage. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1990, Band I, p. 342, destacando que, nessas conexões de sentido, o conceito de interpretação alcança a sua plenitude.

²⁴ Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...**, p. 69, acrescentando a esse quadro (dos limites da interpretação), a circunstância de uma resolução entrar em contradição unívoca com o texto da norma constitucional.

²⁵ Nesse sentido, vide HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...**, p. 57, deixando claro que só há falar de interpretação, em face de um caso concreto que se apresenta ao intérprete.

²⁶ A clássica lição de HORTA, Raul Machado. **Poder legislativo e monopólio da lei no mundo contemporâneo**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 31, n. 123, jul.-set. 1994, p. 158, já afirmava que "no mundo contemporâneo o monopólio da lei reside no Poder Legislativo. A lei é o ato do Poder Legislativo, nas suas várias determinações (...)".

ordinária é um aspecto que, como já salientado, reclama um ambiente de pluralismo ideológico, ambiente esse que é estranho à jurisdição²⁷. Assume relevada importância, nesse marco, o fato de que uma decisão jurídica não pode fundamentar-se estritamente em uma *conexão de valorações* (*Wertungszusammenhang*) do ordenamento jurídico²⁸; deve, pelo contrário, verificar como os valores penetram na decisão e, principalmente, como podem ser fundamentados, no instante em que as diferentes normas que compõem o mundo jurídico são cristalizações de pontos de vista valorativos completamente diferentes e, não raro, quicá divergentes²⁹. A politização excessiva da jurisdição constitucional é, pois, o maior perigo a que está sujeita³⁰.

Note-se que com isso não se afirma que a jurisdição constitucional deva ser totalmente alheia à política, até mesmo pelo fato de que, como paradigmaticamente consignou Francisco Rubio Llorente³¹, para reduzir as tensões que surgem da relação entre as jurisdições constitucional e ordinária não cabe prescindir totalmente da constitucionalização da política, até mesmo porque *quando se pretende arremessá-la pela porta, ela entra pela janela*. O que se deseja, em última análise, é que se compreenda que é na Constituição

²⁷ Jurisdição, aqui, é empregada no sentido amplo preconizado por MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006. Tradução de: Allgemeines Verwaltungsrecht – 14 Auflage, p. 168-169: “jurisdição é aplicação do direito; ela compreende a averiguação do fato, a interpretação e, em caso necessário, o complemento da regulação legal e a subsunção no caso concreto”. E prossegue o autor: “a jurisdição tem a função de decidir não só casos particulares, mas também – com base na decisão do caso particular – de concretizar e de continuar a desenvolver o direito”.

²⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung...**, p. 28-29.

²⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung...**, p. 29, demonstrando, com isso, que nenhum princípio jurídico – e aqui se destacam os princípios constitucionais – pode ser realizado ilimitadamente pelo fato de que os princípios carecem de um valor absoluto.

³⁰ Essa é a constatação de LLORENTE, Francisco Rubio. **La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución...**, p. 182; não se nega, por outro lado, como oportunamente adverte Kelsen, Hans. **Wer soll der Hüter der Verfassung sein?...**, p. 587, que a função de um tribunal constitucional acarreta, por si só, um caráter político em medida muito maior do que a função dos outros tribunais, sem que isso, contudo, faça com que o tribunal constitucional deixe de ser um tribunal, pois a sua função permanece, mesmo assim, sendo jurisdicional (no sentido de fazer justiça – “Justiz”).

³¹ LLORENTE, Francisco Rubio. **Divide et Obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los derechos**. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 67, ano 23, jan.-abr. de 2003, p. 65. Afirma o autor, ainda, que a “constitucionalização da política” é uma consequência necessária do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, pelo fato de que a partir do momento em que a conformidade material com a Constituição converte-se em uma condição de validade da lei, enquanto forma necessária para a grande maioria das decisões políticas, a argumentação sobre a sua (in)adequação constitucional converte-se em um elemento central do debate político, que, conseqüentemente, constitucionaliza-se (p. 57). Vide, ainda, do mesmo autor, LLORENTE, Francisco Rubio. **La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución...**, p. 546, quando afirma que a política e o jurídico mesclam-se em sede de jurisdição constitucional, destacando-se, em vista disso, uma clara tensão entre as jurisdições constitucional e ordinária.

que o poder político encontra a sua expressão jurídica³², o que, entretanto, não afasta a realidade de que a unidade política da Constituição somente desempenha um papel quando é, efetivamente, posta à prova³³. Não é por menos que Gustavo Zagrebelsky³⁴ aponta que a época moderna reclama uma solução de equilíbrio, marcada pela coexistência de duas vertentes de Direito igualmente essenciais: “uma vertente subjetiva, isenta das incursões da política e uma vertente objetiva, em que as decisões políticas têm que desempenhar legitimamente o seu papel”.

2. Necessidade de uma política legislativa sobre direitos fundamentais

Resulta assentado que por razões baseadas na garantia do pluralismo, não se deve excluir uma política legislativa sobre os direitos fundamentais, já que esses, embora assegurados pela Constituição, o são somente em face do seu conteúdo essencial e não no completo e detalhado regime do exercício de cada direito, que deve tocar à legislação infraconstitucional³⁵. Tal entendimento, em verdade, harmoniza-se com a concepção de que o legislador ordinário deve atuar em função da conformação dos direitos fundamentais no âmbito de discricionariedade³⁶ que lhe permite a delimitação constitucional. Cumpre assentar, nessa perspectiva, que a discricionariedade é uma questão da execução da lei, de modo que justamente no marco da discricionariedade, ou melhor, na apreciação do legislador, é que a legislação converte-se em execução da Constituição³⁷. Há, portanto, uma diferença significativa entre pensar que o legislador está vinculado à Constituição, ou pensar que ele tenha que executá-la diretamente: o legislador, ao desenvolver a lei (no sentido de concretizá-la, dentro do seu âmbito de discricionariedade), executa a lei no marco daquilo que a Constituição preconiza, efetivamente, por estar vinculado à Constituição³⁸. A execução da Constituição pelo legislador ordinário, não se dá, pois, de forma direta.

³² Cf. Kelsen, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit...*, p. 36.

³³ Cf. Heck, Luís Afonso. *O Controle Normativo no Direito Constitucional Brasileiro*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 800, ano 91, jun. 2002, p. 62.

³⁴ Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. Traduzido por Marina Gascón. 3.ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999. Tradução de: Il Diritto Mitte. Legge, Diritti, Giustizia, p. 60.

³⁵ Cf. Reyes, Manuel Aragón. *El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad...*, p. 33.³⁶ Acerca do conceito de discricionariedade, recorre-se ao Direito Administrativo, sobretudo em face das lições de Maurer, Hartmut. *Direito Administrativo Geral...*, p. 152, quando afirma que o “poder discricionário significa que a administração tem a escolha entre modos de conduta diferentes”, de forma que tal conceito está atrelado, portanto, às consequências jurídicas da atuação daquele que elege a respectiva conduta.

³⁷ Cf. ForsthoFF, Ernst. *El Estado de la Sociedad Industrial*. Traducido por Luis López Guerra e Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. Tradução de: Der Staat der Industriegesellschaft, p. 241.

³⁸ Cf. ForsthoFF, Ernst. *El Estado de la Sociedad Industrial...*, p. 241-242.

Anote-se, com ênfase, que não se objeta que o tribunal constitucional deva, ocasionalmente, ocupar-se dos limites da discricionariedade do legislador, em uma extensão³⁹ que deve variar de acordo com as peculiaridades da matéria em questão⁴⁰, de modo que se a atividade legiferante vulnerar a respectiva essência dos direitos fundamentais, sua atuação normativa incorrerá em inconstitucionalidade⁴¹. Isso se sustenta pelo fato de que os direitos fundamentais representam verdadeiras barreiras objetivas ao exercício do poder discricionário⁴² do legislador, ou seja, a vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade conformadora⁴³. Entendimento contrário – não aqui preconizado – implicaria negar o fato de que os direitos fundamentais foram constitucionalizados, justamente, para que o seu conteúdo essencial reste indisponível à ação erosiva do legislador⁴⁴.

Essa perspectiva ressalta, acima de tudo, a importância de se adotar e praticar um sistema lógico-racional para o controle de constitucionalidade das leis. Nessa conexão, só há sentido afirmar que a razão de ser de um controle de constitucionalidade é garantir a supremacia da Constituição frente à lei⁴⁵, quando for possível retirar do mundo jurídico os atos que a violam, pois, do contrário, não há falar, sob pena de inutilidade, em garantia da Constituição⁴⁶ e, menos ainda, em supremacia do Direito⁴⁷. Como corolário desse entendimento, tem-se que a grande missão do controle de constitucionalidade

³⁹ Conforme notícia HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...**, p. 424, o tribunal constitucional não deve pôr as suas valorações no lugar das valorações do legislador, sobretudo pelo fato de que a amplitude e a indeterminação dos critérios de controle deixa, muitas vezes, espaços para valorizações diferentes.

⁴⁰ Cf. FORSTHOFF, Ernst. **El Estado de la Sociedad Industrial...**, p. 243.

⁴¹ Cf. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. **La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 82.

⁴² Cf. MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral...**, p. 151.

⁴³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 328.

⁴⁴ Cf. LLORENTE, Francisco Rubio. **La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución...**, p. 339, sublinhando o relevante papel dos juízes na proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais frente à ação do legislador.

⁴⁵ Cf. COMMELA, Víctor Ferreres. **Las Consecuencias de Centralizar el Control de Constitucionalidad de la Ley en un Tribunal Especial. Algunas Reflexiones acerca del Activismo Judicial**. Disponível em: <<http://islandia.law.yale.edu/sela/eprog04.htm>> Acesso em: 29 set. 2005, p. 8, destacando o seu ponto de vista sob o enfoque do estabelecimento, no ordenamento jurídico, de uma jurisdição constitucional exercida por um tribunal constitucional.

⁴⁶ Essa é a clássica lição de Kelsen, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit...**, p. 50 e 52, quando defende a possibilidade de nulificação (*Vernichtung*) dos atos jurídicos que violam a Constituição por parte de um órgão completamente diferente e independente daquele que produziu o ato irregular, a saber, um tribunal constitucional.

⁴⁷ Sobre a questão da supremacia do Direito remeta-se à obra de SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [s.ed.], 2002.

é verificar se a observância dos direitos fundamentais entrou na pauta do legislador ordinário⁴⁸, à medida que esses direitos mostram-se como verdadeiras barreiras à legislação⁴⁹. Assim, a jurisdição constitucional não se exaure apenas na proteção da Constituição, eis que, ao mesmo tempo, contribui, essencialmente, para o desenvolvimento dos princípios constitucionais⁵⁰.

Essa constatação possui um significado extremamente relevante para a relação entre o direito constitucional e o direito ordinário, em razão de que a imposição prática da supremacia da Constituição depende que as instâncias ordinárias tenham a competência para examinar a compatibilidade das leis com a Constituição, mas que, paralelamente a isso, o juízo sobre a sua inconstitucionalidade (rejeição) seja reservado, exclusivamente, a um tribunal constitucional⁵¹, vale dizer, um órgão jurisdicional independente, uma verdadeira instância jurídica (exclusiva) de rejeição da norma inconstitucional⁵². Inexistindo tal configuração, corre-se o risco de perda da unidade material da Constituição⁵³, quebrando-se, por conseguinte, a racionalidade da ordem normativa, ao custo de se esvaír a certeza e a segurança do ordenamento jurídico.

Afirma-se, nesse tom, que a supremacia da Constituição realmente vale se, ao lado de um eficaz controle de constitucionalidade, existir uma instância jurídica, inserida no âmbito da jurisdição constitucional, que possua competência exclusiva para a rejeição de atos normativos inconstitucionais⁵⁴. Nessa conectividade, pode-

⁴⁸ A propósito, de acordo com o magistério de PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 16., neubearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2000, Rdn. 846, p. 207, o aumento da intensidade de violação de um direito fundamental importa na diminuição da liberdade de conformação (Gestaltungsfreiheit) do legislador.

⁴⁹ Cf. STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988, Band III/1, p. 1.257, acrescentando que os direitos fundamentais são limites ao exercício das competências do legislador.

⁵⁰ Cf. HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã...*, p. 167-168, sustentando que a atuação do tribunal constitucional no desenvolvimento dos princípios constitucionais baseia-se, entre outros aspectos, na perspectiva de um consenso-limite, no qual devem ser possibilitadas múltiplas discussões políticas e concretizações jurídicas.

⁵¹ Cf. HESSE, Konrad. *Verfassungsrecht und Privatrecht*. Heidelberg: C. F. Muller Juristischer Verlag, 1988, p. 21.

⁵² Essa idéia é defendida, com vigor, por KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit...*, p. 48.

⁵³ De acordo com a lição de HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...*, p. 65, o princípio da unidade da Constituição informa que a "conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela deve ser colocada". Em outra passagem, Hesse assenta que a Constituição somente pode ser completamente compreendida e interpretada se for entendida, efetivamente, no sentido de unidade, à medida que o direito constitucional está dirigido muito mais para a ordenação de conjunto, do que para demarcação e exclusão (p. 39).

⁵⁴ Esse é um dos pontos que denota o problema da cumulação das jurisdições ordinária e constitucional verificada no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

se, então, sustentar que o limite entre o admissível e o inadmissível e entre o lícito e o ilícito é determinado, em sede de jurisdição constitucional, com base na noção de *essencialidade*⁵⁵. Cabe a referência, portanto, às palavras de Pimenta Bueno⁵⁶, cuja atualidade recomendam sua transcrição:

Ele [o poder judicial] não é autorizado a invadir as raias do poder legislativo, não tem por isso mesmo direito de decretar decisões por via de disposição geral, e só sim de estabelecê-las em relação à espécie que lhe é subordinada. Não possui jurisdição para decidir questões de ordem administrativa, pois que pertencem à competência exclusiva do governo.

Não menos importante é a observação de José Néri da Silveira⁵⁷:

[...] o Juiz, enquanto órgão do Poder Judiciário, não está autorizado, pela ordem constitucional, a desprezar a lei válida e decidir o caso concreto, por critérios pessoais, subjetivos, qual estivesse a criar a norma que lhe pareça mais justa ou mais conveniente, a solver a hipótese em exame. A autoridade do Juiz decorre da Constituição e das leis em conformidade com a Carta Magna. A só investidura como autoridade judiciária não lhe empresta aptidão a decidir, discricionariamente, tão-só, por invocação de princípios ideológicos ou de convicções pessoais, deixando à margem a lei válida (isto é, conforme a Constituição), aplicável à espécie. De contrário, seria admitir a substituição do legislador pelo Juiz, com evidente desconsideração ao preceito básico do sistema democrático relativo à separação e harmonia dos Poderes, cujo exercício há de dar-se nos limites deferidos na Constituição. Com isso, não diminui a independência do magistrado na sua legitimação para, em solvendo litígios, interpretar a lei, atento a seus fins sociais e aos imperativos do bem comum, que também lhe cumpre promover, no ato de julgar.

Apenas para ilustrar esse ponto, e sem adentrar no mérito da argumentação empregada, cabe trazer à tona a lembrança de Klaus Stern⁵⁸, no sentido de que

⁵⁵ Cf. LLORENTE, Francisco Rubio. *La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución...*, p. 343. Destaca o referido autor, contudo, que a noção de essencialidade é, em si mesma, muito imprecisa, à medida que abre um amplo campo à discricionariedade judicial. O problema, segundo Llorente, é que ainda não foi encontrado nenhum conceito melhor, em que pese a realização de notáveis esforços doutrinários nesse sentido.

⁵⁶ BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: J Vileneuve e Cia, 1857, p. 36.

⁵⁷ SILVEIRA, José Néri da. *A Reforma Constitucional e o Controle de sua Constitucionalidade*. Revista da Ajuris. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 64, julho de 1995, p. 212-213.

⁵⁸ STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. neubearbeitete Auflage. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1984, Band I, p. 23.

tanto o Direito, quanto a política, não são em si mesmo dimensões últimas (*letzte Größen*), tendo em vista que ambos estão a serviço de um objetivo superior, qual seja, a promoção da justiça e da dignidade humana. Isso não significa, contudo, que inexistam tensões significativas entre esses dois campos. Essas tensões sempre existiram e, ao que tudo indica, sempre existirão; podem, entretanto, ser mitigadas, caso se compreenda que o Direito, assim como a Política, são instrumentos para a direção da comunidade e, em sua relação recíproca, vivem, como em um casamento, o compartilhamento (*Gemeinsamkeit*) e as tensões (*Spannungen*)⁵⁹. Tal constatação só reforça a idéia de que os níveis do ordenamento jurídico⁶⁰ devem ser respeitados, de acordo com as suas respectivas potencialidades. Ao fim e ao cabo, tudo parece convergir para um velho dilema: o problema da compatibilidade entre o direito constitucional (*Verfassungsrecht*) e a realidade constitucional (*Verfassungswirklichkeit*), à medida que, como afirma o jurista alemão Dieter Grimm, as Constituições não podem modificar diretamente a realidade, mas apenas indiretamente influenciá-la⁶¹.

3. Necessidade de se prestigiar o direito ordinário

Diante de tal asserto, parece correta a afirmação de Gustavo Zagrebelsky⁶², no sentido de que a Constituição pode muito, mas não tudo, de modo que se o seu fundamento for apenas o poder, ela assumirá a forma de um *castelo de cartas* que, a qualquer momento, pode desmoronar. Não é por acaso que Karl Loewenstein⁶³ já advertiu que a “Constituição não pode salvar o abismo entre pobreza e riqueza; não pode trazer nem comida, nem casa, nem roupa, nem educação, nem descanso, vale dizer, as necessidades essenciais da vida”. Tal assertiva pode ser melhor compreendida parafraseando-se a emblemática lição dos juristas norte-americanos Laurence H. Tribe e Michael C. Dorf⁶⁴, segundo a qual não se deve ler a Constituição como se fosse simplesmente um espelho no qual todos vêem o que desejam ver. Assim,

⁵⁹ Cf. STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland...*, Band I, p. 22-23, destacando que a relação entre o Direito e a Política pertence ao rol dos grandes temas da ciência jurídica, cuja expressão mais recente encerra-se na figura do juiz político, tão exigente, quanto temido.

⁶⁰ Quanto aos níveis do ordenamento jurídico remeta-se, novamente, a SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário...*, p. 15-16.

⁶¹ GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 17-19.

⁶² ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Ley, el Derecho y la Constitución*. Revista de Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 72, ano 24, set-dez de 2004, p. 22.

⁶³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traduzido por Alfredo Gallego Anabitarte. 2.ed. aum. Barcelona: Ariel, 1976. Tradução de: *Verfassungslehre*, p. 229.

⁶⁴ TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 7. Confira-se a assertiva, no original, em língua inglesa: Is the Constitution simply a mirror in which one sees what one wants to see?

a concretização do conteúdo de uma norma constitucional e a sua realização somente são possíveis com o emprego das condições da “realidade” que essa norma está determinada a ordenar⁶⁵. A Constituição, portanto, quando lançada pura e simplesmente às mãos dos ideólogos, corre o risco de naufragar em mares que não banham o Estado Democrático de Direito⁶⁶.

É por isso que importa não desprestigiar o direito ordinário em face da supremacia da Constituição. Tratam-se de esferas⁶⁷ autônomas, cada uma com um campo de atuação e potencialidades específicas. Sem a legislação ordinária, a Constituição – e todos os valores que encerra – não pode converter-se em Direito no dia-a-dia das pessoas, dada a abstração dos seus conteúdos. O que se percebe com essa abordagem é que para se garantir o pluralismo, a Constituição deve conter normas abertas, cuja concreção corresponde mais ao legislador, do que ao juiz, o que justifica a existência de um grande número de normas constitucionais estatuídas na forma de princípios⁶⁸ ou de valores⁶⁹.

⁶⁵ Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...**, p. 50 (aspas no original).

⁶⁶ Não é por menos que SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário...**, p. 16, afirma que a Constituição “não é um supermercado donde se possam satisfazer todos os desejos, nem deve ser transformada em uma massa de argila nas mãos dos ideólogos”.

⁶⁷ Aqui o termo esferas é empregado no sentido de âmbito (Bereich), ou seja, para estabelecer uma diferença entre os âmbitos de aplicação do direito constitucional e do direito ordinário.

⁶⁸ Sobre o conceito de princípios, remeta-se à obra de ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte...**, p. 75-76, onde sustenta que princípios são normas que expressam “mandamentos de otimização” (Optimierungsgebote), tendo em vista que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes, razão pela qual caracterizam-se pelo fato de poderem ser cumpridos em graus distintos, o que equivale dizer, realizarem-se em maior ou em menor grau.

⁶⁹ Cf. REYES, Manuel Aragón. **El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad...**, p. 20; sobre a diferença fundamental entre “valor” e “princípio”, vide ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte...**, p. 133, quando sustenta que aquilo que no modelo dos valores é, prima facie, o melhor, é, no modelo dos princípios, prima facie, devido. Por analogia, aquilo que no modelo dos valores é definitivamente o melhor é, no modelo dos princípios, definitivamente devido. Essa constatação informa que os princípios e os valores diferenciam-se somente em virtude de seu caráter deontológico (proibição, permissão e direito a algo) e axiológico (correspondente ao que é bom), respectivamente. E aqui surge, para Alexy, o ponto fundamental dessa diferenciação: como no Direito o que importa é o que é devido – e não simplesmente o que é bom – há uma nítida vantagem de se trabalhar com o modelo dos princípios (mandamentos de otimização), à medida que esse modelo expressa mais claramente o caráter do dever ser, diminuindo-se, conseqüentemente, a margem de falsas interpretações.

Faça-se, no entanto, a anotação de que a necessidade de reconhecimento de uma autonomia das distintas esferas não implica um isolamento e, por assim dizer, uma incomunicabilidade entre elas⁷⁰. Afinal, como consigna Konrad Hesse⁷¹, a mudança das relações entre o direito constitucional e o direito privado ao longo da história expressa uma mudança das tarefas, da qualidade e das funções de cada um desses âmbitos jurídicos, o que afasta uma concepção de justaposição, marcada por uma absoluta incomunicabilidade entre esses âmbitos, para dar lugar a uma relação de complementaridade e dependência recíprocas.

Observe-se, também, que abordagem aqui sugerida não nega o efeito expansivo dos direitos fundamentais. Pretende-se, apenas, que tais direitos encontrem a sua melhor expressão e aplicação para as necessidades da sociedade, quando debatidos em um ambiente democrático, marcado pelo pluralismo de idéias e de visões, ambiente esse que não pode ser proporcionado pela jurisdição constitucional⁷². Sem a intermediação legislativa adequada, dificilmente a Constituição logrará êxito em sair da área do poder, para ingressar na esfera vital das convicções sociais, sem as quais não pode viver e às quais adere-se *com calor*⁷³. O que, em última análise, se quer evitar, são os riscos do que Hans Peter Schneider⁷⁴ denominou de uma *fluidez descontrolada das normas da Constituição na interpretação do direito ordinário*.

⁷⁰ Aqui, cabe uma referência aos escritos de RAISER, Ludwig. **O Futuro do Direito Privado**. Traduzido por Lucinda Maria Ragugnetti. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: PGE, ano 9, n. 25, 1979. Tradução de: Die Zukunft des Privatrechts, p. 21, 25 e 29. Em que pese o autor discorrer sobre uma visualização do direito privado a partir de campos de função (nas suas palavras: “distinguir os campos de função do Direito Privado, segundo o critério do conteúdo publicístico dos campos da vida a serem ordenados e a partir daí ordenar os princípios jurídicos e as formas de função dos institutos jurídicos”), a sua construção toma-se significativamente útil para o foco ora proposto, à medida que tal perspectiva coaduna-se com o espírito de comunicabilidade e de influências recíprocas que devem pautar as relações entre o direito constitucional e o direito ordinário. Nesse sentido, observem-se as palavras de Raiser: “se se procura um quadro que expresse a relação entre o direito privado e público dentro de nossa ordem jurídica global, então, depois do que foi dito, não se mostra apropriada a velha concepção de dois círculos fechados, interseccionando-se aqui e ali, mas também não é a proposta de Bullinger, em fundir ambos os círculos em um sistema unitário de direito comum. Mais de acordo com a realidade está o quadro de uma elipse com dois focos como centros de irradiação, entre os quais aparece um campo intermediário, influenciado pelos dois centros. A força de irradiação de um ou de outro centro pode modificar-se por meio de decisão política, mas o sistema seria destruído se um dos pólos perdesse sua força autônoma. Essencial é, ademais, a abertura e a necessidade de complementação das regras provindas de cada um dos pólos”; para uma análise aprofundada acerca da teoria de Ludwig Raiser e seus reflexos sobre o direito privado, remeta-se à obra de CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro. Uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 99-117.

⁷¹ HESSE, Konrad. **Verfassungsrecht und Privatrecht...**, p. 31, definindo que o ponto histórico marcante dessa nova realidade é o final da Primeira Guerra Mundial.

⁷² Cf. KELSEN, Hans. **Wer soll der Hüter der Verfassung sein?...**, p. 608, o tribunal constitucional não foi criado para disputar a função legislativa com o legislador (duvidando, assim, que alguém espere que um tribunal constitucional venha a opor-se à expansão dessa competência legislativa de caráter geral).

⁷³ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Ley, el Derecho y la Constitución...**, p. 22-23.⁷⁴ SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitucion...**, p. 84.

⁷⁴ SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitucion...**, p. 84.

4. Importância da função judicial

A concepção até aqui esposada sublinha a circunstância de que a função judicial é uma das atividades públicas mais relevantes, sendo que a existência de direitos fundamentais diretamente aplicáveis, como, aliás, preconiza a Constituição Brasileira⁷⁵, reforça o papel dos juízes em um Estado Democrático de Direito. Isso porque, se é verdade que os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis, pelo fato de que a sua efetividade não pode ficar condicionada aos desejos de uma eventual maioria no órgão legislativo competente para a elaboração das leis ordinárias, não é menos verídico o fato de que tais direitos são, em vista de seu caráter genérico, algo muito distinto das normas infraconstitucionais. Ademais, em um sentido amplo, a aplicabilidade direta é um atributo dos direitos fundamentais que informa que eles devem ser entendidos como normas vinculativas e não como meras normas programáticas⁷⁶, o que constitui, de certa maneira, um elemento que bem expressa a relação estreita entre a unidade normativa da Constituição e esses direitos⁷⁷.

Tal constatação revela que o campo da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais alcança, invariavelmente, uma notável amplitude, o que acaba por proporcionar ao juiz, na condição de intérprete-aplicador da Constituição, uma ampla margem na hora de extrair dessas normas constitucionais o seu sentido⁷⁸. É necessário, portanto, como advoga o jurista hispânico Manuel Aragón Reyes⁷⁹, proclamar a adoção de medidas de reequilíbrio (curativas e preventivas, de contrapeso) e potenciar o normativismo, de forma a reduzir a jurisprudência de valores⁸⁰. Esse é o caminho, na acepção do referido autor, para que o Estado Democrático de Direito não acabe

⁷⁵ Segundo o artigo 5.º, § 1.º da Constituição Brasileira, “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁷⁶ Quanto ao conceito de “programa da norma” remeta-se a HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...**, p. 64-65.

⁷⁷ Cf. HECK, Luís Afonso. **O Controle Normativo no Direito Constitucional Brasileiro...**, p. 64.

⁷⁸ Esse é o raciocínio exposto por REYES, Manuel Aragón. **El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad...**, p. 30.

⁷⁹ REYES, Manuel Aragón. **El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad...**, p. 30-31, destacando, ainda, que a excessiva jurisprudencialização da política conduz, necessariamente, à politização da justiça, situação altamente indesejada (p. 40).

⁸⁰ A propósito, como salienta ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte...**, p. 26, aquilo que em cada caso é concebido como jurídico depende de uma análise que ultrapassa o âmbito de abrangência da jurisprudência dos valores. Destaca o autor, com essa observação, a importância de a ciência do Direito vincular, reciprocamente, as três dimensões da dogmática jurídica: a analítica, a empírica e a normativa (para maior detalhamento, remeta-se às p. 22-27 da citada obra). Nessa conectividade, Alexy destaca a dificuldade de construção de uma argumentação jurídico-fundamental relativa a simples associações ao conceito de valor (p. 33), sustentando, para tanto, o imperativo de se adotar uma clareza terminológica no que diz respeito à concepção dos direitos fundamentais e, de certo modo, a todos os conceitos da dogmática de direitos fundamentais, no instante em que se não existir uma clareza acerca da estrutura desses direitos, não será possível, em decorrência, obter uma clareza na sua fundamentação (p. 34), tendo em vista que o pressuposto de racionalidade de toda ciência é a clareza conceitual, a ausência de contradição e a coerência (p. 27).

convertendo-se em um *Estado de justiça*; aquele marcado pela busca de certeza, previsão, segurança, igualdade e liberdade nas relações sociais; esse, expressão do caldo de cultivo da arbitrariedade e da desigualdade⁸¹. Tal como propôs Francisco Rubio Llorente⁸², a lei deve ser vista como garantia dos direitos, pelo fato de que “é o único cimento firme da segurança jurídica”.

É importante frisar que esse sentimento de valorização do direito ordinário frente à Constituição não é tão radical a ponto de não se reconhecer que a criação judicial de regras jurídicas – devidamente fundamentadas⁸³ – pode vir a ser necessária, em circunstâncias extremas, para satisfazer, no caso vertente, uma pretensão fundada em direitos reconhecidos por normas constitucionais de caráter principiológico⁸⁴. Trata-se da hipótese de inexistência de regras legislativas⁸⁵ em conformidade com tais princípios, cujo resultado pode ser o esvaziamento de certos direitos reconhecidos na Constituição. Nesse caso, reconhece-se a competência dos tribunais para responder, com o auxílio dos métodos de interpretação reconhecidos⁸⁶, na aplicação concreta, às questões duvidosas surgidas pela ausência de uma regulação expressa⁸⁷.

O resultado dessa ponderação é que a atividade judicante não se configura apenas no reconhecimento e na expressão de certas decisões do legislador; antes pelo contrário, compreende-se na tarefa do Poder Judiciário a possibilidade de “exigir o trazer à luz e o realizar em decisões de representações

⁸¹ Cf. REYES, Manuel Aragón. *El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad...*, p. 31.

⁸² LLORENTE, Francisco Rubio. *La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución...*, p. 334.

⁸³ Está-se, aqui, diante de matéria concernente ao campo da argumentação jurídica. Nesse particular, remeta-se a ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung...*, p. 163, quando afirma que a tarefa da teoria do discurso jurídico corresponde à investigação de como se pode argumentar racionalmente sob condições limitadoras e de como se pode melhorar a possibilidade de uma argumentação racional sob tais condições, sendo que o objeto da teoria da argumentação jurídica é o tratamento de questões práticas concretas (p. 132, nota 296).

⁸⁴ Prova disso é que, segundo ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte...*, p. 63, uma norma de direito fundamental somente poderá ser considerada como tal, à medida que possa ser passível de uma fundamentação jurídico-fundamental correta.

⁸⁵ Conforme notícia HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã...*, p. 209, aqui baseado na jurisprudência do tribunal constitucional Federal alemão, a pressuposição de ausência de lacunas na ordem jurídica positiva representa uma condição que, como postulado da certeza jurídica é justificável, porém, inalcançável na prática.

⁸⁶ Fundamental, aqui, como destaca ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Traduzido por Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 1997. Tradução de: *Allgemeine Staatslehre*, p. 66, é levar a efeito um método de interpretação que se adapte às circunstâncias dominantes, o que, logicamente, só pode vir a ser determinado no caso concreto.

⁸⁷ Cf. HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã...*, p. 209 e ss., oportunidade em que discorre sobre a experiência alemã, no que tange aos limites de admissibilidade de uma “aplicação jurídica criadora”.

de valores” que não – ou apenas incompletamente – chegaram à expressão nos textos das leis escritas⁸⁸. É de bom alvitre, portanto, que frente a essa perspectiva de caráter excepcional, o juiz, com todas as suas forças, preserve-se da arbitrariedade, o que pode ser constatado quando a decisão repousa sobre uma argumentação racional⁸⁹, cerrando, assim, “a lacuna consoante com os critérios da razão prática e as representações de Justiça gerais consolidadas da coletividade”⁹⁰. Todavia, ainda que se aceite tal possibilidade, não há como se iludir acerca da sua descomprometida aplicação⁹¹, no instante em que encerra em si um inegável perigo, qual seja, o de que o quadro de princípios constitucionais venha a cristalizar-se em detrimento da apreciação política do legislador, fato que, como já indicado, é altamente indesejável⁹².

⁸⁸ Cf. HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã...**, p. 210, com arrimo na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.

⁸⁹ A respeito desse tema, fundamental a leitura de ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung...**, p. 358-359, onde, em passagem conclusiva, o autor assevera que a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica oferece, em situações específicas, uma espécie de critério (Kriterium) que pode contribuir substancialmente para a racionalização dos processos de decisão e, conseqüentemente, para a racionalização das decisões deles derivados. Adverte, entretanto, que no âmbito jurídico, em que pese poderem os juristas, por meio da prática de um discurso racional, contribuir para a realização da razão (Vernunft) e da justiça (Gerechtigkeit), não podem fazê-lo isoladamente, eis que tal meta pressupõe uma ordem social racional e justa.

⁹⁰ Cf. HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã...**, p. 210, com arrimo na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.

⁹¹ Conforme anuncia HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã...**, p. 212-213, os limites da chamada aplicação jurídica criadora, de acordo com a experiência constitucional alemã (com remissões à jurisprudência), conquanto não possam ser configurados em uma fórmula que possa valer, na mesma medida para todos os setores jurídicos, traduzem algumas características comuns, que, parcialmente, seguem aqui citadas: 1. “A aplicação jurídica criadora deve realizar-se no interior do traçado limite constitucional. Ela não constitui a manifestação do inadmissível esbulho judicial, por meio do qual a vontade reconhecível do legislador é afastada e substituída por uma avaliação judicial de interesses, feita de forma autárquica. Antes, as questões, se há uma lacuna e por qual modo ela deve ser cerrada, são tomadas das valorizações da lei”; 2. “No caminho da interpretação não deve ser atribuído um sentido oposto a uma lei, pelo teor e pelo sentido, clara. Na possibilidade de várias interpretações, deve, na dúvida, ser eleita aquela que confere à norma de direitos fundamentais a eficácia máxima. Em intervenções particularmente intensivas naigum dos direitos protegidos pela Constituição, certos erros de interpretação já podem mostrar-se como constitucionalmente relevantes, ou seu caminho metodologicamente falso pode ser objetado, também quando o próprio resultado está consoante com a Constituição”.

⁹² Essa constatação, em sua integralidade, é retirada da obra de ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia...**, p. 152-153, destacando o risco de excesso de juridicização e constitucionalização da vida política. Para Zagrebelsky, esse perigo não ocorre quando os juízes ordinários fazem a derivação da regra (criação judicial de regras jurídicas), cuja jurisprudência pode ser superada por uma diferente valoração do legislador, no marco das possibilidades constitucionais.

Com isso – cumpre registrá-lo – não se adere à tese de que o legislador ordinário deva ter uma irrestrita margem de conformação dos direitos fundamentais e dos valores consagrados pela Constituição⁹³. Se isso fosse possível, estar-se-ia abrindo a possibilidade de uma eventual supressão desses direitos e valores, por força dos interesses de uma maioria de ocasião (por meio da lei). É o que se poderá afirmar, na esteira de Konrad Hesse⁹⁴, em relação ao fato de que o significado do direito constitucional para o direito privado consiste em “singulares funções de proteção, direção e impulso”. Assume relevo, portanto, a devida compreensão do papel fundamental de um tribunal constitucional⁹⁵ no ordenamento jurídico, qual seja, o de verificar se o legislador, no curso de sua atividade legiferante, interpretou corretamente o conteúdo de um direito constitucionalmente declarado⁹⁶, ou seja, aferir se o legislador fixou, em harmonia com a Constituição vigente, os contornos que delimitam o âmbito da proteção jurídica conferida pela Constituição⁹⁷.

De resto, não se pode perder de vista que o juiz tem que saber o que se passa no plano constitucional para aplicar as regras de direito ordinário; entretanto, como bem destaca Robert Alexy⁹⁸, a ciência do Direito é, antes de tudo, uma *disciplina prática*, pelo fato de que a sua questão nuclear é a busca do que é devido nos casos reais ou imaginários, de modo que aquilo que é devido, e em que medida é devido, descobre-se a cada vez, no caso concreto⁹⁹. Essa construção assume relevo pelo fato de que as normas constitucionais, em função de seu alto grau de abstração e abertura, não são capazes de, por si só,

⁹³ Adere-se, aqui, à ponderação de SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais...**, p. 328, no seguinte sentido: se, por um lado, apenas o legislador encontra-se autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculado a eles.

⁹⁴ HESSE, Konrad. **Verfassungsrecht und Privatrecht...**, p. 40. Confira-se o original em língua alemã: Demgemäß liegt die Bedeutung des Verfassungsrechts für das Privatrecht in ‘einzelnen’ Schutz-, Richtlinien- und Impulsfunktionen.

⁹⁵ A propósito, nesse particular, vide HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...**, p. 422, quando afirma que o poder do tribunal constitucional – e, por assim dizer, o seu próprio prestígio – depende da força dos argumentos empregados nas suas decisões.

⁹⁶ Cf. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II...**, Rdn. 929, p. 229, o espaço de conformação do legislador é delimitado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão sob diferentes aspectos, que, em comum, constituem manifestações do princípio da proporcionalidade.

⁹⁷ Cf. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. **La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales...**, p. 79-80, sugerindo, ainda, que a adequação da interpretação legislativa à Constituição é tarefa a ser dada a um tribunal constitucional, em face da sua competência para fixar de maneira definitiva o sentido dos preceitos constitucionais e, concretamente, o conteúdo dos direitos fundamentais.

⁹⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte...**, p. 26.

⁹⁹ Essa consideração evidencia-se pelo fato de que, no âmbito da análise de direitos fundamentais, nada poderá ser definido de antemão, pelo simples fato de que não existirá a única resposta correta para todos os casos. Para tanto, remeta-se às considerações de ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung...**, p. 433, quando afirma que a teoria do discurso jurídico racional não pressupõe que exista uma única resposta correta para todos os casos, ou seja, a argumentação jurídica não conduz em todos os casos exatamente a um só resultado, não se cogitando, portanto, em uma irrestrita pretensão de correção das decisões judiciais.

na maioria dos casos, informar essa *medida do que é devido* em concreto, razão pela qual o direito ordinário assume um valioso e indispensável papel nesse particular, no momento em que permite, com um grau de abstração significativamente menor em relação ao das normas constitucionais – e por isso mais eficazmente – desenvolver e dar forma às relações vitais garantidas pela Constituição¹⁰⁰, enquanto decisão normativa que é o produto, em cada momento, do jogo legítimo do pluralismo político¹⁰¹. Enfim, como sintetiza Robert Alexy¹⁰²: “para poder dar uma resposta ao que é o juridicamente devido, há que se conhecer o direito positivamente vigente”.

Em outras palavras, o tribunal constitucional tem a missão – e, por assim dizer, o dever – de verificar se a concreção valorativa realizada pelo legislador ordinário pode ser inserida dentro dos critérios valorativos consagrados pela Constituição, por meio dos meios processuais oferecidos pelo ordenamento jurídico.

5. A primazia do legislador na concretização da Constituição

Ao direito ordinário incumbe, pois, a tarefa de transformar os princípios consagrados na Constituição em instrumentos concretos de ação¹⁰³, desempenhando as cláusulas gerais¹⁰⁴ de conteúdo indeterminado do direito civil (ex: boa-fé, probidade, função social do contrato, etc.) um papel de destaque nessa conectividade, enquanto técnica legislativa eficaz no sentido de permitir e facilitar a inserção dos valores constitucionalmente estabelecidos no corpo do direito civil codificado¹⁰⁵.

Isso significa que a um tribunal não é dado, ao menos em princípio, diminuir posições jurídicas que o legislador prolongou sob a concretização de princípios constitucionais gerais¹⁰⁶, a menos, é claro, se no caso concreto¹⁰⁷

¹⁰⁰ Cf. HESSE, Konrad. *Verfassungsrecht und Privatrecht...*, p. 42, ao interpretar o significado do direito privado para a ordem constitucional.¹⁰¹ Cf. REYES, Manuel Aragón. *El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad...*, p. 37.

¹⁰² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte...*, p. 27, em tradução livre do autor. Confira-se a assertiva original, em língua alemã: Um eine Antwort auf die Frage, was rechtlich gesollt ist, geben zu Können, muß man das positiv geltende Recht kennen.

¹⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. *O Novo Código Civil Brasileiro: em Busca da “Ética da Situação”*. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 144.

¹⁰⁴ Para uma visão sobre a o papel das cláusulas gerais do direito civil, vide, por todos, HECK, Luís Afonso. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006 (prefácio), p. 15-29.

¹⁰⁵ Cf. SILVA, Luís Renato Ferreira da. *A Função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 129.

¹⁰⁶ Cf. HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã...*, p. 213.

¹⁰⁷ Está-se, aqui, diante de uma relação de ponderação que somente um discurso jurídico racional, marcado por uma argumentação jurídico-fundamental, pode definir. Nesse sentido, vide ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung...* p. 147, quando destaca a necessidade de obtenção de um consenso fundado nas decisões judiciais, ou seja, um consenso que se baseia na força do melhor argumento.

constatar-se que a concretização legislativa implica intervenção nos direitos fundamentais que onera demasiadamente o seu respectivo titular, de forma a violar a proibição de excesso; e, por outro lado, se a lei em questão situa-se aquém do mínimo que a Constituição oferece para a proteção da outra parte¹⁰⁸. Assim, em muitos casos, por um imperativo de dever de proteção (*Schutzpflicht*) do Estado¹⁰⁹, torna-se necessária a prática de intervenções em posições protegidas jurídico-fundamentalmente, cabendo ao legislador a definição de uma compensação proporcional¹¹⁰. Deveras, o próprio modo pelo qual esse dever de proteção do Estado deve ser cumprido é um aspecto a ser definido pelo legislador, em princípio, com uma considerável liberdade de decisão (*Entscheidungsfreiheit*)¹¹¹.

Evidencia-se, assim, que garantir a influência dos direitos fundamentais sobre o direito ordinário, como parte da ordem jurídica total, é, em primeiro lugar, uma tarefa do legislador infraconstitucional, a quem cabe configurar a ordem da coletividade e, na organização e limitação dos direitos fundamentais, determinar o seu alcance prático¹¹². Compete ao legislador, portanto, no curso de sua atividade conformadora, concretizar o conteúdo jurídico desses direitos, demarcando, reciprocamente, as posições dos sujeitos privados garantidas jurídico-fundamentalmente¹¹³. Dito de outro modo, cabe ao legislador a tarefa de determinar o equilíbrio entre o respeito à liberdade individual e à vigência efetiva dos direitos fundamentais¹¹⁴. A maior prova dessa constatação é que a própria noção de dignidade humana – um dos conceitos jurídicos de maior abertura e indeterminação – realiza-se, como agudamente consigna Peter

¹⁰⁸ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*. Berlin – New York: Walter de Gruyter, 1999, p. 19-20, demonstrando que entre esses dois pontos (função de mandamentos de proteção – *Schutzgebote* – dos direitos fundamentais e proibição de excesso – *Übermaßverbot*) existe, via de regra, um largo espaço de manobra (*Spielraum*), dentro do qual não é determinada a solução jurídico-constitucionalmente e cujo preenchimento, por isso, é deixado a cargo do direito ordinário.

¹⁰⁹ De acordo com a aceção de HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...*, p. 278, a teoria dos deveres de proteção do Estado parte da compreensão dos direitos fundamentais como princípios objetivos que obrigam o Estado a agir, na medida do possível, para a realização dos direitos fundamentais; vide, ainda, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte...*, p. 410, sustentando, a partir daí, a existência de “direitos à proteção” (*Rechte auf Schutz*) os quais devem ser entendidos como todo e qualquer direito que um titular de direito fundamental possui frente ao Estado, para que esse o proteja das intervenções (indevidas) de terceiros. Entre nós, vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...*, p. 329, sustentando que o legislador possui deveres ativos de proteção, que englobam um dever de aperfeiçoamento (*Nachbesserungspflicht*) da legislação existente, com a finalidade de conformá-la às exigências das normas de direitos fundamentais.

¹¹⁰ Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...*, p. 280.

¹¹¹ Cf. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II...*, Rdn. 91, p. 25.

¹¹² Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...*, p. 424.

¹¹³ Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...*, p. 285.

¹¹⁴ Cf. ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. *Autonomía Privada y Derechos Fundamentales*. In: Anuario de Derecho Civil. Madrid, tomo XLVI, fascículo 1, jan. – mar. 1993, p. 65.

Häberle¹¹⁵, de “baixo para cima” (*von unten nach oben*) – e não de “cima para baixo”, no instante em que a ordem jurídica infraconstitucional exerce uma indispensável mediação, no sentido de fornecer material para a delimitação do contorno dos bens constitucionais.

Essa destacada função do direito ordinário revela a importância de se manter, na medida do possível, a validade da lei para a sua correta interpretação em conformidade com os ditames da Constituição. Por essa razão, pode-se defender, ao menos em princípio, a primazia do legislador na concretização da Constituição, o que equivale a dizer que o legislador democraticamente eleito goza da presunção de constitucionalidade da sua vontade e atuação¹¹⁶. Isso significa, na prática, uma atitude hermenêutica¹¹⁷ voltada à preservação da lei, algo como um favor concedido à lei: se a lei pode ser interpretada de duas maneiras, uma contrária e outra conforme a Constituição, que seja mantida na interpretação que guarda sintonia com a Constituição, ao invés de, simplesmente, ser retirada do mundo jurídico. Nesse desiderato, impõe-se seja ressaltada a observação de Konrad Hesse¹¹⁸, no sentido de que o tribunal constitucional não pode disputar a primazia da concretização da Constituição com o legislador, causando, caso o faça, uma remoção das funções atribuídas jurídico-constitucionalmente ao Poder Legislativo. Há, contudo, um ponto de equilíbrio a ser observado e esse passa a ser demonstrado a partir da transcrição literal do pensamento de Hesse¹¹⁹:

[...] a primazia do legislador democrático é obtida com o preço de uma nova interpretação do conteúdo da lei pelo Tribunal Constitucional; ela pode ficar sem valor se o preço ficar muito alto, se o conteúdo, que o tribunal, em interpretação conforme a Constituição, dá à lei, não mais contém um *minus*, senão um *aliud* diante do conteúdo da lei primitivo. Neste caso, o tribunal intervém até mais intensamente nas faculdades do legislador do que em uma declaração de nulidade, porque ele próprio configura positivamente quanto ao conteúdo, enquanto a nova configuração, na declaração de nulidade, permanece objeto do legislador. Quanto mais o tribunal corrige

¹¹⁵ HÄBERLE, Peter. **Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft**. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. (Hrsg.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 3. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Band II, 2003, Rdn. 83, p. 358.

¹¹⁶ Assim o defende HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...**, p. 73, aduzindo que ao legislador democrático está encarregada a tarefa da configuração jurídica das condições da vida, em primeiro lugar.

¹¹⁷ De acordo com a lição de GADAMER, Hans-Georg. **Warheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik...**, p. 340, a exigência hermenêutica consiste em compreender a manifestação contida em um texto, a partir da situação concreta na qual foi produzido.

¹¹⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...**, p. 73.

¹¹⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...**, p. 73-74.

o legislador, tanto mais ele também se aproxima dos limites jurídico-funcionais da interpretação conforme a Constituição, que decerto dificilmente podem ser traçados com toda nitidez.

Não há, portanto, ao menos no que tange à interpretação da Constituição, diferenças facilmente assimiláveis entre o exercício de esforço interpretativo levado a efeito pelo legislador ordinário e pelo tribunal constitucional¹²⁰.

Para comprovar tal assertiva, basta colocar-se no lugar de um, ou de outro, diante da compreensão¹²¹, ainda que os respectivos âmbitos de atuação sejam claramente distintos. Se aquele falha, cabe a esse informá-lo como deve interpretar a Constituição, importa dizer, o tribunal constitucional informa ao legislador como ele deve conformar uma dada realidade, em consonância com os valores consagrados pela Constituição¹²²; informa, em última análise, como o legislador deve interpretar a Constituição. Nessa quadra, um dos maiores desafios para quem se ocupa da relação entre as jurisdições constitucional e ordinária é reconhecer, efetivamente, que o legislador ordinário tem a importante função de desenvolver os direitos constitucionalmente reconhecidos, interpretando, aplicando¹²³ e concretizando o seu respectivo conteúdo, estabelecendo, assim, as condições que façam possível seu mais pleno exercício efetivo pelos cidadãos. Deve haver, como salienta Robert Alexy¹²⁴, uma verdadeira relação de cooperação autêntica entre a jurisdição constitucional e a jurisdição especializada. Nesse cenário, a atuação do legislador converte-se,

¹²⁰ Cf. KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit...**, p. 31-33, ressaltando que como a Constituição determina, no essencial, a elaboração das leis, a legislação é, perante a Constituição, aplicação do Direito (p. 32).

¹²¹ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Warheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik...**, p. 308, também impera uma exigência hermenêutica, que consiste no fato de se ter que se colocar no lugar do outro para poder compreendê-lo. Em outra passagem, Gadamer sustenta que é elogiável a compreensão de alguém quando, ao julgar, desloca-se completamente para a plena concreção da situação em que o outro deve atuar (p. 328).

¹²² De acordo com a acepção de KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit...**, p. 30, a jurisdição constitucional é uma garantia judicial da Constituição, como elo no sistema de medidas técnico-jurídicas que têm por finalidade assegurar o exercício das funções estatais em conformidade com o Direito. Nesse quadro, é inegável que o tribunal constitucional tem a função precípua de verificar a conformidade ao Direito (Rechtmässigkeit) das funções estatais. Evidencia-se, portanto, que cada ordenamento jurídico deverá eleger, ao seu tempo, os valores que serão plasmados na Constituição, os quais, por sua vez, deverão servir de parâmetro para a atividade legiferante.

¹²³ Cf. anuncia GADAMER, Hans-Georg. **Warheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik...**, p. 312-313, quanto mais claro é o conceito, mas clara é a explicação, no instante em que o compreender (Verstehen) é sempre um interpretar, razão pela qual a interpretação (Auslegung) é a forma explícita da compreensão. Disso depreende-se que direitos fundamentais, interpretação e aplicação são realidades que estão sempre interligadas, tendo em vista que na compreensão sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete.

¹²⁴ ALEXY, Robert. **Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada**. Tradução de Luís Afonso Heck. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 809, ano 92, mar. 2003, p. 72.

pois, em uma peça decisiva para a adequada proteção dos direitos fundamentais¹²⁵.

Se, como ponderou Georg Jellinek¹²⁶, a tarefa da ciência humana é, essencialmente, construir, há que se resistir, portanto, à tentação de se acreditar que apenas e tão somente as leis devam ser interpretadas a partir da Constituição¹²⁷, pois tal concepção padece do vício do extremismo. Ocorre que se tal vertente é correta – no instante em que não se questiona que as leis devam ser interpretadas em conformidade com a Constituição – também procede que a Constituição deva ser interpretada a partir da lei, pois esse agir confirma a correlação estreita que existe entre a Constituição e a lei, traduzindo, com isso, a idéia da unidade da ordem jurídica¹²⁸. Aqui, o compreender e o interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente, de modo que se não compreendermos o sentido do direito ordinário, reconhecendo a sua importância na concretização de princípios constitucionais, não nos será possível interpretar e aplicar a Constituição, à medida que faltará ao intérprete-aplicador esses elementos nucleares para a prática de uma mediação jurídica entre a lei e a Constituição¹²⁹.

Merece ser encarada com certa ressalva, portanto, a assertiva proposta por Jorge Miranda¹³⁰, no sentido de que “não é a Constituição que deve ser interpretada em conformidade com a lei, mas sim a lei que deve ser interpretada em conformidade com a Constituição”. Ainda que a afirmação de Jorge Miranda encontre eco na doutrina, o fato é que não há como desconsiderar, sob pena de se omitir um aspecto fundamental à compreensão do sentido da relação entre a supremacia da Constituição e a importância do direito ordinário, que o

¹²⁵ Esse é o pensamento de MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. **La Garantia del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales...**, p. 141, ponderando, ainda, que a atuação do legislador deve desenvolver-se no marco do mais seletivo respeito ao conteúdo dos direitos fundamentais constitucionalmente declarado.

¹²⁶ JELLINEK, Georg. **System der Subjektiven Öffentlichen Rechte**. 2. Auflage. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1919, p. 12.

¹²⁷ Nesse sentido, remeta-se ao magistério de KELSEN, Hans. **Wer soll der Hüter der Verfassung sein?...**, p. 589, quando sustenta que, de modo geral, a maioria das decisões dos processos são decisões de dúvidas e diferenças de opinião sobre o conteúdo de uma determinação legal, de modo que é impossível afirmar que a incerteza do conteúdo de uma norma constitucional é algo diferente da incerteza que ocorre em relação a uma norma que não possui o caráter de norma constitucional.

¹²⁸ Essa é a referência trazida por HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...**, p. 75, quando afirma que a “interpretação conforme a Constituição de leis é, por conseguinte, em sua repercussão sobre a interpretação constitucional, interpretação conforme a lei da Constituição”.

¹²⁹ Aqui se colhe inspiração em GADAMER, Hans-Georg. **Warheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik...**, p. 333, quando demonstra que a interpretação exige o reconhecimento do objeto, ou seja, do texto dotado de autoridade, já que se deve reconhecer o significado jurídico da lei. Com isso, conclui-se que não se pode passar por cima do direito ordinário, em toda e qualquer situação, mediante uma aplicação direta da Constituição para a solução de controvérsias.

¹³⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, Tomo II, p. 261, embora registre que “na interpretação de preceitos da Constituição, é legítimo e pode ser conveniente considerar o modo como são aplicados na prática, em especial através da lei e das decisões dos tribunais”.

tribunal encarregado de exercer a jurisdição constitucional, ao interpretar a lei, interpreta a Constituição a partir da lei, ou seja, no momento em que interpreta a lei, verifica como o legislador ordinário interpretou a Constituição, de forma que a jurisdição constitucional pode, com base na Constituição – e com as devidas cautelas – intervir na legislação ordinária em nome do bem comum¹³¹, para realizar uma legítima conformação dos valores esculpidos na Constituição, em o que se poderia denominar, ao menos pela idéia que transmite, de uma *relação de diálogo* entre as fontes¹³², cujo mecanismo pode ser sintetizado da seguinte forma: à medida que os valores constitucionais abstratos depuram o Direito, eles elevam o nível jurídico das normas de direito ordinário e da jurisprudência. Com o tempo, vai surgindo um Direito mais justo que, por sua vez, depura os valores da Constituição, em um ciclo contínuo de aperfeiçoamento¹³³. Em suma, a influência do direito constitucional sobre o direito ordinário encontra-se, sobretudo, no plano do seu aperfeiçoamento e desenvolvimento¹³⁴.

Logo, sem legislação ordinária, não há falar em um adequado desenvolvimento dos direitos fundamentais e, mais do que isso, em uma

¹³¹ A propósito, registre-se a definição de bem comum proposta por SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. (Informação oral). Aulas de Teoria de Direito Público do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1.º semestre de 2005: “o bem de todos naquilo que todos temos em comum”; com base nos ensinamentos de GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik...*, p.295, revela-se, contudo, que no plano jurídico, e com base na teoria hermenêutica, esse bem comum deve ser visto e definido a cada vez, à medida que o compreender em si deve ser pensado não tanto como uma ato da subjetividade, mas mais como uma inserção em um acontecimento da tradição, onde há uma mediação (Vermittlung) constante entre o passado e o presente, o que afasta a existência, nesse sentido, de um bem comum apriorístico. Gadamer sustenta, nesse passo, que aquilo que é bom para o homem se dá a cada vez, na concretização da situação prática na qual ele se encontra (p. 318). Com isso, Gadamer sublinha a importância do conjunto da tradição histórica para a interpretação do direito constitucional – e aqui se entende que, sobretudo, para a determinação do bem comum – em face da necessidade de se manter o conjunto da tradição aberto para o futuro (p. 346).

¹³² O termo “diálogo” é sugerido por SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário...**, p. 12, especialmente quando afirma que “o fundamento do direito está, isso sim, nos alicerces do ordenamento, ou seja, na realidade ontológica da pessoa, da família e da vida social ordinária. Daí vai subindo, em instâncias críticas e de diálogo, pela via do direito legislado, até a cúpula do ordenamento, de onde, enriquecida e descortinando o todo, pode realimentar o diálogo circular hermenêutico, que reconheça nas bases do ordenamento”; a expressão “diálogo entre as fontes” credita-se à MARQUES, Claudia Lima. **Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, jul-set de 2004, p. 57, quando afirma que “diálogo pressupõe o efeito útil de dois (di) e uma lógica ou fala (logos), enquanto o ‘conflito’ leva à exclusão de uma das leis e bem expressa a mono-solução ou o ‘monólogo’ de uma só lei”. Segundo a autora, o diálogo representa um esforço na busca de novas soluções de caráter plural, com as quais visa-se a evitar antinomias pela correta definição dos campos de aplicação das normas.

¹³³ Trata-se da perspectiva levantada por SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. (Informação oral). Aulas de Teoria de Direito Público do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1.º semestre de 2005.

¹³⁴ Essa é a lição trazida por HECK, Luís Afonso. **Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, jan.-mar. 1999, p. 53, destacando a importância do plano jurisprudencial nesse contexto.

adequada interpenetração desses direitos no seio das relações sociais. Em nenhum momento, portanto, a condição de supremacia da Constituição pode conduzir a um desprestígio do direito ordinário, situação que, ao menos em princípio, obstaculiza, de forma indiscriminada, uma aplicação direta das normas constitucionais frente a um determinado caso concreto, em detrimento das disposições legais infraconstitucionais. A sobrevalorização cega das normas constitucionais, em uma atitude de total desvalorização do direito ordinário, não traduz, em si mesma, a supremacia da Constituição; representa, isso sim, um sentimento que já foi retratado na doutrina como “fetichismo constitucional”, conduta que, antes de qualquer coisa, pode levar à prática de um ativismo judicial e a uma indesejada diminuição da qualidade da produção normativa¹³⁵. Nessa conectividade, todos os setores do ordenamento jurídico deveriam guardar a máxima de que “nenhum tribunal deve tomar por base para a sua decisão uma regra que nem sequer o legislador poderia ordenar”¹³⁶. As constituições não devem, portanto, ter a pretensão de substituir ou abafar o direito ordinário e o mesmo vale para esse em relação à judicatura¹³⁷.

Nesse contexto, verifica-se o quão são acertadas as palavras de Gustavo Zagrebelsky¹³⁸, quando afirma que o reconhecimento da legislação como função originária e não derivada depende que a Constituição conceba-se como um encadeamento aberto de elementos, cuja determinação histórico-concreta, dentro dos limites de elasticidade permitidos por essa realidade, seja deixado ao legislador ordinário. Pensamento contrário, para o citado jurista italiano, seria a soberba dos juristas e levaria à asfixia política por saturação política, contra a democracia, o que revela que o uso alternativo do Direito, no sentido de se derivar diretamente dos princípios constitucionais regras aplicáveis em sede jurisdicional, em alternativa às regras estabelecidas pelo legislador ordinário, representa, antes de mais nada, uma verdadeira *amputação*¹³⁹.

É precisamente com o desiderato de sublinhar a importância do papel do direito ordinário no desenvolvimento dos direitos fundamentais que Peter

¹³⁵ Essa é a idéia defendida por REYES, Manuel Aragón. **El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad...**, p. 36, (com aspas, no original), sublinhando, ainda, a importância da realização de leis de boa qualidade, como um bom caminho para que elas sejam respeitadas.

¹³⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada...**, p. 57, referindo-se a essa expressão como a “Fórmula de Schumann”.

¹³⁷ Cf. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário...**, p. 12 e 16, destacando que hipótese contrária significa a prática de um totalitarismo jurídico ou de um colonialismo do direito constitucional sobre os demais ramos do Direito.

¹³⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia...**, p. 152, deixando claro que relação de tensão entre a Constituição e a democracia leva à compreensão da delicada relação entre jurisdição e legislação.

¹³⁹ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia...**, p. 152.¹⁴⁰ Cf. HÄBERLE, Peter. **Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Absatz 2 Grundgesetz: zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt.** 3., stark erw. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, 1983, p. 184.

Häberle¹⁴⁰ formula a intrigante pergunta: o que seriam os direitos fundamentais sem a legislação? Para Häberle, o significado da legislação torna-se claro a partir do exato momento em que se pretenda abstrair dela, hipótese em que afirma que se faltasse aos direitos fundamentais o *alicerce* ou a *infra-estrutura* (*Aufbau*) da ordem jurídica de grau inferior à da Constituição, esses permaneceriam sem eficácia e ficariam “apenas no papel”. Em verdade, ignorar as dificuldades não impede que elas se produzam. Se, por um lado, é indubitável que a Constituição é Direito e que todo o ordenamento jurídico deve estar subordinado à Constituição, tal condição não faz com que todos os problemas do cotidiano tenham que necessariamente ser resolvidos a partir de uma aplicação direta da Constituição, como se essa fosse a única disposição normativa, à semelhança de uma caixa de mágica que contivesse todas as regras resolutorias para toda a sorte de conflitos, em uma atitude de despojamento da lei¹⁴¹.

Ora, esse é um claro sinal dos rumos que a ordem jurídica pode tomar, a partir do instante em que se deseje aplicar a diretamente a Constituição como remédio para todos os males. A par dessa realidade, se a Constituição contivesse em si toda a ordem jurídica, ela seria, como enfaticamente aponta Ernst Forsthoff¹⁴², uma espécie de “ovo de Colombo jurídico, do qual tudo surge, desde o Código Penal, até a lei sobre a fabricação de termômetros”, até mesmo porque, nessa ótica, teria a Constituição a pretensão – não desejada – de determinar completamente o lado normativo de cada decisão judicial especializada¹⁴³. A consequência disso é que o tribunal encarregado de dar a última palavra em sede de jurisdição constitucional acabaria por converter-se em uma superinstância revisora, contraindo para si o indesejado papel de *tribunal civil supremo* (*oberstes Zivilgericht*)¹⁴⁴. A genial conclusão acerca da atribuição desse referido órgão é formulada por Robert Alexy¹⁴⁵ de um modo,

¹⁴⁰ Cf. HÄBERLE, Peter. **Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Absatz 2 Grundgesetz: zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt**. 3., stark erw. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, 1983, p. 184.

¹⁴¹ Cf. REYES, Manuel Aragón. **El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad...**, p. 37, afirmando, de maneira enérgica, que a lei segue sendo, sobretudo em um estado democrático, a expressão mais ordinária do Direito.

¹⁴² FORSTHOFF, Ernst. **El Estado de la Sociedad Industrial...**, p. 242, em tradução livre do autor. Confira-se a assertiva original a partir da versão espanhola da obra citada: La constitución es así como un huevo de Colón jurídico, del que todo surge, desde el Código penal hasta Ley sobre fabricación de termómetros.

¹⁴³ Cf. ALEXY, Robert. **Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada...**, p. 58.

¹⁴⁴ Essa análise encontra-se no artigo de DIEDERICHSEN, Uwe. **Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre**. In: *Archiv für die zivilistische Praxis (ACP)*, Band 198, Heft 2-3. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1998, p. 257-259, oportunidade em que dirige duras críticas à possibilidade de conversão do tribunal constitucional em superinstância revisora, sobretudo na hipótese de atuação do tribunal constitucional na solução de conflitos jurídico-civis.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. **Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada...**, p. 58, embora não concorde que o desenvolvimento constitucional verificado nos últimos cinqüenta anos seja marcado por uma sobreconstitucionalização.

conquanto peculiar, irretocável: “seria um *Moloc* devorador de duas vítimas: os outros poderes e o próprio”.

A aplicação direta da Constituição às relações jurídico-civis deve, portanto, limitar-se a situações excepcionais, gize-se, em casos extremos, em caráter supletivo ou subsidiário, condicionada à inexistência – se é que isso é possível, em face da existência de conceitos indeterminados e cláusulas gerais do direito civil dotadas de inegável abertura – de dispositivos legais infraconstitucionais que se mostrem capazes de resolver a controvérsia, desde, contudo, que a norma constitucional, por sua estrutura, permita essa aplicação imediata¹⁴⁶. Nessa hipótese, a ponderação de interesses há que assumir um relevante papel, a partir do momento em que os objetos de valoração são situações (*Zustände*) de regulação jurídica, de forma que valorações levadas a efeito por um único critério apresentam traços de fanatismo¹⁴⁷, o que deve ser repellido a todo o custo.

Assim, se o que define a Constituição é a sua função de dar forma ao poder, vale dizer, de criá-lo¹⁴⁸, talvez seja verdade que a forma mais genuína de Direito seja a legislação ordinária, tendo em vista que se não houver lei, será muito mais difícil a existência de um autêntico Estado Democrático de Direito, ainda que igualmente admita-se que, sem Constituição, não há poder democrático¹⁴⁹. A advertência de Manuel Aragon Reyes¹⁵⁰ não pode ser mais direta, quando assevera que os operadores do Direito, em geral, devem ter presente que converter todo o Direito em um Direito de princípios e, pela mesma via, transformar toda a justiça em uma justiça constitucional, pode significar “promover a juridicidade... para removê-la”.

Acima de tudo, o que se pode argüir com alguma margem de certeza, é que a atuação dos juízes não pode ser pautada como um poder que, livremente, aceita ou rechaça as decisões advindas do legislador ordinário, independentemente de decisões fundamentadas no Direito e em conformidade com os critérios oferecidos pelo ordenamento jurídico, sob pena de a supremacia da Constituição converter-se em “tirania dos juízes”, em um cenário onde a segurança jurídica e a democracia desaparecem¹⁵¹. Com isso, pretende-

¹⁴⁶ Cf. REYES, Manuel Aragon. *El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad...*, p. 37.

¹⁴⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte...*, p. 130-131, destacando que para que se chegue a uma valoração total de uma controvérsia, quando os critérios valorativos para a solução do conflito entram em colisão, há que se estabelecer entre eles uma relação que permita ponderá-los, em vista de um eventual caráter contraposto.

¹⁴⁸ Cf. LLORENTE, Francisco Rubio. *La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución...*, p. XXIV (*prólogo*).

¹⁴⁹ Essa é a conclusão de REYES, Manuel Aragon. *El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad...*, p. 45-46.

¹⁵⁰ REYES, Manuel Aragon. *El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad...*, p. 46.

¹⁵¹ Essa é a precisa lição de LLORENTE, Francisco Rubio. *La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución...*, p. 600-601 (aspas no original).

se afirmar, na esteira de Konrad Hesse¹⁵², que o juiz não deve valer-se da sua visão de mundo, como meio para restringir a liberdade de conformação do legislador. Nesse encadeamento de idéias, o relevante debate a ser travado para a construção de um autêntico Estado Democrático de Direito gravita, pois, na determinação da natureza da obrigação que a existência dos direitos fundamentais impõe ao legislador ordinário, bem como acerca do conteúdo desses direitos¹⁵³.

Considerações finais

À guisa de encerramento, sustenta-se que a constatação do caráter supremo da Constituição não resulta, de maneira alguma, em um desprestígio do direito ordinário. Ocorre que sem o alicerce das normas infraconstitucionais, a Constituição seria como um pássaro sem asas: nunca alçaria vôo. Por isso, há que se combater, com veemência, a indistinta e ilimitada possibilidade de o Poder Judiciário examinar a compatibilidade dos meios idealizados pelo legislador para atingir determinado fim, dentre as opções políticas verificadas no momento da elaboração de uma lei, mediante a aplicação direta e imediata, em toda e qualquer circunstância, das normas constitucionais para a solução de casos concretos. Com total acerto procedeu Konrad Hesse¹⁵⁴, portanto, quando escreveu que o legislador é quem, efetivamente, deve ser chamado em primeiro lugar para a tarefa de concretizar a Constituição.

Hipótese contrária significa admitir a possibilidade – e a conveniência – de os órgãos judiciais chamarem para si a realização de uma tarefa de todo ideologizante, típica dos órgãos políticos de legiferação. Decerto, essa roupagem não é desejada pelo Poder Judiciário, cuja importante missão é, diga-se de passagem, bem distinta. À vista disso, transformar toda a justiça em uma *justiça constitucional* significa engessar o ordenamento político-jurídico e isso, definitivamente, não é um reflexo da supremacia da Constituição, mas, talvez, de um anseio que pretenda liquidar com a democracia, dando vida ao germe do totalitarismo, ainda que com feições jurídicas.

Por conseguinte, caso se queira realmente compreender a ordem jurídica como um todo, no debate sobre a supremacia da Constituição não se pode excluir a importância que o direito ordinário possui para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Somente ciente dessa relevância é que se pode partir para a questão fundamental que, nos termos já afirmados no presente trabalho, é a determinação da natureza da obrigação que a existência dos direitos fundamentais impõe ao legislador ordinário, bem como a determinação do conteúdo desses direitos.

¹⁵² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...**, p. 257, deixando claro que o juiz não deve pôr a sua concepção no lugar da concepção da maioria nos corpos legislativos, a não ser que a liberdade de decisão do legislador, fundada na ordem democrática da Constituição, deva ser mais limitada do que a Constituição o prevê.

¹⁵³ Cf. LLORENTE, Francisco Rubio. **La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución...**, p. 601.

¹⁵⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...**, p. 73.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. Tradução de Luís Afonso Heck. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 809, ano 92, mar. 2003, p. 54-73.
- _____. Theorie der Grundrechte. Baden-Baden: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1994.
- _____. Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Auflage. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1996.
- ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. Autonomía Privada y Derechos Fundamentales. In: Anuário de Derecho Civil. Madrid, tomo XLVI, fascículo 1, jan. – mar. 1993, p. 57-122.
- BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BUENO, José Antonio Pimenta. Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio. Rio de Janeiro: J Villeneuve e Cia, 1857.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro. Uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin – New York: Walter de Gruyter, 1999.
- COMMELA, Víctor Ferreres. Las Consecuencias de Centralizar el Control de Constitucionalidad de la Ley en un Tribunal Especial. Algunas Reflexiones acerca del Activismo Judicial Disponível em: <<http://islandia.law.yale.edu/sela/eprog04.htm>> Acesso em: 29 set. 2005, p. 1-33.
- DIEDERICHSEN, Uwe. Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre. In: Archiv für die civilistische Praxis (ACP), Band 198, Heft 2-3. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1998, p. 171-260.
- FORSTHOFF, Ernst. El Estado de la Sociedad Industrial. Traducido por Luis López Guerra e Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1975. Tradução de: Der Staat der Industriegesellschaft.
- GADAMER, Hans-Georg. Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. 6. durchgesehene Auflage. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1990, Band I.
- GRIMM, Dieter. Die Zukunft der Verfassung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- HÄBERLE, Peter. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. (Hrsg.). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 3. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Band II, 2003, p. 317-367.

- _____. Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Absatz 2 Grundgesetz: zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt. 3., stark erw. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, 1983.
- HECK, Luís Afonso. Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, jan.-mar. 1999, p. 40-54.
- _____. O Controle Normativo no Direito Constitucional Brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 800, ano 91, jun. 2002, p. 57-64.
- _____. O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- _____. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006 (prefácio), p. 11-30.
- HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. Tradução de: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland " 20., neubearbeitete Auflage.
- _____. Verfassungsrecht und Privatrecht. Heidelberg: C. F. Muller Juristischer Verlag, 1988.
- HORTA, Raul Machado. Poder legislativo e monopólio da lei no mundo contemporâneo. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 31, n. 123, jul.-set. 1994, p. 149-158.
- JELLINEK, Georg. System der Subjektiven Öffentlichen Rechte. 2. Auflage. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1919
- _____. Teoria General del Estado. Traduzido por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1971. Tradução de: Allgemeine Staatslehre.
- KELSEN, Hans. Reine Rechtslehre. 2. erw. Auflage. Wien: Franz Deuticke, 1983.
- _____. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? In: Die Justiz. Monatsschrift für Erneuerung des Deutschen Rechtswesens, Band VI, Doppelheft 11/12. Berlin-Grunewald, 1930-1931, p. 576-628.
- _____. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), Heft 5. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1929, p. 30-84.
- LLORENTE, Francisco Rubio. Divide et Obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los derechos. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 67, ano 23, jan-abr de 2003, p. 49-67.

- _____. La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución. 2.ed. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1997.
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitución. Traduzido por Alfredo Gallego Anabitarte. 2.ed. aum. Barcelona: Ariel, 1976. Tradução de: Verfassungslehre.
- MARQUES, Claudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, jul-set de 2004, p. 34-67.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em Busca da “Ética da Situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87-168.
- MAURER, Hartmut. Direito Administrativo Geral. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006. Tradução de: Allgemeines Verwaltungsrecht – 14 Auflage.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, Tomo II.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte Staatsrecht II. 16., neubearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2000.
- RAISER, Ludwig. O Futuro do Direito Privado. Traduzido por Lucinda Maria Ragunetti. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: PGE, ano 9, n. 25, 1979. Tradução de: Die Zukunft des Privatrechts, p. 11-30.
- REYES, Manuel Aragón. El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2.ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHNEIDER, Hans Peter. Democracia y Constitucion. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. A Função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.). O Novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127-150.
- SILVEIRA, José Néri da. A Reforma Constitucional e o Controle de sua Constitucionalidade. Revista da Ajuris. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 64, julho de 1995, p. 201-221.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos. Porto Alegre: [s.ed.], 2002.

- _____. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, março de 2005, p. 7-18.
- _____. (Informação oral). Aulas de Teoria de Direito Público do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1.º semestre de 2005.
- STERN, Klaus. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. 2. neubearbeitete Auflage. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1984, Band I.
- _____. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988, Band III/1.
- TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. On Reading the Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia. Traduzido por Marina Gascón. 3.ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999. Tradução de: Il Diritto Mitte. Legge, Diritti, Giustizia.
- _____. La Ley, el Derecho y la Constitución. Revista de Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 72, ano 24, set-dez de 2004, p. 11-24.
- ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Traduzido por Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 1997. Tradução de: Allgemeine Staatslehre.