

FELIPE BENEDITO VIANA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE  
FINALÍSTICO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Elival da Silva Ramos

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo, 2010

FELIPE BENEDITO VIANA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE  
FINALÍSTICO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Elival da Silva Ramos

Dissertação apresentada à Secretaria de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito do Estado.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo, 2010

Viana, Felipe Benedito

O controle de constitucionalidade finalístico / Felipe Benedito Viana.

– São Paulo : F. B. Viana, 2010.

185 p. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, 2010.

Orientador: Prof. Titular Elival da Silva Ramos.

Notas de rodapé

Inclui bibliografia.

1. Controle de constitucionalidade 2. Supremo Tribunal Federal 3. Hermenêutica constitucional 4. Desvio de poder legislativo 5. Interpretação teleológica I. Título.

CDU 340.131.5(81)(043)

**Autor:** Felipe Benedito Viana

**Título:** O Controle de Constitucionalidade Finalístico

**Orientador:** Professor Dr. Elival da Silva Ramos

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo como requisito parcial  
para obtenção do título de Mestre em Direito.  
Área de Concentração: Direito do Estado.

Aprovado em \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / 2010

**Banca examinadora:**

---

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, professor Elival da Silva Ramos, cuja dedicação, envolvimento e competência excepcionais têm sido imprescindíveis em meus estudos e no aprendizado do Direito Constitucional.

Aos professores Fernanda Dias Menezes de Almeida e José Reinaldo de Lima Lopes, membros da banca de qualificação, pelas inestimáveis críticas e sugestões.

Aos colegas de pós-graduação e aos colegas e alunos da monitoria de Direito Constitucional, pelas entusiasmadas discussões acerca dos temas dessa instigante e complexa ciência.

Aos meus pais, namorada e amigos.

## RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo o estudo do controle de constitucionalidade que envolve finalidades. Nesse âmbito, o trabalho pretende identificar e analisar quais as principais relações que as finalidades nutrem com as normas jurídicas e com outras finalidades; que fatores exercem influência sobre essas relações; qual a posição do legislador ordinário em face das finalidades da Constituição; e quais os tipos de raciocínio de que se vale o julgador ao lidar com fins. Para tanto, com arrimo na doutrina e na jurisprudência, a dissertação desenvolve certas distinções, tais como: finalidades contidas nas normas e finalidades justificantes das normas; normas-comando e normas-fim; valores e estados de coisas; relações conceituais e relações causais; promoção e restrição; oposição e divergência; interpretação e concretização, além de procurar estabelecer alguns critérios mínimos para a decisão no controle finalístico. Com base nos conceitos trabalhados, estuda-se o chamado “desvio de poder legislativo”. Com o fito de aplicar e exemplificar as ideias desenvolvidas, coletam-se manifestações de ministros do Supremo Tribunal Federal em litígios submetidos a sua apreciação. Relaciona-se sucintamente, por fim, o tema principal com os temas: controle incidental, efeitos da decisão e natureza da inconstitucionalidade.

**Palavras-chave:** controle de constitucionalidade; hermenêutica constitucional; interpretação teleológica; desvio de poder legislativo; Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

This dissertation aims to study the constitutionality control that involves finalities. In this extent, the work intends to identify and analyze which are the main relationships that finalities maintain with juridical norms and other finalities; which factors influence these relationships; which is the position of ordinary legislator in view of Constitution; and what kinds of reasoning the judge apply when dealing with ends. To perform this task, with the support of doctrine and jurisprudence, the dissertation develops some distinctions as: finalities contained in norms and finalities that justify norms; command-norms and end-norms; values and states of affairs; conceptual relationships and causal relationships; promotion and restriction; opposition and divergence; interpretation and concretization, besides attempting to establish some minimum criteria to the decision in finalistic control. On the basis of these concepts, the work studies the so-called “deviation of legislative power”. In order to apply and exemplify the developed ideas, there are selected some manifestations of judges from Supreme Federal Court in disputes submitted to their appreciation. At last, the dissertation briefly relates the main theme to the following themes: incidental control, decision effects and nature of unconstitutionality.

**Keywords:** constitutionality control; constitutional hermeneutics; teleological interpretation; deviation of legislative power; Supreme Federal Court.

# ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
-------------------------	----

## **CAPÍTULO I. NORMA E ESTRUTURA**

1. Norma e disposição normativa.....	18
2. Normas, disposições e legislador.....	19
3. <i>A mens legis e a mens legislatoris</i> .....	20
4. Os tipos de norma: normas-comando e normas-fim.....	22
5. Disposições, tipos de normas e interpretação.....	27
6. Pressuposto fático e condicionalidade das normas-fim.....	30

## **CAPÍTULO II. NORMA E FINALIDADE**

1. Objeto e finalidade das normas. Finalidades implícitas e explícitas.....	32
2. Interpretação, perquirição da <i>ratio</i> e concretização.....	33
2.1 A obtenção das finalidades implícitas das normas: perquirição da <i>ratio</i> .	33
2.2 A obtenção de normas-comando a partir de finalidades implícitas e normas-fim: concretização.....	34
3. Finalidades opostas e finalidades divergentes.....	39
4. A “finalidade da finalidade”.....	40
5. Finalidade da norma e finalidade do legislador.....	43
6. A finalidade comum a todas as normas.....	46
7. As funções da finalidade no controle de constitucionalidade.....	47
8. As finalidades e suas fontes.....	48
9. Controle de constitucionalidade finalístico <i>lato sensu e stricto sensu</i> .....	49
10. Finalidades da Constituição e liberdade de escolha de fins por parte do legislador.....	50

## **CAPÍTULO III. A HERMENÊUTICA E OS ELEMENTOS TELEOLÓGICO E HISTÓRICO**

1. Diretivas metodológicas da hermenêutica.....	53
2. O elemento teleológico.....	54
2.1 A importância e as limitações do elemento teleológico.....	54



2.2 A identificação da finalidade.....	56
2.3 A utilização da finalidade.....	57
2.3.1 Utilização da finalidade e níveis de liberdade do juiz.....	58
2.3.2 Utilização de finalidade de outra norma.....	61
2.4 O elemento teleológico no controle de constitucionalidade e a busca da interpretação conforme a Constituição.....	62
3. Os elementos históricos.....	64
3.1 A “occasio legis”.....	64
3.2 Os trabalhos preparatórios.....	65
3.3 O histórico do texto.....	66
3.4 Elementos históricos e finalidade.....	67

#### **CAPÍTULO IV. ADEQUAÇÃO, PROMOÇÃO E RESTRIÇÃO A FINALIDADES**

1. As duas perspectivas das finalidades.....	69
2. Relação lógico-conceitual e relação causal entre norma e finalidade.....	71
3. Promoção e restrição a finalidades.....	74
3.1 A promoção de finalidades.....	74
3.1.1 Promoção conceitual e causal pela mesma norma.....	76
3.2 A restrição a finalidades.....	77
3.2.1 Restrição por ação e restrição por omissão.....	78
3.2.2 Restrição a finalidade da Constituição e finalidade inconstitucional.....	80
3.2.3 Restrição a norma-comando?.....	82
3.2.4 Omissão legislativa e tipos de norma da Constituição.....	83
3.3 Causalidade retrospectiva e causalidade prospectiva.....	84
3.4 Promoção e restrição a finalidade pela mesma norma.....	86
4. Imunização e violação.....	87
4.1 A ponderação e a unidade da Constituição.....	89
4.1.1 Ponderação com concretização.....	91
4.2 Normas-comando e normas-fim obtidas a partir da mesma disposição?.....	92
4.3 Finalidade irrestringível? O problema da dignidade humana.....	96
5. Finalidade e adequação.....	97

## CAPÍTULO V. ALGUMAS APLICAÇÕES

1. Contribuição dos inativos.....	101
1.1 Finalidade do legislador.....	101
1.2 “Occasio legis”.....	101
1.3 Finalidade de norma-comando da Constituição.....	102
1.4 Promoção de finalidades da Constituição.....	102
2. Progressão de regime e individualização da pena.....	102
2.1 Finalidade de norma-comando da Constituição.....	103
2.2 Finalidade da norma legal.....	103
2.3 Inadequação causal.....	104
2.4 Restrição causal a finalidade da Constituição.....	104
2.5 Inadequação causal em relação à finalidade da norma legal.....	104
2.6 “Occasio legis”.....	105
3. Salário-maternidade.....	105
3.1 Restrição causal.....	106
4. Proibição de pesquisas eleitorais.....	107
4.1 Restrição causal.....	107
4.2 Inadequação causal e incorreta apreciação da realidade.....	108
4.3 Adequação causal e restrição conceitual.....	109
5. Empresas devedoras de ICMS.....	109
5.1 Restrição causal.....	109
5.2 Adequação causal.....	110
6. Importação de pneus usados.....	111
6.1 Promoção causal.....	111
6.2 Restrição conceitual <i>versus</i> promoção causal.....	112
6.3 Ausência de restrição causal ou ponderação entre restrição causal e promoção causal.....	112 113
6.4 Restrição causal.....	113
7. Manifestações públicas em Brasília.....	113
7.1 Adequação entre norma legal e sua finalidade.....	114
7.2 Descorrespondência parcial entre finalidade da norma legal e finalidade declarada pelo legislador.....	114 114
7.3 Conflito entre finalidades da Constituição.....	115

8. Expedição de diploma.....	116
8.1 Finalidade da norma.....	117
8.2 Adequação da norma.....	117
8.3 Restrição causal.....	117
8.4 Conflito entre finalidades da Constituição.....	117
9. Crise da energia elétrica.....	118
9.1 “Occasio legis” e finalidade.....	118
9.2 Restrição conceitual <i>versus</i> promoção causal.....	118
10. Postos de gasolina e farmácias.....	120
11. Bem de família do fiador.....	123
11.1 Promoção causal e restrição conceitual a finalidade da Constituição....	123
12. Taxa de matrícula em universidade federal.....	126
13. Benefício previdenciário a cônjuge masculino.....	128
13.1 “Occasio legis”.....	128
13.2 Desigualdade material e tratamento diferenciado: o papel da “occasio legis” e da finalidade.....	129
13.3 Mudança social e segurança jurídica.....	130
13.4 Inconstitucionalidade superveniente e lei ainda constitucional.....	133

## **CAPÍTULO VI. O “DESVIO DE PODER LEGISLATIVO”**

1. O abuso de direito.....	138
2. O “desvio” de poder legislativo.....	139
2.1 Violação a finalidade (ou norma-fim) constitucional genérica.....	143
2.2 Atos legislativos vinculados a matéria.....	146
2.2.1 Problema de matéria, e não de finalidade.....	146
2.2.2 Problema de violação a finalidade constitucional específica....	147
3. Irrazoabilidade interna.....	149
4. Por uma conceituação de desvio de poder legislativo.....	151

## **CAPÍTULO VII. IMPLICAÇÕES EM OUTROS TEMAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

1. Controle de constitucionalidade finalístico incidental.....	153
1.1 Controle incidental e o problema do “iter” de identificação do vício.....	153

1.2 O problema político-estrutural.....	157
2. Controle de constitucionalidade finalístico e perspectiva teleológica dos efeitos da decisão de mérito proferida no controle.....	159
3. A teoria da nulidade e o controle de constitucionalidade finalístico da lei.....	164
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>167</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>173</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA DO STF.....</b>	<b>185</b>

## INTRODUÇÃO

Talvez se possa falar, se não em uma crise, ao menos em um impasse no constitucionalismo contemporâneo, decorrente da acentuada proximidade que o conteúdo de grande parte das atuais Constituições mantém com a moral e a política, o que se faz notar, respectivamente, pela instituição de valores e pela previsão de objetivos concretos a serem atingidos.

Nascidas no seio de uma sociedade que clamava por liberdade, as primeiras Constituições escritas procuraram organizar um Estado que assegurasse aos indivíduos proteção efetiva contra ele próprio. Possibilitar a fruição das chamadas liberdades públicas figurava como a missão precípua desse Estado liberal que então se desenhava. Sem fins especiais a serem perseguidos, sem ambições acerca da sociedade civil, e sem maiores dificuldades na proteção e preservação da liberdade, propriedade e segurança individuais, o aparato estatal não exigia consideráveis complexidades em sua organização e em seu funcionamento.

Nesse panorama, o poder encarregado de exercer a função jurisdicional encontrava uma ordem jurídica que disciplinava uma organização social harmônica, zelosa de alguns poucos preceitos básicos e essenciais sobre os quais se formou um consenso mais ou menos generalizado. Por essa razão, deparava-se com conflitos para cuja resolução valia-se de instrumentos jurídicos habilmente manipuláveis.

A industrialização, o agravamento das condições de vida de grande parcela da população, as reivindicações de massa, o sufrágio universal e o crescimento da máquina estatal levaram as Constituições a progressivamente incorporarem novos conteúdos, reconhecendo uma pluralidade de valores e de objetivos a serem buscados pelo Estado.

Dessa forma, ao longo do século XX, os textos constitucionais deixam de conter apenas normas elementares de organização, aquisição, exercício e limitação do poder estatal, passando a prever *fins*. Ao fazerem-no, incorporam conflitos que antes permaneciam no âmbito das relações sociais e políticas<sup>1</sup>. De materiais, os conflitos tornam-se normativos, e de índole constitucional, pois valores e objetivos figuram agora como normas jurídicas, passíveis de serem interpretadas e aplicadas pelos órgãos jurisdicionais.

---

<sup>1</sup> É o caso da Constituição de 1988, que em muitos pontos procurou acomodar, na visão de Elival da Silva Ramos, aquilo que não é acomodável, ao mesmo tempo em que se ressentia de uma opção ideológica consistente. Cf. *Necessidade de regulamentação constitucional*, in Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito constitucional e Ciência Política, n. 18, 1997, p. 54.

Em decorrência desse novo cenário, a neutralidade da ciência jurídica, defendida com fervor por Kelsen<sup>2</sup>, passou a ser algo cada vez mais difícil e improvável diante de um objeto de estudo intrinsecamente conflituoso. O constitucionalismo se viu obrigado a absorver aquelas disparidades, de modo a reproduzir a discordância, a divergência, o impasse.

O problema, entretanto, consiste no fato de que a Constituição não pode absorver conflitos sociais para então os devolver à sociedade. A normatização daquelas tensões não pode ser uma fonte de mais conflituosidade, eis que o direito deve servir primordialmente à pacificação social. Nesse sentido, os instrumentos jurídicos que ajudem o direito a cumprir aquela função de pacificação figuram como elementos capazes de favorecer a produção de consensos.

Em tal quadro, é indiscutível que adquirem fundamental e central importância as *leis*, expressão da vontade popular, nos moldes da teoria da representação política. Respalçadas no princípio democrático, e construídas em procedimentos que visam a privilegiar a discussão e a formação do consenso, a elas pertence a missão precípua de “compreender” a Constituição, traduzindo seus valores em comandos a serem respeitados e definindo as medidas para se alcançarem os objetivos nelas previstos. Mas também é certo que, em paralelo, ganha especial relevo o *controle* sobre as leis, tendo em vista a pluralidade daquelas “novas” normas constitucionais a vincular a atividade legislativa<sup>3</sup>.

Ocorre que, enquanto operador do direito, o órgão jurisdicional encarregado do controle encontra grandes dificuldades em lidar com normas que não se parecem propriamente com comandos. Ao se deparar com valores, o julgador não está diante de proibições, obrigações e permissões, e sim de figuras abstratas que não podem ser propriamente cumpridas ou obedecidas. Mas a sua decisão final deverá expressar-se em proibições, obrigações e permissões. Ele então será constrangido a “transformar” não-comandos em comandos.

As dificuldades parecem ser ainda maiores quando estão em jogo objetivos concretos. Nesses casos, o aplicador do direito precisa levar em consideração os resultados práticos da lei.

---

<sup>2</sup> Cf., e.g., *Teoria pura do direito*, trad. João Baptista Machado, 6 ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000, pp. 395 e segs.

<sup>3</sup> Como lembra também Kelsen, “uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico”. Cf. *Jurisdição constitucional*, trad. KRUG, Alexandre; BRANDÃO, Eduardo; GALVÃO, Maria, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 179.

Não é despiciendo observar que esse raciocínio calcado na causalidade encontra hoje restrições por parte de magistrados. Quando de sua manifestação no julgamento do RE 407.688, por exemplo, o ministro Eros Grau assim afirmou: “*não estou me apegando à lógica de mercado no meu voto, mas, sim, ao que diz a Constituição*”. Por sua vez, o ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADC-MC 9, disse que não poderia votar “*sob o ângulo sociológico*”, visto que isto implicaria abandonar “*as balizas da Carta da República (...) para potencializar a correção de um mal maior, existente no Brasil, que diz respeito à distribuição da riqueza, em si, lato sensu*”.

Nesse particular, a presente dissertação objetiva demonstrar que “apegar-se à lógica de mercado” não implica desapegar-se do “que diz a Constituição”, bem como o chamado “voto sociológico” não abandona as “balizas da Carta da República”. Quando a própria Constituição tem em vista estados de coisas futuros, como o faz a Constituição pátria de 1988, conferir relevo às consequências da lei é até uma exigência constitucional. Em seus comentários à Constituição de 1946, Pontes de Miranda já atentava para o fato de que “*(...) vivemos em tempo que exige a segurança nos resultados, a confiança na eficiência e no rendimento social das próprias leis*”<sup>4</sup>.

Conforme assinala Tercio Ferraz Jr., com o Estado de Bem-Estar Social, o Poder Judiciário passa por um processo de “desneutralização política”. Isso significa que o Judiciário se torna corresponsável, juntamente com o Legislativo e o Executivo, pela promoção de objetivos concretos. O juiz não possui mais apenas a responsabilidade retrospectiva, estribada na estrita legalidade, mas também a responsabilidade prospectiva, a se preocupar com a consecução de finalidades políticas que não podem mais ser afastadas em nome da legalidade<sup>5</sup>.

A consideração dos efeitos causais – sejam eles “econômicos” ou “sociológicos” – da lei é, em verdade, processo inerente à própria atividade jurisdicional. Como chegou a afirmar Josef Esser, até mesmo na decisão jurídica “pura” não se pode excluir o pensamento orientado ao escopo<sup>6</sup>.

Em vista dessas considerações, a limitação na atuação do poder controlador não há de consistir em *impedir* a apreciação da constitucionalidade das leis com base em valores e

---

<sup>4</sup> Cf. *Comentários à Constituição de 1946*, t. I, 3 ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1960, p. 162.

<sup>5</sup> Cf. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?*, in Revista USP, n. 21, março-maio de 1994, p. 19.

<sup>6</sup> Cf. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. PATTI, Salvatore e ZACCARIA, Giuseppe, Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, p. 142.

em resultados causais, genericamente entendidos como finalidades, mas sim em estabelecer *limites* a esse modo de proceder.

Feitas tais ponderações, tem-se que a presente dissertação não pretende assumir um caráter conclusivo acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais. Pelo que se depreende já de seu título, o trabalho, ao realçar o momento do *controle*, possui objetivos bem mais discretos. O que se pretende é explicitar e definir, com maior precisão, que estruturas e tipos de raciocínio estão envolvidos na apreciação das normas sob a égide de fins. Por esse motivo, não se sustenta, *e. g.*, que a identificação de qualquer desconformidade entre norma infraconstitucional e finalidade da Constituição implique automática e necessariamente na conclusão pela existência de um vício de inconstitucionalidade<sup>7</sup>, mas sim que há em geral uma *razão* para que se chegue a tal conclusão. *Ex parte principis*, procura esboçar-se um instrumental para a argumentação finalística; *ex parte populi*, um instrumental para o controle daquela argumentação<sup>8</sup>.

A partir disso, constata-se a existência de *controle de constitucionalidade finalístico* sempre que, para a aferição da constitucionalidade de normas infraconstitucionais, forem levadas em consideração *finalidades*, sejam elas da norma legal, da disposição legal, da lei como um todo ou da Constituição. *A contrario sensu*, não haverá controle finalístico quando o processo de verificação de constitucionalidade não envolver qualquer finalidade<sup>9</sup>.

Para desenvolver esse tema, o trabalho, primeiramente, investiga a estrutura das normas constitucionais, tomando como base uma classificação dúplice quanto ao seu objeto. Procura-se sustentar que há uma distinção elementar entre normas, conforme elas instituem comandos propriamente ditos ou finalidades.

---

<sup>7</sup> Muito embora nas Conclusões do trabalho procure-se esboçar, em linhas gerais, uma tipificação de vícios.

<sup>8</sup> Consoante preceitua Aulis Aarnio, o único meio para se controlar o conteúdo das decisões jurisdicionais é a exigência de uma argumentação coerente e bem fundamentada. Cf. *Derecho, racionalidad y comunicación social*, 2 ed., Colonia del Carmen, Fontamara, 2000, p. 44. Para o autor, no Estado de Bem-Estar moderno há uma forte tendência à materialização do direito – a chamada “justiça substancial” –, da qual decorre a maior demanda por justificação das decisões e a necessidade de racionalidade discursiva e comunicativa (pp. 37 e segs.). Ainda sobre a importância da justificação, cf., do mesmo autor, *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*, in *Doxa*, n. 8, 1990, pp. 25 e segs. Há alguns autores que chegam mesmo a aproximar teoria da argumentação e teoria do direito. Nesse sentido, cf. GARCIA FIGUEROA, Alfonso, *Haciendo justicia desde el lado activo del derecho*, in *Revista de Ciencias Sociales*, n. 45, 2000, pp. 201 e segs. Sugerindo a existência de uma relação interna entre a teoria do direito e a teoria da argumentação jurídica, de forma a uma pressupor a outra, cf. ALEXY, Robert, *Derechos, Razonamiento jurídico y Discurso racional*, in *Isonomía*, n. 1, outubro de 1994, p. 37.

<sup>9</sup> Conforme nomenclatura que será adotada no decorrer do trabalho, o controle não-finalístico caracteriza-se por estarem em jogo apenas normas-comando.



Em seguida, a dissertação se volta para a análise do elemento finalístico das normas em geral. O foco recai sobre a finalidade considerada como fator fundamentador de ambos os tipos de norma inicialmente estudados.

Esses dois primeiros capítulos situam-se, de forma mais preponderante, no âmbito da dogmática analítica (ou teoria da norma)<sup>10</sup>. Seu campo de desenvolvimento é mais propriamente a *teoria do direito constitucional*, eis que a estrutura e a forma das normas constitucionais compõem o seu principal objeto de estudo<sup>11</sup>. Trata-se, em essencial, de desenvolver conceitos de direito constitucional a partir de certas construções teóricas<sup>12</sup>. Mas como toda teoria do direito é sempre uma teoria do direito positivo<sup>13</sup>, aquelas concepções serão sempre baseadas na Constituição Federal pátria.

No terceiro capítulo, as ideias se desenvolvem nos domínios da dogmática hermenêutica (ou teoria da interpretação). Cuida-se de estudar o elemento finalístico no âmbito do processo interpretativo, juntamente com os elementos históricos. O estudo da chamada “interpretação teleológica” pode ajudar a identificar até quais limites as finalidades podem servir para ampliar ou reduzir o âmbito de incidência de uma norma, com o fito de evitar a conclusão pela sua inconstitucionalidade. Já a “interpretação histórica” ganha relevo na medida em que ilumina a identificação da finalidade das normas e fornece preciosos dados para a atividade de controle da norma em face de finalidades.

As atenções se concentram, no quarto capítulo, para a relação entre norma legal e finalidades da Constituição. No âmbito dessa relação, realça-se o problema do conflito entre finalidades constitucionais. Embora haja um viés analítico, há aqui a tendência de se adentrar o campo da dogmática da decisão, em especial da teoria da aplicação, elegendo a ponderação como o método de resolução daquele conflito.

---

<sup>10</sup> Tercio Ferraz Jr. divide a dogmática jurídica em *dogmática analítica* (ou teoria da norma), *dogmática hermenêutica* (ou teoria da interpretação), e *dogmática da decisão*, que abrange a teoria da aplicação do direito e a teoria da argumentação. Cf. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 3 ed., São Paulo, Atlas, 2001, pp. 90-91; 92 e segs.; 251 e segs.; 305 e segs.

<sup>11</sup> Segundo Norberto Bobbio, enquanto a *teoria do direito* trabalha no campo da forma, a *ciência do direito* trabalha no campo do conteúdo. A primeira tem como foco os problemas relativos à constituição, funcionamento, extinção e estrutura das normas, ao passo que a segunda se volta para as questões referentes à qualificação e sistematização das hipóteses fáticas das normas. Assim, a teoria do direito procura responder à pergunta: “como é constituído o ordenamento?”; já a ciência do direito procura dar resposta a outra indagação: “o que estatuem aquelas normas que constituem o ordenamento?”. Cf. *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1955, pp. 4-6. Em esclarecedora metáfora, o autor explica que “forma” seria o complexo das normas que constitui o recipiente a ser preenchido, ao passo que “conteúdo” seria a matéria da qual o recipiente é preenchido.

<sup>12</sup> Assim J. J. Gomes Canotilho contrapõe a teoria da constituição à doutrina do direito constitucional. Cf. *Direito Constitucional*, 6 ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 131.

<sup>13</sup> Cf. BOBBIO, Norberto, *Studi (...)*, ob. cit., p. 6.

Apresentam-se, adiante, alguns exemplos reais aos quais se aplicam as ideias até então desenvolvidas. Para tanto, recorre-se a julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de sua competência para controle de constitucionalidade nas vias principal e incidental.

Em seguida, explora-se, sob a égide dos conceitos até então trabalhados, um tema de certa recorrência na doutrina e na jurisprudência – o desvio de poder legislativo.

No último capítulo, o trabalho relaciona o tema do controle de constitucionalidade finalístico aos temas da incidentalidade do controle, efeitos da decisão de mérito e natureza do vício de inconstitucionalidade.

Com isso, espera-se contribuir ao menos para suscitar algumas questões que não podem passar despercebidas naquele tópico tão importante e central no direito constitucional, que é o controle de constitucionalidade.

O impasse, enfim, não pôde ser superado. Porém, se conseguimos iluminá-lo com algumas luzes a mais, cumprimos nosso intento.

# CAPÍTULO I. NORMA E ESTRUTURA

## 1. Norma e disposição normativa

As *disposições normativas* nada mais são do que enunciados preceptivos<sup>14</sup>. Trata-se das proposições, expressas textualmente, contidas nas leis e na Constituição. Implicam uma forma de expressão linguística. Já as *normas* são os *significados* extraídos das disposições normativas. Esses significados são atribuídos àqueles enunciados mediante o processo interpretativo: eles são o produto da interpretação dos enunciados preceptivos<sup>15</sup>.

As disposições são, assim, fórmulas linguísticas textuais, ao passo que a norma é a disposição interpretada<sup>16</sup>. Enquanto a disposição aparece como “*o aspecto formal, a veste exterior, o invólucro da lei*”, a norma é o próprio conteúdo da lei, “*o preceito que é inserido, encapsulado no dispositivo*”<sup>17</sup>.

Em sede jurisprudencial, esse entendimento também é adotado pelo STF, conforme se observa na decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello nos autos do AI 401.337: “*Ninguém ignora que a lei nada mais é do que a sua própria interpretação, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...)*”.

No mesmo sentido, transcreve-se parte da ementa do RE-AgR 258.088, relator min. Celso de Mello:

O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade. A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa.

---

<sup>14</sup> Alessandro Pizzorusso chama as disposições de “proposições normativas contidas nos textos que resultam de uma fonte-ato”. Cf. *Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano*, in Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n. 3, maio-agosto de 1989, p. 282. É de nossa inteira responsabilidade a tradução das expressões e frases de obras consultadas em idioma estrangeiro presentes nesta dissertação.

<sup>15</sup> Cf. TARUFFO, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975, pp. 231 e 249. No mesmo sentido, cf. COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico – elementos para un modelo*, Colonia del Carmen, Fontamara, 1999, pp. 30 e segs.; GUASTINI, Riccardo, *Das fontes às normas*, trad. BINI, Edson, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 300 e segs. Cf. tb. BULYGIN, Eugenio, *Sobre el problema de la aplicabilidad de la logica al derecho* (prólogo), in KELSEN, Hans e KLUG, Ulrich, *Normas jurídicas y analisis logico*, trad. Betegón, Jerónimo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 20 e segs. Para este último autor, enquanto as proposições normativas possuem sentido descritivo, as normas possuem sentido prescritivo.

<sup>16</sup> Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo, *Le decisioni delle questioni di legittimità costituzionale sulle leggi*, in BESSONE, Mario e GUASTINI, Riccardo, *La regola del caso – materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, Cedam, 1995, p. 432.

<sup>17</sup> Cf. ITALIA, Vittorio, *La fabbrica delle leggi*, Milão, Giuffrè, 1990, pp. 5-6.

Com isso, tem-se que a interpretação é condição inafastável para a identificação de qualquer norma<sup>18</sup>. O texto constitucional e os textos legais desempenham o papel de material bruto com o qual trabalhará o intérprete.

## 2. Normas, disposições e legislador

A distinção entre norma e disposição normativa permite afirmar que *o legislador edita disposições normativas*. Sendo as normas o resultado da interpretação de disposições normativas, constituindo assim os significados destas, não podem elas figurar como o objeto do ato de edição, que é sempre e invariavelmente um texto, muito embora este forneça as balizas para a interpretação (a norma encontra no texto os seus limites). Enquanto as disposições são produto do legislador, as normas são produto do intérprete, com a ressalva de que a atuação deste é condicionada – e limitada – pela atuação do primeiro.

Note-se que, mesmo que todas aquelas pessoas que concorrem para a edição do ato legislativo possuíssem exatamente a mesma interpretação das disposições normativas que o compõem, isso não implicaria que elas estivessem “editando um significado” consensual. O *significado* é uma categoria puramente abstrata, existente apenas no interior dos sistemas psicológicos, e por isso, insusceptível de materializar-se<sup>19</sup> e figurar como predicado dos verbos regedores de ações humanas externas, tais como “editar”, “promulgar” etc.

---

<sup>18</sup> Cf. NAVARRO, Pablo, *Acerca del razonamiento juridico*, in Revista de Ciencias Sociales, n. 45, 2000, p. 79.

<sup>19</sup> Em verdade, mesmo os enunciados que procuram traduzir os significados de outras palavras não se confundem com esses significados. As normas, enquanto significado, não são as palavras que as enunciam. Quando o intérprete obtém o significado ou os significados de uma disposição normativa, e os procura expressar por meio de palavras, tais enunciados não serão significados, e poderão ser objeto de nova interpretação, com a possibilidade de se obterem outros significados. Uma das principais críticas que se faz ao instituto da súmula vinculante tem base precisamente nessas ideias: a súmula, enquanto produto da interpretação de certos enunciados normativos, embora tente eliminar as demais interpretações da(s) disposição(ões) a que se refere, figurará ela própria, enquanto enunciado, como objeto de novas interpretações. Em termos figurativos, ela “fecha uma válvula e abre outra”. No mesmo sentido, cf. STRECK, Lenio Luiz, *Comentários à reforma do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. 196 e segs. Para esse autor, “(...) no plano da hermenêutica, em que se trabalha com uma perspectiva produtora de sentido, e não reprodutora, e que a cada interpretação faz-se uma nova atribuição de sentido, é evidente que também as súmulas e as decisões que as aplicarem acriticamente deverão ser interpretadas. Do mesmo modo como as leis (textos) não são claras, as decisões que se pretendem universalizantes como as súmulas também não o são...!” (p. 197).

### 3. A *mens legis* e a *mens legislatoris*

Obviamente, os legisladores, ao editarem disposições normativas, podem possuir seu próprio entendimento a respeito delas, atribuindo-lhes determinado significado. A esse respeito, antiga discussão tinha como objeto saber qual significado deveria predominar na aplicação da lei: aquele que emana do próprio enunciado, ou aquele atribuído por quem produzira o enunciado?

Para a linha subjetivista, o sentido da lei restará na vontade do legislador. O que vale, assim, é aquele significado que o legislador tinha em mente ao editar as disposições normativas.

Essa concepção encontra graves problemas em seu caminho. Em primeiro lugar, a vontade do legislador histórico, frequentemente, não é passível de ser conhecida. Além disso, havendo intervenção de várias pessoas na feitura da lei, qual das diferentes intenções, algumas das quais possivelmente divergentes entre si, será considerada a intenção do legislador<sup>20</sup>? No dizer de Ferrara, o conceito da lei se projeta “*diversamente no espírito dos votantes, e não é legítimo supor que haja neles um intento único*”<sup>21</sup>.

Já para a linha objetivista, o sentido da lei advém dela própria, não estando condicionado pelo intento do legislador histórico<sup>22</sup>. A atividade do intérprete da lei é autônoma em relação à atividade de quem a produziu. O conteúdo da disposição se desprende do ato de vontade do qual se originou.

A doutrina hodierna tem se guiado pela predominância da orientação objetivista, de forma a acentuar incisivamente que a “vontade da lei” prevalece sobre a “vontade do legislador”. Resumindo esse entendimento, Geraldo Ataliba preceitua: “*A Constituição não é o que os constituintes quiseram fazer; é muito mais que isso: é o que eles fizeram. A lei é mais sábia que o legislador*”<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira, *O direito – introdução e teoria geral*, 2. ed., Rio de Janeiro – São Paulo, Renovar, 2001, p. 413. O autor aduz que a lei “é uma fórmula produzida para vigorar aí [na ordem social], e cujo sentido é condicionado pela repercussão que tem nessa ordem. Essa integração da lei na ordem social importa o apagamento do legislador após o ato de criação normativa” (p. 414). Carlos Maximiliano comunga de posição semelhante: “É bem possível haverem alguns congressistas aceitado um dispositivo por uma razão, outros por outra, e terem, aliás, todos achado que, tal como foi redigido, satisfazia às suas aspirações. Ainda mesmo que se apurasse, com segurança, o intuito dos constituintes, êste não prevaleceria contra a letra expressa da lei”. Cf. *Comentários à constituição brasileira*, 4. ed., Rio de Janeiro – São Paulo, Freitas Bastos, 1948, p. 131.

<sup>21</sup> Cf. *Interpretação e aplicação das leis*, trad. Andrade, Manuel, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1940, p. 42.

<sup>22</sup> Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira, *O direito (...)*, ob. cit., p. 414.

<sup>23</sup> Cf. *Revisão constitucional*, in *Revista de Informação Legislativa*, n. 110, abril-junho de 1991, p. 87. No mesmo sentido, cf. FERRARA, Francesco, *Interpretação (...)*, ob. cit., pp. 28 e segs.

Todavia, a prevalência da orientação objetivista não exclui a utilidade de se indagar acerca das intenções do legislador. Como ensina Carlos Maximiliano, a “vontade do legislador” pode auxiliar na interpretação da norma, em especial quando ajude a revelar a sua finalidade:

(...) os projetos de estatuto básico, os debates parlamentares, as emendas e os votos vencedores ou vencidos na Constituição, as discussões contemporâneas da grande assembléia e as revelações desapaixonadas de testemunhas dos trabalhos legislativos completam a história de um dispositivo, consideram-se elementos aproveitáveis para interpretar o código fundamental, sobretudo quando claramente indicam o fim, o objetivo de um determinado preceito ou norma suprema<sup>24</sup>.

O STF também assume tal postura, dando precedência à doutrina objetivista, mas admitindo de forma acessória a investigação das intenções do legislador. Nesse sentido, manifesta-se o min. Celso de Mello no AI 401.337:

É preciso advertir, neste ponto, que a "mens legislatoris" representa fator secundário no processo hermenêutico, pois, neste, o que se mostra relevante é a indagação em torno da "mens legis", vale dizer, a definição exegética do sentido que resulta, objetivamente, do texto da lei. (...)

Em suma: a lei vale por aquilo que nela se contém e que decorre, objetivamente, do discurso normativo nela consubstanciado, e não pelo que, no texto legal, pretendeu incluir o legislador, pois, em havendo divórcio entre o que estabelece o diploma legislativo ("mens legis") e o que neste buscava instituir o seu autor ("mens legislatoris"), deve prevalecer a vontade objetiva da lei, perdendo em relevo, sob tal perspectiva, a indagação histórica em torno da intenção pessoal do legislador<sup>25</sup>.

O que o mesmo STF ressalta é a importância de se distinguir quando se está fazendo referência a uma ou a outra *mens*. É o que se verifica na manifestação do ministro Nelson Jobim no HC 82.959:

Tenho muita dificuldade quando, nas fundamentações de alguns juristas, se faz referência ao que o legislador quis fazer ou deixou de fazer, inventando certas premissas que absolutamente não existem. Seria que os nossos juristas, quando examinassem as questões dos legisladores, tivessem a paciência de perquirir o que realmente aconteceu no seio da Câmara e do Senado.

(...)

[Essa metáfora da vontade da Lei e do legislador], às vezes, transforma-se em um argumento retórico de uma mera manifestação individual, quando se atribui a terceiro, ou seja, ao processo legislativo em que as considerações não são absolutamente essas que ocorrem. É bom ter presente, principalmente, quando se fala, por exemplo, em

---

<sup>24</sup> Cf. *Comentários* (...), ob. cit., pp. 130-131.

<sup>25</sup> No mesmo sentido, cf. RE-AgR 503.402 (relator min. Cezar Peluso) e RE 2.012 (relator min. Orosimbo Nonato).

situações que se fez ou se deixou de fazer algo. É bom que se tenha a humildade, nessas condições, de examinar, na verdade, o que se passou dentro do Congresso.

Recorrendo, enfim, ao magistério da doutrina, pode afirmar-se que, mesmo que a lei “*encontre nos trabalhos preparatórios uma falsa justificação, ou que lá apareça desvirtuado o seu espírito*”, não é por tal motivo que “*o intérprete será vinculado pelas considerações errôneas ou limitadas dos redactores da lei, antes deverá apreciar a norma no seu valor objectivo, e em conexão com o sistema do direito*”<sup>26</sup>.

#### **4. Os tipos de norma: normas-comando e normas-fim**

O desenvolvimento subsequente do presente trabalho toma como base a distinção entre duas espécies de normas: a *norma-fim* e a *norma-comando*.

De uma maneira genérica, a diferença essencial entre essas duas normas reside em seu objeto: as normas-fim instituem *finalidades*, ao passo que as normas-comando instituem *ações*. A principal base teórica para tal afirmação advém da diferenciação que Georg Henrik von Wright faz entre, de um lado, normas concernentes à ação e à atividade, e de outro, normas que concernem a coisas “*que devem, ou podem, ou não têm que ser*”<sup>27</sup>.

As normas-comando impõem sempre um comportamento a ser seguido, ou então a abstenção de um comportamento. Trata-se de regulações de conduta expressas por meio de proibições, permissões e obrigações contidas na norma. A sua preocupação recai sobre um agir, seja para considerá-lo devido, seja para tê-lo como indevido. O que importa para elas é a obediência a seus comandos por parte de seus destinatários, exteriorizada por meras ações e omissões, e não os objetivos, os fundamentos ou os resultados dessa obediência.

O esquema dessas normas que regulam ações pode ser assim representado: “se ocorrem uma série de propriedades X (que configuram um caso genérico), então é obrigatório (proibido, permitido) realizar a ação Y”. Trata-se de uma norma a estabelecer que, ocorrendo certas condições de aplicação, alguém deve, pode ou está obrigado a realizar uma determinada ação<sup>28</sup>. Também nesse sentido é a definição de Lourival Vilanova:

---

<sup>26</sup> Cf. FERRARA, Francesco, *Interpretação (...)*, ob. cit., pp. 43-44.

<sup>27</sup> Cf. *Norma y acción*, trad. GARCIA FERRERO, Pedro, Madrid, Tecnos, 1970, pp. 32 e segs.

<sup>28</sup> Cf. ATIENZA, Manuel, *Argumentación y Constitución*, in XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madri, 28-30 de março de 2007, pp. 33-34. Texto disponível em [[http://www2.uah.es/filder/manuel\\_atienza.pdf](http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf)].

(...) a norma jurídica compõe-se de uma hipótese e de uma conseqüência. A hipótese descreve um fato de possível ocorrência (fato natural ou conduta). Depois, liga uma conseqüência que ordinariamente tem como referente a conduta humana. A conseqüência é prescritiva: proíbe, permite, obriga, faculta – o que só é possível sobre a conduta. Nem a hipótese prescreve, nem a conseqüência descreve fatos<sup>29</sup>.

Já as normas-fim impõem uma finalidade a ser perseguida<sup>30</sup>. Elas exigem que certo fim seja visado e buscado, instituindo um direcionamento imperativo, um norte que deve ser seguido. Porém, embora estabeleçam fins ideais a serem alcançados, as normas-fim não determinam – ao menos diretamente – as condutas a serem seguidas para o atendimento destes fins<sup>31</sup>. Nessa dimensão geral, não importa se esses fins efetivamente ainda não foram atingidos, ou se já o foram em apenas certa medida, ou mesmo se já foram satisfatoriamente alcançados. Trata-se de uma conceituação puramente normativa, que exclui qualquer apreciação envolvendo a realidade fática sobre a qual incidem as normas.

As normas-fim possuem um esquema diverso das normas-comando. Seguindo o esquema de Atienza, elas preveem que, ocorrendo determinadas condições, alguém deve praticar uma ação (não indicada na norma) que conduza àquele fim<sup>32</sup>. Já seguindo o esquema de Guastini, a formulação seria categórica, ou seja, sem a previsão de qualquer hipótese fática, de forma incondicional<sup>33</sup>.

Seja de um esquema ou de outro, o que importa para a caracterização das normas-fim é a previsão de um fim a ser perseguido. E conforme se verificará adiante, a partir da Constituição de 1988 podem ser identificadas normas-fim de ambos os esquemas.

Nesse diapasão, enquanto as normas-comando assumem certas características daquelas normas que parte da doutrina do direito constitucional recente identifica como *regras*, as normas-fim comportam características dos chamados *princípios*<sup>34</sup>. Fazendo analogia a construções elaboradas por Robert Alexy, é possível afirmar que há uma distinção estrutural e qualitativa entre normas-comando e normas-fim. As primeiras são

---

<sup>29</sup> Cf. *Causalidade e relação no direito*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 15.

<sup>30</sup> Nesse sentido, Riccardo Guastini assinala que uma norma com estrutura teleológica é uma norma que prescreve um fim a ser perseguido. Cf. *Concepciones de las fuentes del derecho*, in *Isonomia*, n. 11, outubro de 1999, p. 170.

<sup>31</sup> Cf. ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 5. ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 63 e 71, que atribui aos princípios a característica indicada.

<sup>32</sup> Cf. *Argumentación (...)*, ob. cit., p. 34.

<sup>33</sup> Cf. *I principi nel diritto vigente*, in BESSONE, Mario e GUASTINI, Riccardo, *La regola (...)*, ob. cit., p. 119.

<sup>34</sup> Embora se utilize de algumas características dessas figuras, a nomenclatura “regras/princípios” foi afastada no presente trabalho por dois motivos principais. Em primeiro lugar, está a indefinição conceitual dessas figuras, ante a imensa pluralidade de definições. Em segundo, tem-se que nem todas as características normalmente atribuídas às regras e aos princípios pertencem, necessariamente, às normas-comando e às normas-fim. O trabalho, dessa forma, não pretendeu “inventar” novos nomes para figuras que já possuíam nomenclatura.



normas que “só podem ser cumpridas ou não”<sup>35</sup>. Na linguagem de Dworkin, são normas aplicadas à maneira “tudo ou nada”<sup>36</sup>: ou aplicam-se integralmente, ou definitivamente não se aplicam.

Por sua vez, as normas-fim podem ser implementadas em diferentes medidas, dependendo das possibilidades jurídicas e reais existentes.<sup>37</sup> Em verdade, elas constituem razões que sustentam uma determinada direção<sup>38</sup>.

De um lado, as normas-comando são indefectíveis, pois estabelecem de maneira completa os fatos em presença dos quais se produzirá a consequência jurídica, bem como as exceções em presença das quais essa consequência não se produzirá. Já as normas-fim são defectíveis, eis que não estabelecem exaustivamente todas as condições de aplicação da consequência jurídica nelas tratada, ou não enumera todas as exceções<sup>39</sup>.

Com isso, enquanto as condições de aplicação das normas-comando já se encontram nelas determinadas, de forma fechada, as condições de aplicação das normas-fim são conformadas por propriedades indeterminadas, abertas<sup>40</sup>.

Quanto à precisão, as normas-comando, tal como se afirma em relação às regras, revelam-se estruturalmente precisas, pois são susceptíveis de aplicação aos casos concretos, enquanto premissa maior no silogismo jurisdicional. Diferentemente, as normas-fim, à semelhança do que se entende nos princípios, são normas estruturalmente vagas. Isso porque, além de exigirem a criação de normas de “concretização” para lhes conferir a capacidade de resolver os casos concretos, podem ser executados ou concretizados de várias maneiras diferentes e alternativas<sup>41</sup>.

---

<sup>35</sup> Cf. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madri, Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002, pp. 86-87.

<sup>36</sup> Cf. *The model of rules*, in *The University of Chicago Law Review*, v. 35, n. 1, 1967, p. 26.

<sup>37</sup> Falando em “ordens de otimização”, cf. ALEXY, Robert, *Teoría (...)*, ob. cit., pp. 86-87.

<sup>38</sup> Cf. DWORKIN, Ronald, *The model (...)*, ob. cit., p. 26.

<sup>39</sup> Sobre essas características das regras e dos princípios, cf. GUASTINI, Riccardo, *Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique*, in COMANDUCCI, Paolo e GUASTINI, Riccardo (org.), *Análisi e Diritto 2007*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, p. 3.

<sup>40</sup> Características indicadas por ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan, *Sobre principios e reglas*, in *Doxa*, n.º 10, 1991, pp. 108-110.

<sup>41</sup> Cf. GUASTINI, Riccardo, *Les principes (...)*, ob. cit., p. 3. Essa dimensão finalística dos princípios, que aqui apresentam as características das normas-fim, é enfatizada por Robert Alexy, segundo o qual uma argumentação sobre a base de princípios é uma argumentação teleológica. Cf. *Teoria della argomentazione giuridica*, trad. MAZZONI, Cosimo e VARANO, Vincenzo, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1998, p. 193. Embora a critique severamente pela abertura moral que ocasiona no direito, Jürgen Habermas também percebe tal orientação finalística na teoria dos princípios, que assumem para ele o caráter de valores. Cf. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*, trad. SIEBENEICHLER, Flávio Beno, v. I, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 314 e segs. Da mesma forma, para Guastini, “muitos princípios (se não todos) são normas teleológicas. Em outras palavras, eles se distinguem das (outras) regras de conduta pelo fato de que não prescrevem um preciso comportamento, mas recomendam um fim, que para se conseguir ou realizar, os destinatários podem escolher entre uma pluralidade de comportamentos alternativos (tanto quanto são os

Sob o ponto de vista da teoria da argumentação, normas-comando e normas-fim figuram como diferentes tipos de razões substantivas. Conforme anota Neil MacCormick, a argumentação prática, que compõe o espaço das razões substantivas, divide-se em argumentação teleológica e argumentação deontológica. O argumento teleológico ocorre quando uma razão para agir ou não agir de determinada forma tiver em vista o que ocasionará o agir ou o não agir. Sendo F um fim valioso, e sendo a ação A um meio de se atingir F, a prática de A representa uma razão teleológica. Já o argumento deontológico é tomado como uma razão em si mesma, uma razão final, enquanto valor não justificado, recorrendo às noções do que deve e o que não deve ser feito<sup>42</sup>. Com base nessa classificação, pode afirmar-se que, sob o ângulo da argumentação, normas-comando e normas-fim assumem no raciocínio jurídico, enquanto justificativas para a ação, os lugares do argumento deontológico e do argumento teleológico, respectivamente.

Essas ideias reproduzem-se de forma mais ou menos semelhante na doutrina de outros ramos do direito. Nesse sentido, a distinção entre normas-comando e normas-fim ganha paralelo bastante significativo na classificação que a civilística faz entre obrigações de meio e obrigações de resultado.

Toda prestação possui em geral dois elementos: um objetivo, que é o bem ou resultado, não necessariamente material, a ser produzido em benefício do credor; e um subjetivo, que é o comportamento do devedor em vista deste resultado. A distinção terá importância quando o resultado depender normalmente de fatores estranhos ao devedor, ou seja, quando houver aleatoriedade do resultado esperado, caso em que este resultado final não comporá o vínculo. Neste caso, a prestação se resumirá ao “*comportamento diligente e honesto do devedor em vista da obtenção desse resultado*”<sup>43</sup>.

---

meios empregáveis para conseguir o fim previsto). Cf. *I principi (...)*, ob. cit., p. 118. Associando princípios a valores, cf. tb. POLETTI, Ronaldo, *Controle da constitucionalidade das leis*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 182; CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional*, 6. ed., Coimbra, Almedina, 1996, p. 169. Essa associação também se encontra, embora não exatamente nos termos deste trabalho, em CARVALHO, Paulo de Barros, *O princípio da segurança jurídica*, in Revista da APG, n. 3, janeiro-março de 1993, pp. 122 e segs. De certa forma, a associação também é feita pelo ministro Eros Grau na ADPF 101: “Os princípios são normas, mas quando estão em conflitos com eles mesmos são valores”. O mesmo ocorre na ADC-MC 12, em que o ministro Celso de Mello afirma que os princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa são “erigidos à condição de valores fundamentais pela Carta Política (...)”.

<sup>42</sup> Cf. *Argumentation and Interpretation in Law*, in Ratio Juris, v. 6, n. 1, março de 1993, p. 17.

<sup>43</sup> Cf. COMPARATO, Fábio Konder, *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, pp. 534-535.

Assim, enquanto as obrigações de meio implicam “*uma atividade concreta do devedor, por meio do qual faz o possível para cumpri-las*”, nas obrigações de resultado “*o cumprimento só se verifica quando o resultado é atingido*”<sup>44</sup>.

Semelhante a esta, é a distinção que Tercio Ferraz Jr. faz entre *programação condicional* e *programação finalística*. Na primeira, o que vinculam são certas condições a serem obedecidas, independentemente dos fins a serem atingidos com essa obediência. Já na validação finalística, o alcance de certos fins é que é tornado vinculante, independentemente dos meios a serem utilizados para atingi-los<sup>45</sup>. Na primeira, o que importa é o correto emprego dos meios previstos, ao passo que, na segunda, o importante é o resultado<sup>46</sup>.

Quando aplicada ao direito constitucional, entretanto, aquela classificação do direito civil merece uma correção. Isso porque as normas-fim não impõem necessariamente a obrigação de *atingir* ou *alcançar* um resultado determinado, mas sim de *perseguir-lo* ou *promovê-lo*. Não é possível tratar uma obrigação estatal, com todas as suas complexidades, da mesma forma que se trata uma obrigação de direito privado, geralmente contratual.

De outra feita, também no direito penal assiste-se à referência ao desvalor da ação, enquanto censura ao ato em si, e ao desvalor do resultado, enquanto censura às consequências do ato<sup>47</sup>. Tais conceitos servem de base à diferenciação entre crimes formais e de mera conduta, de um lado, e crimes de resultado, de outro.

Sob outro plano, ainda em direito penal, classificam-se os delitos em função do *bem jurídico* objeto da respectiva tutela penal. De acordo com esse ponto de vista teleológico, a tipificação de cada conduta delitiva visa a proteger um determinado valor. A norma penal proibitiva de conduta passa a ser um meio – intimidatório e educativo – para se alcançar certo fim: a proteção daquele valor constituído pelo bem jurídico<sup>48</sup>.

Em processo civil, faz-se pertinente a distinção entre objeto imediato e objeto mediato do pedido. O primeiro consiste no provimento jurisdicional pretendido do juiz,

---

<sup>44</sup> Cf. GOMES, Orlando, *Obrigações*, 2. ed., Rio de Janeiro – São Paulo, Forense, 1968, p. 28. Luigi Mengoni chama as obrigações de meio de “obrigações de simples comportamento”. Cf. *Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’*”, parte I, in *Rivista de Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazione*, Primeira Parte, Milão, 1954, p. 192.

<sup>45</sup> Cf. *Interpretação das normas constitucionais*, in QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (coord.), *Direito constitucional brasileiro – perspectivas e controvérsias contemporâneas*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 167.

<sup>46</sup> Cf. *Teoria da norma jurídica*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, pp. 109-110.

<sup>47</sup> Sobre esses termos, cf. PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, v. I, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 291.

<sup>48</sup> Cf. HABA, Enrique P., *Esquemas metodológicos en la interpretación del derecho escrito*, Caracas, Sucre, 1972, p. 89.

podendo figurar como tutela executiva, tutela mandamental e tutelas do processo de conhecimento – sentenças condenatória, constitutiva e declaratória. Note-se que a referência é sempre a *atos* do juiz, que executa, expede ordens, condena, constitui e declara. Já o objeto mediato é o bem da vida a ser outorgado mediante o provimento. São todas as *coisas* (bens materiais, móveis e imóveis), *situações* relevantes para o direito (bens imateriais, como a liberdade ou o estado de casado) e *pessoas* susceptíveis de ser objeto de relação jurídica (como quando se trata de exercer sobre elas o pátrio-poder)<sup>49</sup>.

No âmbito da teoria geral do direito, enfim, a dualidade que aqui se pretende afirmar encontra expressão nas palavras de Norberto Bobbio:

A função de um ordenamento jurídico não é unicamente a de controlar o comportamento dos indivíduos (...), mas também a de canalizar os comportamentos em direção a certos objetivos previamente estabelecidos. (...) hoje é mais correto definir o direito, sob o ponto de vista funcional, como forma de controle e de direção social<sup>50</sup>.

Em sede de controle de constitucionalidade, as normas-comando e as normas-fim passíveis de serem obtidas a partir da Constituição servem, não como normas dirigidas à regulação de atos de particulares<sup>51</sup>, mas como normas dirigidas à regulação de atos legislativos. Dessa feita, está-se diante de normas-comando e normas-fim da Constituição incidindo sobre normas-comando e normas-fim da lei.

## **5. Disposições, tipos de normas e interpretação**

Considerando-se que a norma é o produto da interpretação de uma disposição, há de se considerar a existência de dois tipos de interpretação, uma guiada para a obtenção de norma-comando e outra guiada para a obtenção de norma-fim.

Há disposições cuja interpretação permite apenas a identificação de norma(s)-comando e disposições que apenas permitem a identificação de norma(s)-fim. Tais disposições podem ser chamadas, respectivamente, de *disposições-comando* e *disposições-fim*.

---

<sup>49</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. I e II, 5. ed., São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 36 e 118-119, respectivamente.

<sup>50</sup> Cf. *Hacia una teoría funcional del Derecho*, trad. CARRIÓ, Genaro, in CARRIÓ, Genaro (org.), *Derecho, Filosofía y Lenguaje – homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Ástrea, 1976, p. 30.

<sup>51</sup> Anote-se que a moderna doutrina do direito constitucional revela uma tendência a admitir a aplicação direta das normas constitucionais às relações entre particulares. Cf., nesse sentido, GUASTINI, Riccardo, *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, in CARBONELL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2. ed., Madri, Trotta, 2005, pp. 55-56.

Na Constituição de 1988, pode notar-se a existência de disposições que permitem apenas interpretação guiada para a obtenção de uma norma-fim (as disposições-fim). Nestes casos, a própria estrutura gramatical das disposições impede que delas seja abstraída, apenas por interpretação, uma norma-comando. É o caso do art. 3º, incisos I a IV<sup>52</sup>; do art. 170, *caput* e incisos I a IX<sup>53</sup>; do art. 215, § 3º e incisos I a V<sup>54</sup>. Trata-se de uma referência direta a objetivos e valores a serem perseguidos.

No plano legal, pode-se também constatar a presença deste tipo de disposições. A título de exemplo, tomem-se os arts. 2º e 4º da Lei 6.938/81<sup>55</sup>, que dispõe sobre a política nacional do meio-ambiente, e o art. 1.228, § 1º do Código Civil<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

<sup>53</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

<sup>54</sup> “Art. 215. (...) § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II produção, promoção e difusão de bens culturais; III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV democratização do acesso aos bens de cultura; V valorização da diversidade étnica e regional.

<sup>55</sup> “Art. 2º. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo; II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais; IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas; V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras; VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais; VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental; VIII - recuperação de áreas degradadas; IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação; X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

(...)

Art. 4º. A Política Nacional do Meio Ambiente visará: I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; II - à definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; III - ao estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais; IV - ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais; V - à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico; VI - à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida; VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

Não obstante todas essas normas-fim exijam normas-comando que as promovam, a identificação de quais sejam tais normas, conforme se verificará adiante, depende de um processo diverso da interpretação.

Por outro lado, há disposições na Constituição de 1988 das quais apenas se podem obter normas-comando (são as disposições-comando). Isso porque, estruturalmente, não há espaço para que a interpretação encontre normas cujo objeto sejam finalidades. É o caso, *e. g.*, do art. 5º, incisos II, III, VIII, XI, XX, XLVII<sup>57</sup>; as disposições do Título III, Capítulo I: Da Organização Político-Administrativa; as disposições do Título IV, Capítulo I, Seção I: Do Congresso Nacional, e Seção VIII, Subseção II: Da Emenda à Constituição.

Isso não significa que não se possa encontrar a *finalidade* das normas-comando obtidas a partir dessas disposições, eis que toda norma deve possuir uma finalidade. Mas essa finalidade não é uma norma-fim, e também não é obtida por interpretação, conforme se defenderá no próximo capítulo.

Quanto a ambos os tipos de normas, cabe observar que, a partir de normas-fim mais genéricas, podem ser extraídas, por interpretação, outras normas-fim mais específicas, da mesma forma que, a partir de normas-comando mais genéricas, podem ser extraídas, também por interpretação, outras normas-comando mais específicas<sup>58</sup>. Nesse processo interpretativo de identificação de normas a partir de outras normas verifica-se a chamada “subsunção genérica” – por oposição à “subsunção individual” presente na aplicação da lei ao caso concreto. O que interesse nesse tipo de operação é saber se um determinado predicado está incluído em outro<sup>59</sup>.

Na ADI 3.105, há um exemplo de normas-fim obtidas a partir de outras normas-fim, conforme se observa da manifestação do ministro Gilmar Mendes acerca de um dos princípios que regem o sistema constitucional de previdência social:

---

<sup>56</sup> “Art. 1.228. (...) § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

<sup>57</sup> “Art. 5º. (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...) VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (...) XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (...) XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado; (...) XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; (...)”.

<sup>58</sup> Entretanto, apenas por interpretação, não é possível obter uma norma de tipo diferente daquela sobre a qual recaiu a primeira interpretação.

<sup>59</sup> Os termos são de José Juan Moreso. Cf. *Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional*, in *Doxa*, n. 23, 2000, pp. 106-107.

O princípio do “equilíbrio financeiro e atuarial” contém basicamente duas exigências. A primeira impõe que as receitas sejam no mínimo equivalentes aos gastos, e aqui temos o denominado equilíbrio financeiro. A segunda exigência, relativa ao equilíbrio atuarial, determina a adoção de correlação entre os montantes com que contribuem os segurados e os valores que perceberão a título de proventos e pensões.

Note-se que, ao que parece, o ministro primeiramente obteve do art. 40, *in fine*, da CF<sup>60</sup> duas normas-fim (o *equilíbrio financeiro* e o *equilíbrio atuarial*). Em seguida, o ministro perquiriu o significado daquelas normas-fim, do que resultaram outras duas normas-fim – a equivalência entre receitas e gastos e a correlação entre os montantes de contribuição e de benefícios –, constituindo dois objetivos a serem alcançados pela política fiscal do governo no âmbito previdenciário.

Expostas essas questões, ainda surge uma indagação crucial. Existem disposições que permitem a identificação tanto de normas-comando quanto de normas-fim? Pede-se aqui a vênia do leitor para se discutir este problema em outro capítulo<sup>61</sup>, ante a necessidade de se explorarem alguns conceitos importantes para uma compreensão mais ampla do tema.

## 6. Pressuposto fático e condicionalidade das normas-fim

Como já vislumbrado anteriormente, podem ser obtidas, a partir da Constituição de 1988, tanto normas-fim *condicionais* quanto *incondicionais*.

As primeiras condicionam a perseguição de um fim, por parte do legislador ordinário, à existência de certas situações fáticas. Nestes casos, a norma contém uma hipótese fática, que é a previsão abstrata de uma situação empírica<sup>62</sup>. O legislador só deverá perseguir a finalidade instituída pela Constituição quando reconhecer a existência efetiva daquela situação na realidade fática.

---

<sup>60</sup> “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, *observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo*” (grifos nossos).

<sup>61</sup> Cf. Capítulo IV, Item 4.2.

<sup>62</sup> É o que Celso Antônio Bandeira de Mello, no plano das leis, chama de “motivo legal”. Cf. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 87.

Embora não se relacione à atividade legislativa, a norma-fim obtida a partir do art. 136<sup>63</sup>, por exemplo, é condicional, pois possui uma hipótese fática – ordem pública ou paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza – e uma finalidade a ser buscada – preservação ou pronto restabelecimento, em locais restritos e determinados, da ordem pública ou da paz social. Note-se ainda que a Constituição, utilizando-se de normas-comando, relaciona taxativamente, em seguida, os meios de que se deverá valer o Presidente da República para a persecução daquela finalidade<sup>64</sup>.

De outra feita, nas normas-fim incondicionais, a Constituição institui uma finalidade sem qualquer referência aos pressupostos fáticos na presença dos quais ela deva ser perseguida. É o caso do já citado art. 215, em que são finalidades a serem incondicionalmente visadas: a defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; a produção, promoção e difusão de bens culturais; a formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; a democratização do acesso aos bens de cultura; e a valorização da diversidade étnica e regional.

O fato de as normas-fim não possuírem uma *hipótese fática* prevista, entretanto, não impede, como se verá adiante, que normas infraconstitucionais perseguidoras destes fins tenham sua constitucionalidade finalisticamente controlada em razão de problemas em seus *pressupostos fáticos* (“occasio legis”).

---

<sup>63</sup> “Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza”.

<sup>64</sup> “Art. 136 (...) § 1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes”.



## CAPÍTULO II. NORMA E FINALIDADE

### 1. Objeto e finalidade das normas. Finalidades implícitas e explícitas

Todas as normas possuem objetos e finalidades.

O *objeto* da norma é sempre interno a ela. Trata-se da conduta, do valor ou do estado de coisas<sup>65</sup>, abstratamente previstos, sobre os quais dispõe a norma. O objeto das normas-comando são ações, enquanto que o objeto das normas-fim são finalidades.

Já a *finalidade* da norma é o seu fator justificante, a sua razão de ser, o seu objetivo a ser alcançado. As normas-comando e as normas-fim, mesmo as constitucionais, são sempre fundamentadas por uma ou mais finalidades<sup>66</sup>, que vêm a ser o seu valor inspirador ou o estado de coisas visado<sup>67</sup>. Uma norma que não se justifica por alguma finalidade, ou seja, que não possui qualquer fundamento, é uma norma irracional e imprópria para o Direito<sup>68</sup>.

Dessa forma, tanto as normas-fim quanto as normas-comando possuem justificativa em certas finalidades. Pode chamar-se tais finalidades justificantes de *finalidades implícitas*, eis que não podem ser encontradas “dentro” do conteúdo das normas, mas apenas como uma espécie de base de sua sustentação. Trata-se de seu fundamento, daquilo que as inspira – enfim, de sua *ratio*.

---

<sup>65</sup> Sobre *valor e estado de coisas*, cf. Capítulo IV, Item 1.

<sup>66</sup> Após preceituar que os “comandos e proibições do Direito têm as suas raízes nas chamadas ‘normas de valoração’”, fundamentando-se assim “em valorações, em aprovações e desaprovações”, Karl Engisch cita um exemplo: “(...) o aborto não é proibido por acaso, mas porque se considera ou estima aquele ser vivo em gestação como sagrado e intocável e se reconhece a necessidade de lhe conceder proteção jurídica contra os perigos que o ameaçam, nas situações de conflito, por parte da grávida e de terceiras pessoas”. Cf. *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. MACHADO, J. Baptista, 3. ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1972, pp. 36-37. No mesmo sentido, Angelo Falzea afirma: “Para cada norma jurídica, existe um correspondente valor jurídico em que o interesse da comunidade vem a se especificar”. Cf. *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, v. XIV, p. 471.

<sup>67</sup> Para a distinção entre *valor e estado de coisas*, espécies do gênero *finalidade*, cf. Capítulo IV, Item 1.

<sup>68</sup> Em termos de regras e princípios, esse raciocínio é corroborado por Neil MacCormick, para quem conjuntos de regras devem ser compatíveis com um princípio, do qual são manifestações mais específicas ou concretas, enquanto que o princípio, por sua vez, “tanto explica como justifica todas ou cada uma das regras mais específicas em questão”. Cf. *Legal reasoning and legal theory*, Nova Iorque, Oxford University Press, 1978, p. 152. Há assim, para o autor, sempre um princípio de direito subjacente à regra ou ao conjunto de regras (p. 156). No mesmo sentido, cf. ALEXY, Robert, *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais do Estado de Direito Democrático*, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, julho-setembro de 1999, para quem o ponto decisivo da teoria dos princípios “(...) é que atrás e ao lado das regras estão princípios” (p. 75). No caso das normas legais, judiciais e administrativas, devem elas ter fundamento, em última instância, em finalidades explícitas (normas-fim) ou implícitas na Constituição, ou então em finalidades que não contrariem aquelas finalidades da Constituição.

De outra feita, as *finalidades explícitas* são aquelas que constam do próprio conteúdo da norma. São as finalidades sobre as quais dispõem as normas-fim. Tais finalidades aparecem como o *objeto* dessas normas.

Com isso, nas normas-comando, há apenas finalidades implícitas, ou seja, que não constam de seu conteúdo. Já nas normas-fim, podem ser identificadas tanto finalidades explícitas – que são aquelas que figuram como seu próprio objeto<sup>69</sup> – quanto finalidades implícitas, as quais, tal como nas normas-comando, não constam de seu conteúdo.

Em suma, a questão pode ser assim posta:

- a) *finalidade implícita*: aquela que fundamenta tanto a norma-comando quanto a norma-fim; não se encontra no conteúdo da norma.
- b) *finalidade explícita*: aquela que é objeto das normas-fim, e portanto, faz parte de seu conteúdo; não está presente nas normas-comando, que possuem como objeto uma ação.

## 2. Interpretação, perquirição da *ratio* e concretização

### 2.1 A obtenção das finalidades implícitas das normas: perquirição da *ratio*

Como visto no Capítulo I, Item 5, a *interpretação* de disposição(ões)-comando apenas pode fornecer norma(s)-comando, assim como a *interpretação* de disposição(ões)-fim apenas pode fornecer norma(s)-fim. Sendo a norma um *significado*, uma disposição-comando não pode ter o significado de um fim (instituição de uma finalidade), assim como uma disposição-fim não pode ter o significado de um comando (regulação de uma ação).

Nesse diapasão, pode ocorrer que, em tal tarefa de obter normas a partir de disposições, o intérprete *utilize* o elemento teleológico, ou seja, a *finalidade justificante da norma*<sup>70</sup> (é o que ocorre na chamada “interpretação teleológica”). Esse elemento teleológico (finalidade) *auxilia* no processo interpretativo de obtenção de norma-comando a partir de disposição-comando, bem como no processo interpretativo de obtenção de norma-fim a partir de disposição-fim<sup>71</sup>. Mas isso não significa que *a identificação dessa finalidade justificante das normas ocorra por interpretação*.

---

<sup>69</sup> De forma semelhante, cf. GRAU, Eros Roberto, *Planejamento econômico e regra jurídica*, tese de livre-docência, São Paulo, 1977, pp. 75-76.

<sup>70</sup> E também, eventualmente, da *finalidade justificante da disposição* (ou a “finalidade do legislador”).

<sup>71</sup> Sobre esse processo, que envolve uma norma provisória, cf. Capítulo III, Item 2.3.1.

A interpretação não visa a encontrar a finalidade justificante das normas, mas sim o significado das normas<sup>72</sup>, muito embora possa se valer da finalidade justificante das normas para melhor determinar tal significado (ou ainda: para determinar o melhor significado). Tal finalidade justificante que terá servido à interpretação foi “encontrada” por uma atividade diversa da interpretação. Trata-se da *perquirição da ratio* da norma.

Essa específica atividade de *perquirição da ratio* caracteriza-se por envolver um complexo de atos de indução, abstração e generalização. Não se investiga, tal como na interpretação, o significado, mas sim o *valor*, o *escopo*, o *objetivo concreto* justificante da norma<sup>73</sup> – ou seja, as *finalidades implícitas*<sup>74</sup> da norma<sup>75</sup>.

Observe-se ainda que, especialmente nas Constituições analíticas, há normas cujas finalidades não são facilmente identificadas. Vide, por exemplo, o art. 242, § 2º da Constituição Federal, que dita: “*O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal*”.

## **2.2 A obtenção de normas-comando a partir de finalidades implícitas e normas-fim: concretização**

A interpretação também não é instrumento próprio para obter normas-comando a partir de finalidades, sejam elas contidas em normas-fim ou implícitas. De um lado, sendo o processo de interpretação, estritamente considerado, uma atividade de atribuição de significado, e de outro lado, sendo as finalidades verdadeiros *valores*<sup>76</sup>, não é possível

---

<sup>72</sup> Note-se que a distinção entre *conteúdo* da norma e *fundamento* da norma, feita no item anterior, ajuda a melhor precisar o papel da interpretação. Na definição de Karl Engisch, a interpretação possui como tarefa “fornecer ao jurista o *conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos jurídicos*. A indicação do *conteúdo* é feita por meio duma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais (...). A indicação do *alcance* (extensão) é feita pela apresentação de grupos de casos e casos individuais que são de subordinar, quer dizer, subsumir, ao conceito jurídico” (cf. *Introdução (...)*, ob. cit., p. 102). Tem-se, assim, que a interpretação se volta a explorar o conteúdo, e não o fundamento da norma.

<sup>73</sup> Nesse sentido, em relação aos princípios inexpressos, cf. GUASTINI, Riccardo, *I principi (...)*, ob. cit., pp. 127-131. O autor anota que “este tipo de procedimento é o mesmo que se adota, tipicamente, nos sistemas de common Law (mas não só neles), para remontar, a partir de uma específica pronúncia jurisdicional, à sua *ratio decidendi*” (p. 128).

<sup>74</sup> Reitere-se que as finalidades explícitas pertencem ao *conteúdo* de certas normas (quais sejam, as normas-fim) e, portanto, sua identificação se dá por interpretação, e não por *perquirição da ratio*.

<sup>75</sup> Essas finalidades podem ser obtidas a partir de uma norma singular, a partir de um conjunto de normas, ou mesmo a partir do ordenamento em sua completude. Assim também entende Guastini em relação aos princípios inexpressos (cf. *I principi (...)*, ob. cit., p. 127).

<sup>76</sup> Conforme se verá no Capítulo IV.

atribuir a um valor o sentido de um comando. Será necessária a atividade de *concretização*<sup>77</sup>.

Dessa forma, as finalidades, sejam explícitas (contidas em normas-fim) ou implícitas, necessitam de normas-comando que operacionalizem sua aplicação. As finalidades e as normas-fim, em direito, só se tornam “úteis” quando delas são obtidas normas-comando. Estas últimas conferem às primeiras a capacidade de regular a realidade, pois apenas elas já possuem determinados seu domínio de aplicação e suas exceções de não aplicação, figurando como um instrumento técnico completo para o exercício da atividade jurisdicional<sup>78</sup>.

Portanto, as normas-fim e as finalidades, para se tornarem operativas, precisam ser *concretizadas*. Trata-se de sua “transformação” em uma ou mais normas-comando, de forma a determinar seu domínio de aplicação e suas exceções de não aplicação<sup>79</sup>.

O processo de concretização figura como uma operação com considerável teor de subjetividade. Em primeiro lugar, porque não se trata de um raciocínio dedutivo, onde a única premissa seria a finalidade. *E.g.*: da finalidade “ampla defesa”, não se obtém diretamente a necessidade de presença de advogados nos interrogatórios dos acusados: uma norma do tipo “a defesa não está assegurada se o advogado não estiver presente ao interrogatório”, obtida a partir daquela finalidade, não seria propriamente uma norma posta pelo legislador. E em segundo lugar, porque as finalidades são veiculadas por expressões que evocam valores, a exigir do intérprete juízos morais e políticos<sup>80</sup>.

Exemplo típico de hipótese de concretização judicial de norma-comando a partir de normas-fim da Constituição encontra-se no RE 579.951, cuja ementa é a seguinte:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005

---

<sup>77</sup> Realçando que não se trata, aqui, de interpretação jurídica estritamente considerada, observa Ernst Forsthoff que, “se se insere o valor na própria norma, transformando assim a aplicação normativa em realização do valor, transforma-se também o processo de interpretação do conteúdo normativo na compreensão e nos processos de realização dos valores (...)”. Cf. *Stato di diritto in trasformazione*, trad. RIEGERT, L. e AMIRANTE, C., Milão, Giuffrè, 1973, p. 205.

<sup>78</sup> Corroborando essas ideias, anota Karl Engisch que “(...) a valoração só se torna genuína regra jurídica ao armar-se com um imperativo. Com simples normas de valoração não poderia o direito exercer o domínio que lhe compete sobre a vida dos homens em comunidade. Só na medida em que as normas de valoração adquirem a força de manifestações de vontade, e, portanto, de ordens ou comandos, é que elas se transformam em normas jurídicas”. Cf. *Introdução* (...), ob. cit., p. 36.

<sup>79</sup> Cf. GUASTINI, Riccardo, *Les principes* (...), ob. cit., p. 4, em que há esse raciocínio em relação às regras e princípios.

<sup>80</sup> Essas observações são de Guastini. Cf. *Les principes* (...), ob. cit., p. 5. O autor desenvolve raciocínio semelhante em *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 1998, pp. 646-647, em que conclui: “a escolha das [outras] premissas é fruto de discricionariedade”.

do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. **II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal.** IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão. (*grifos nossos*)

Naquela oportunidade, assim se manifestou o ministro Ricardo Lewandowski:

Ora, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios abrigados no *caput* do art. 37 da Constituição, não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa reprovável conduta. (...)

(...)

Por tudo quanto até aqui exposto, entendo que carece de plausibilidade a exegese segundo a qual que o nepotismo seria permitido simplesmente porque não há lei que o proíba.

O mesmo posicionamento foi adotado por aquela Corte na ocasião do julgamento da ADC-MC 12, em que se questionou a Resolução n.º 7/05 do CNJ, que proibiu a prática de nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Assim se pronunciou o ministro Carlos Britto:

(...) as restrições constantes do ato normativo do CNJ são (...) as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade (...). Quero dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado.

Ainda de acordo com o ministro, “*o spiritus rectus da Resolução do CNJ é debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado*”. Tratar-se-ia de “*dar concreção, dar densificação a princípios constitucionais que são onivalentes e auto-aplicáveis na lógica*” (*grifos nossos*)<sup>81</sup>.

De forma semelhante, o ministro Gilmar Mendes considerou que “*a vedação ao nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade*”.

Como se pode observar, a partir das normas-fim abstraídas do art. 37, *caput* – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência –, os ministros

---

<sup>81</sup> Nesse caso, pelo que se pode deduzir do raciocínio do ministro, a resolução do CNJ seria, de certa forma, inútil, pois apenas repetiria uma norma que o próprio Judiciário poderia reconhecer – por concretização, de acordo com os parâmetros do presente trabalho – a partir de finalidades da Constituição.

encontraram uma norma-comando proibitiva – a vedação do nepotismo. Trata-se de uma norma obtida por concretização, eis que, de acordo com o entendimento adotado no presente trabalho, a partir daquele dispositivo só poderiam ser obtidas, por interpretação, normas-fim.

Note-se que o caráter concretizador da norma-comando em questão já havia sido reconhecido no MS 23.780, cuja ementa se transcreve:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade. **A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder.** Mandado de segurança denegado. (*grifos nossos*)

Também na ADC-MC 12, o ministro Carlos Britto parece ter realizado uma típica atividade de concretização ao extrair norma-comando proibitiva a partir do valor constitucional da impessoalidade. Para o ministro, esta consistiria “*na proibição do marketing pessoal ou da auto-promoção com os cargos, as funções, os empregos, os feitos, as obras, os serviços e campanhas de natureza pública*”.

De forma semelhante, a partir do valor da eficiência, o ministro obteve uma norma-comando contendo obrigação positiva: “*(...) o princípio da eficiência, a postular o recrutamento de mão-de-obra qualificada para as atividades públicas, sobretudo em termos de capacitação técnica (...)*”.

No mesmo sentido, para o ministro Cezar Peluso, da impessoalidade se obtém o “*dever de preenchimento dos cargos públicos sine ira et studio, significando a vedação de privilégios e, também, de perseguições pessoais*”, bem como a proibição de autopromoção.

É importante observar que, embora não implique propriamente interpretação, a atividade de concretização também é atividade típica dos órgãos jurisdicionais. O que ocorre é que, especialmente com a perpetuação do Estado social e a assimilação progressiva e explicitamente manifestada de valores e objetivos por parte dos ordenamentos jurídicos, os operadores do direito passaram a se utilizar, com intensidade crescente, de elementos extrainterpretativos de aplicação.

Não obstante, afirmar que a atividade de concretização de normas-fim ou de finalidades da Constituição pode ser efetuada pelos órgãos jurisdicionais não implica que

eles possam exercê-la de forma *ilimitada*<sup>82</sup>. Se pretende reconhecer-se um espaço de atuação ao legislador democrático, rejeitando-se desde logo uma concepção da Constituição como “ovo de Colombo jurídico”<sup>83</sup>, é preciso estabelecer que, não obstante as finalidades sejam núcleos abertos de valor, a possibilidade de que os órgãos jurisdicionais lhes extraiam regras é limitada. Caso todas as possíveis normas-comando promotoras de finalidades constitucionais pudessem ser livremente obtidas por concretização jurisdicional, restaria pouco ou nenhum espaço autêntico de criação para o legislador infraconstitucional, tendo em vista a multiplicidade de finalidades inscritas na Constituição.

Como, em última análise, o processo de concretização caracteriza-se pela maior intensidade do elemento “criativo” do direito, uma teoria constitucional preocupada em conferir aquele espaço de liberdade ao legislador deve ater-se à fixação dos limites dentro dos quais pode ser exercida a atividade jurisdicional concretizadora<sup>84</sup>. A definição da linha em que acaba o espaço de concretização jurisdicional coincidirá com a definição da linha em que começa o espaço reservado exclusivamente à atuação legislativa, única que pode *desdobrar* normas-fim. Caso o julgador transponha essa linha, desdobrando aquelas finalidades, estará extrapolando de sua competência constitucionalmente instituída. É neste sentido que se pode criticar a decisão do STF que estabeleceu a proibição do nepotismo meramente a partir de valores da Constituição: teria a Corte efetuado uma concretização fora dos limites permitidos?

A busca por tal delimitação de espaços precisa ter em vista a distinção entre a concretização de finalidades enquanto *tradução de valores sob a forma de normas-comando* (ou “concretização-especificação”) e a concretização enquanto *estabelecimento de meios que modifiquem progressivamente a realidade em direção a certos fins* (ou

---

<sup>82</sup> Nesse sentido é que Cappelletti observa que o verdadeiro problema é o do “*grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciais”. Cf. *Juízes legisladores?*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21. De qualquer forma, a distinção entre *interpretação, concretização e perquirição da ratio* é importante, eis que, por representarem diferentes fenômenos, a *limitação* de cada qual também será distinta.

<sup>83</sup> “Do qual tudo surge, desde o Código penal até a Lei sobre falsificação de termômetros”. A irônica e metafórica expressão é de Ernst Forsthoff. Cf. *El Estado de la Sociedad Industrial*, trad. LÓPEZ GUERRA, Luis e MUÑIZ, Jaime Nicolas, Madri, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 242.

<sup>84</sup> De forma semelhante, Robert Alexy entende que “uma constitucionalização adequada somente é possível obter sobre o caminho, pedregoso e cheio de manhas, de uma dogmática do espaço” (cf. *Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada*, trad. HECK, Luís Afonso, in *Revista dos Tribunais*, v. 809, março de 2003, p. 59).

“concretização-realização”<sup>85</sup>). Conforme se verificará no Capítulo IV, o aparecimento dessas duas figuras dependerá de se considerar as finalidades como valores ou como estados de coisas.

### 3. Finalidades opostas e finalidades divergentes

Entre duas finalidades distintas, pode ocorrer uma relação de incompatibilidade, que pode ser fraca ou forte. Na incompatibilidade fraca, as duas finalidades entram em conflito apenas em sua aplicação prática. Abstratamente, sem a referência a qualquer caso a ser solucionado, elas convivem harmonicamente, sem se mostrarem contraditórias. Por tal motivo, elas podem ser subsumidas no interior do mesmo sistema jurídico e oferecer conjuntamente uma justificação coerente. Todas as finalidades da Constituição de 1988, por exemplo, são compatíveis entre si, mas podem entrar em atrito na solução de determinado caso concreto ou abstrato, como é o caso da relação entre a liberdade de expressão e a proteção à honra. Trata-se assim de finalidades *divergentes*<sup>86</sup>.

Já na incompatibilidade forte, as finalidades mostram-se já abstratamente incompatíveis. Elas não são capazes de oferecer conjuntamente uma justificação coerente. Por essa razão, não podem elas ser subsumidas no interior do mesmo sistema jurídico. É o caso da relação entre eficiência e ineficiência; moralidade e imoralidade; proteção e destruição do meio ambiente. Trata-se de finalidades *opostas*<sup>87</sup>.

Como as finalidades opostas não podem conviver dentro do mesmo ordenamento jurídico, sob pena de incoerência, a oposição entre a finalidade de uma norma legal e a finalidade de uma norma constitucional levará inevitavelmente à inconstitucionalidade da primeira norma.

A *finalidade* legal contrária (oposta) a finalidade da Constituição, entretanto, não se confunde com a produção causal, por parte de uma norma legal, de um *resultado* discrepante da finalidade Constitucional. O prejuízo ao meio ambiente, *e. g.*, pode não ser a finalidade da norma, mas sim um de seus efeitos. Aqui, o legislador não opta por perseguir um valor contrário a valor da Constituição – a restrição a finalidade constitucional se dá apenas em razão das consequências causais do ato legislativo.

---

<sup>85</sup> Essa última ideia é semelhante àquilo que Karl Engisch chama de “concreção” enquanto “tendência ao real”. Cf. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, trad. GIL CREMADES, Juan Jose, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1968, pp. 187 e segs.

<sup>86</sup> Cf. COMANDUCCI, Paolo, *Principios jurídicos y indeterminación del derecho*, in Doxa, n. 21-II, 1998, p. 98. O autor aplica esse raciocínio não propriamente a finalidades, mas a princípios.

<sup>87</sup> Cf. COMANDUCCI, Paolo, *Principios (...)*, ob. cit., p. 98, com a mesma ressalva da nota anterior.



Nestes casos, a identificação de eventual inconstitucionalidade é mais trabalhosa. A maioria dos atos legislativos possuem ao menos a potencialidade de provocar alguma decorrência nociva sobre alguma finalidade da Constituição. O controle de constitucionalidade, em tais hipóteses, dependerá do processo de ponderação, que poderá concluir pela existência ou inexistência do vício<sup>88</sup>.

#### 4. A “finalidade da finalidade”

Além da relação de incompatibilidade, vista acima, pode também existir, entre duas finalidades distintas, uma relação de fundamentação.

É o caso, já aventado, de se perquirir qual a finalidade de certa finalidade. Nessa hipótese, uma finalidade fundamenta outra finalidade. Podem acontecer assim cadeias ascendentes-descendentes de finalidades, em que se ordenam finalidades superiores e subordinadas<sup>89</sup>.

Isso ocorre particularmente quando se indaga a finalidade que fundamenta uma norma-fim. Essa finalidade implícita justifica a finalidade explicitamente disposta no conteúdo da norma-fim. Na já citada ADC-MC 12, o ministro Celso de Mello afirma que os postulados da impessoalidade e da moralidade administrativa

qualificam-se como diretrizes essenciais que dão substância e significado à repulsa que busca fazer prevalecer, no âmbito do aparelho de Estado, o sentido real da idéia republicana, que não tolera práticas e costumes administrativos tendentes a confundir o espaço público com a dimensão pessoal do governante, em claro desvio de caráter ético-jurídico.

De acordo com tal manifestação, aquelas duas finalidades inscritas no art. 37 da Constituição possuem como finalidade a prevalência do ideal republicano.

De forma semelhante, na ADI 2.649, consta de parte da ementa do acórdão:

(...) 4. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. (...)

Como se nota, as finalidades “igualdade de oportunidades” e “humanização das relações sociais” têm como finalidades a “cidadania” e a “dignidade da pessoa humana”.

---

<sup>88</sup> Sobre a ponderação, cf. Capítulo IV, Item 4.

<sup>89</sup> Cf. HABA, Enrique P., *Esquemas (...)*, ob. cit., p. 84. Isso não significa, como se observará a seguir, que o magistrado possa *sempre* se utilizar dessas cadeias.

Em outro exemplo, a MP 2.152/01, em seu art. 1º, ao criar a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, dotou-a de poderes para “*propor e implementar medidas de natureza emergencial decorrentes da atual situação hidrológica crítica*”. Segundo aquele dispositivo, o objetivo seria “*compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica*”.

Podem-se assim observar duas finalidades perseguidas pela referida Medida Provisória, de forma que uma aparece como instrumental à outra. De fato, a primeira finalidade – compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica – figura como um meio para se promover a segunda finalidade – evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento da energia elétrica.

É de se notar que as medidas instituídas pela MP acabam tendo por parâmetro finalístico definitivo a segunda finalidade. Isso porque, mesmo se concluindo que tais medidas não se prestem ao alcance da primeira finalidade, elas não devem ser consideradas inadequadas<sup>90</sup> caso se demonstre que servem ao alcance da segunda finalidade. A relação de subordinação entre as finalidades sobrepõe o valor paramétrico da finalidade superior ao da finalidade subordinada quando se trata de verificar a adequação de determinada norma-comando.

Porém, é importante ressaltar que parece prudente a utilização deste raciocínio apenas nos casos em que a finalidade superior estiver expressamente prevista no texto legal, ou seja, quando tal finalidade constituir objeto de norma-fim inequivocamente interpretada a partir do dispositivo legal. Isso porque, se a identificação de uma finalidade a partir de uma norma-comando já é uma operação que exige certa dose de valoração, a identificação de uma finalidade “maior” a partir de outra finalidade “menor” é empreitada altamente perigosa, diante da carência de certeza e da grande abertura que confere à divergência de opiniões<sup>91</sup>. Permitir que um órgão jurisdicional construa, baseado em suas próprias convicções e pontos de vista, cadeias de finalidades, parece atribuir-lhe poder normativo insuportável.

Essa ressalva não censura as hipóteses em que apenas a finalidade superior estiver contida em uma norma-fim legal, e não a finalidade inferior. Neste caso, a finalidade “menor” é que é identificada a partir da finalidade “maior”, normativamente prevista, e não

---

<sup>90</sup> Sobre a “adequação”, cf. Capítulo IV, item 5.

<sup>91</sup> Isso porque se trata de identificar *o valor de um valor*.

o inverso. A título de exemplo, no HC 82.959, o ministro Carlos Britto consignou o seguinte:

(...) foi em direta homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) que a nossa Constituição Federal interditou a pena de morte e a prisão perpétua. Ao assim dispor, teria mesmo que se comprometer com a proclamação da garantia da individualização da pena, como efetivamente ocorreu (inciso XLVI do mesmo art. 5º). E tal proclamação já significa afirmar que o cumprimento da pena privativa de liberdade de locomoção há de ostentar uma dimensão ensejadora da regeneração do encarcerado.

Como se pode notar, a garantia da individualização da pena serve a uma finalidade não prevista em qualquer norma-fim passível de ser obtida da Constituição – a regeneração do encarcerado –, que por sua vez serve a outra finalidade expressamente contida em uma norma-fim retirada do texto constitucional – a dignidade da pessoa humana.

Há casos também em que da própria Constituição se obtêm tanto a norma-fim inferior quanto a sua respectiva norma-fim superior. O art. 196<sup>92</sup>, *e.g.*, ao instituir a *saúde* enquanto finalidade (superior) a ser perseguida pelo Estado, também define uma das formas pelas quais essa finalidade deve ser perseguida, e o faz por meio da instituição de outra finalidade (inferior): a “*redução do risco de doença e de outros agravos*”.

O mesmo ocorre no art. 205<sup>93</sup>, em que uma finalidade (inferior), qual seja, a *educação*, serve a várias finalidades (superiores): “*pleno desenvolvimento da pessoa*”, “*preparo para o exercício da cidadania*” e “*qualificação para o trabalho*”.

Ainda resta saber o que ocorre se a finalidade inferior de norma legal for *oposta* à Constituição, mas a finalidade superior não.

Aqui, como visto, há a inconstitucionalidade da finalidade subordinada. Este vício impede que a norma legal seja “salva” pela finalidade superior, mesmo sendo esta aceita pela Constituição. É o mesmo que ocorre quando uma norma legal com finalidade aceita pela Constituição contraria uma norma-comando da Constituição: a norma legal será inconstitucional, pois a constitucionalidade dos fins não justifica a inconstitucionalidade dos meios, assim como a constitucionalidade das finalidades superiores não justifica a inconstitucionalidade das finalidades inferiores.

---

<sup>92</sup> “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

<sup>93</sup> “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

## 5. Finalidade da norma e finalidade do legislador

Da mesma forma que se distingue entre o significado extraído por interpretação da disposição normativa (*mens legis*) e o significado a ela atribuído pelo legislador que a elaborou (*mens legislatoris*), a finalidade da norma não se confunde com a finalidade pretendida pelo legislador com a elaboração da disposição.

Por se referir apenas a conteúdos, a *mens legislatoris* compõe-se das intenções *imediatas* do legislador, ao passo que as finalidades por ele visadas são suas intenções *mediatas*.

Como as intenções são manifestações eminentemente subjetivas, e como o “legislador” é, em geral, um conjunto de indivíduos, as finalidades pretendidas com a edição do ato só podem ser identificadas com maior precisão com o acesso a dados objetivos que expressem aquelas intenções.

Note-se que a identificação das finalidades *das normas* submete-se a um regime interpretativo mais elástico e dinâmico, capaz de lidar com as mudanças na realidade política, social e econômica e de incorporar novos entendimentos e pontos de vista. Trata-se de um processo aberto às chamadas “mutações constitucionais”<sup>94</sup>, razão pela qual deve estar atento aos elementos fáticos contemporâneos ao ato interpretativo. Já para a verificação das finalidades *das disposições*, exige-se uma análise dos motivos que levaram à edição do ato, tais como as discussões parlamentares, a justificativa da proposta, a motivação expressa<sup>95</sup>. Há um processo interpretativo eminentemente retrospectivo, voltado para fatos já consumados, e que lida com dados e informações, em geral, mais objetivamente acessíveis e determináveis.

Tal como a tradicional diferença entre *mens legis* e *mens legislatoris*, a distinção entre finalidade da norma e finalidade da disposição não é inútil, eis elas nem sempre irão coincidir.

Curioso caso de – ao menos aparente – não coincidência entre a finalidade da norma e a finalidade da disposição constitucional pode ser encontrado no HC 82.424, em que se discutiu a abrangência do art. 5º, inciso XLII da CF<sup>96</sup>. Naquela oportunidade, o

---

<sup>94</sup> Como ensina Anna Cândida da Cunha Ferraz, uma das hipóteses de mutação constitucional ocorre “quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição”. Cf. *Processos informais de mudança da Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 1986, pp. 58-59.

<sup>95</sup> Consubstanciada geralmente na chamada “exposição de motivos”.

<sup>96</sup> “Art. 5º (...) Inciso XLII – A prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

ministro Moreira Alves destacou que a disposição foi inserida na Constituição apenas com o objetivo de combater a discriminação contra negros<sup>97</sup>. Para tanto, o magistrado recorreu à justificativa constante da Emenda Aditiva 2P00654—0, do constituinte Carlos Alberto Caó, a qual deu origem ao artigo em questão. Citou também a recitação, por parte do constituinte José Lourenço, do poema “Navio Negreiro”, de Castro Alves.

De outra feita, o ministro Maurício Corrêa, a partir de uma concepção ampliativa de racismo, estribada em descobertas da ciência que negam a existência de “raças” humanas, identificou na disposição uma finalidade da própria Constituição, qual seja, o princípio da igualdade: o objetivo da norma constitucional seria promover a igualdade entre todas as pessoas, combatendo quaisquer formas de discriminação, dentre as quais a discriminação contra judeus.

Este caso serve também para ilustrar as dificuldades para se identificar as intenções do legislador, ante a variedade de interpretações que podem ser atribuídas a seus motivos justificantes. Isso porque, não obstante a afirmação do ministro Moreira Alves de que a justificativa apresentada pelo deputado Carlos Alberto Caó só fazia referência à discriminação contra negros, o ministro Maurício Corrêa entendeu que aquele constituinte

referiu-se igualmente à necessidade de superação das **discriminações raciais** para a construção de um Estado Democrático. Embora a segregação aos negros tenha sido o móvel principal de sua inspiração, vê-se pelos termos plurais da justificativa apresentada, que não foram afastadas outras formas de racismo.

Anote-se que Maurício Corrêa não *investigou* o que o constituinte Caó quis dizer com as aquelas palavras de sua justificativa, mas sim atribuiu a elas o significado que era compatível com a posição adotada em seu voto.

De outra feita, no RE 20.210, datado de 1953, encontra-se paradigmático exemplo de interpretação de dispositivo que, desprezando por completo a expressa finalidade com a qual o legislador o editara, passa a adotar significado absolutamente incompatível com tal objetivo.

O art. 1º do Decreto 21.341 de 1932 assim dispunha: “*É declarada de nenhum efeito a escritura de 26 de agosto de 1931, pela qual a Prefeitura do Distrito Federal adquiriu à Companhia Santa Fé o domínio e posse sobre o morro de Santo Antonio*”.

---

<sup>97</sup> Por essa razão, para Moreira Alves, a inafiançabilidade e a imprescritibilidade previstas alcançariam apenas os atos discriminatórios contra pessoas da cor negra.

De acordo com os “considerandos” do ato<sup>98</sup>, a referida escritura foi tida por insubsistente porque o morro de Santo Antonio pertencia ao patrimônio da União desde o regime imperial. Assim, pela motivação do ato, a Companhia Santa Fé, que na escritura figurava como vendedora, não possuía qualquer direito sobre o morro.

Em habilidosa argumentação, o ministro Orozimbo Nonato contornou a proibição inscrita no art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934<sup>99</sup>, pela qual se vedava a apreciação judicial dos decretos do Governo Provisório e seus respectivos efeitos, e reconheceu, com fundamento em outros títulos que não a escritura aludida no art. 1º do Decreto, o direito de propriedade de particulares sobre o morro de Santo Antonio:

Mas, a verificação do sentido, do conteúdo, da extensão de um ato, não envolve a negação de sua validade e, ao revés, pressupõe essa validade. Pressupõe a validade do ato para se lhe marcar o alcance e afirmar ou negar sua estraneidade a relações jurídicas derivadas de outros atos. E assim se torna sem sentido a arguição de ofensa da letra do decreto aludido, valendo observar que para a verificação da ocorrência dessa ofensa não oferece argumento terminativo o estudo dos “considerando” do decreto.

Pode esse estudo oferecer subsídio de prova para a revelação da mens legislatoris, não, entretanto, para a verificação de ofensa da letra da lei que não se concentra naqueles “consideranda”, por ser ordem, comando, norma obrigatória, regra indeclinável de conduta.

E ainda que se invoque o “eius interpretari legem cuius est condere”, o que vale verificar é a mens legis e não a vontade, a mente do legislador, de que a lei se desprende para adquirir conteúdo próprio”.

Nenhuma dúvida, por outro lado, de que a lei reside na parte do mandamento do legislador e não na que se expõem considerações e motivações.

Estas apenas valem, relativamente, para a inteligência da lei, do texto que encerra a ordem, a regra de conduta.

Valem apenas relativamente porque interpretar a lei não é indagar a vontade subjetiva do legislador, sendo o significado real e objetivo da norma (...).

Com isso, o ministro, partindo exclusivamente da interpretação da disposição normativa, claramente contrariou a finalidade com a qual ele havia sido editado, qual seja, o reconhecimento da propriedade da União sobre o morro de Santo Antonio.

---

<sup>98</sup> “Considerando que o morro de Santo Antonio, ainda no regime imperial, se integrou, por diversos títulos de aquisição, no patrimônio nacional; Considerando que os diferentes atos administrativos de que, a partir de 1889, foi êle objeto, não implicavam a sua alienação, não havendo dúvida de que neles se tratava não de uma translação de domínio, mas de concessão de trabalhos públicos, com os ônus e vantagens constantes do decreto de concessão; Considerando, porém, que por escritura pública de 26 de agosto de 1931, a Companhia Santa Fé vendeu à Prefeitura do Distrito Federal o referido morro, sem que lhe assistisse, por qualquer título, direito à propriedade do mesmo”.

<sup>99</sup> “Art. 18. Ficam aprovados os atos do Governo Provisório, dos interventores federais nos Estados e mais delegados do mesmo Governo, e excluída qualquer apreciação judiciária dos mesmos atos e dos seus efeitos”.

As mesmas razões, enfim, que inspiram doutrina e jurisprudência a considerar o *significado* da lei (*mens legis*) como prevalecente sobre o significado à lei atribuído pelo legislador (*mens legislatoris*) parecem levar a concluir pela prevalência da *finalidade* da lei sobre a finalidade que o legislador tinha em vista ao editá-la<sup>100</sup>.

## 6. A finalidade comum a todas as normas

Embora possam coincidir, as finalidades às quais se fez referência até então não se confundem com aquela que é a finalidade inerente a toda e qualquer norma, e que figura como a finalidade básica do próprio Direito: o seu cumprimento ou observância<sup>101</sup>. Este fim da norma, de uma maneira genérica, é o fim de que a realidade conforme-se a seu *objeto*. Trata-se de sua “pretensão de eficácia social”. A título de diferenciação, pode nomear-se tal finalidade de *comum*, ao passo que as demais finalidades seriam *próprias*.

A norma-comando que prevê que a Câmara dos Deputados deve ser renovada a cada quatro anos tem a finalidade comum de que ocorram efetivamente eleições quadrienais para aquele órgão. Por sua vez, a finalidade própria é o de tornar o sistema político mais representativo e democrático.

Da mesma forma, a norma-comando que confere ao Executivo federal o poder de editar medidas provisórias tem a finalidade comum de que estes atos sejam reconhecidos como normas jurídicas válidas e com força de lei, ao passo que sua finalidade própria é a de permitir que situações urgentes sejam reguladas de forma mais célere. Já a norma-comando que condiciona a futura eficácia dessas medidas à aprovação do Congresso Nacional possui a finalidade comum de que não sejam mais reconhecidos seus efeitos jurídicos, após transcorrido o prazo estabelecido, sem a aprovação do Congresso Nacional; a finalidade própria, por sua vez, é a de que a permanência de direitos e deveres na ordem jurídica advenha de um Poder mais representativo do que o Executivo.

Como se nota, a diferença entre os dois tipos de finalidade é nítida nas normas-comando, cujo objeto são obrigações, proibições e permissões – a finalidade enquanto *fundamento* do comando aparece deveras distinta da finalidade de *obediência* ao comando.

---

<sup>100</sup> De forma semelhante, afirma Carlos Maximiliano, inspirado em Willoughby e Cooley: “não se declaram inconstitucionais os motivos da lei. Se o parlamento agiu por motivos inconstitucionais ou reprovados, porém a lei não é, no texto, contrária ao estatuto básico, o tribunal não a condena”. Cf. *Comentários (...)*, ob. cit., p. 157.

<sup>101</sup> É em referência a essa finalidade comum que afirma Jaap Hage: “As regras visam fazer o mundo corresponder aos conteúdos da regra”. Cf. *Teleological reasoning in reason-based logic*, in 5th International Conference on Artificial Intelligence and Law, Maryland, 21-24 de maio de 1995, p. 18.

Nas normas-fim, entretanto, há praticamente uma coincidência entre ambas as finalidades. Isso porque o objeto dessas normas já é uma finalidade própria. Com isso, a finalidade comum, que é a de que a realidade conforme-se a seu objeto, acaba se tornando a “finalidade de que a finalidade se realize”<sup>102</sup>. *E.g.*, tome-se a norma-fim que estabelece que a eliminação da pobreza constitui um dos objetivos da República (art. 3º, inciso III da CF).

## 7. As funções da finalidade no controle de constitucionalidade

No âmbito do controle de constitucionalidade finalístico, as finalidades podem assumir duas funções.

Em primeiro lugar, pode ocorrer que a finalidade funcione como *censura* ao legislador ordinário. A finalidade é tomada como referência para um juízo de reprovação, que eventualmente pode levar à conclusão pela inconstitucionalidade. Essa censura pode ser por *comissão* ou por *omissão*.

Na censura por comissão, a finalidade é abalada pela existência de determinada norma infraconstitucional. Isso pode ocorrer quando a norma-comando legal for inadequada em relação àquela finalidade; quando a norma-comando legal restringir tal finalidade; ou quando a norma-fim legal ou a finalidade da norma-comando legal for oposta àquela finalidade ou por ela inadmitida.

Já na censura por omissão, é precisamente a inexistência de normas-comando que abala a finalidade, pois esta permanece estéril ante a falta de elementos que lhe confirmam operatividade jurídica.

Mas a finalidade também pode funcionar como *respaldo*. A finalidade, aqui, “defende” a norma-comando ou a norma-fim, porque estas a promovem ou são aptas a promovê-la. Essas normas encontram guarida na finalidade beneficiada, a qual se torna sua força justificadora.

Note-se que a função de censura por comissão, a função de censura por omissão e a função de respaldo não se confundem com proibição, obrigação e permissão estritamente

---

<sup>102</sup> Para Marcelo Neves, a “eficácia social” é a conformidade dos comportamentos ao conteúdo da norma, e diz respeito à realização do programa condicional, ao passo que a “efetividade” refere-se à “implementação do ‘programa finalístico’ que orientou a atividade legislativa (...)” (cf. *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, Editora Acadêmica, 1994, p. 46). Se aplicados esses conceitos ao presente trabalho, a primeira expressão seria a finalidade comum das normas-comando, enquanto a segunda seria a finalidade comum das normas-fim. Observe-se, entretanto, que a terminologia não é unívoca na doutrina – Luis Roberto Barroso, *e.g.*, entende que “efetividade” representa “a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais”, aplicando-se, ao que parece, a todo tipo de norma (cf. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 5. ed., Rio de Janeiro - São Paulo, Renovar, 2001, p. 85).



consideradas, respectivamente. Teve-se o cuidado de empregar o termo “função”, pois as proibições, as obrigações e as permissões estão contidas nas *normas-comando* da Constituição, mas não em suas finalidades ou nas normas-fim.

É certo que as normas-fim e as finalidades da Constituição, por pertencerem ao direito, vinculam o legislador, e neste sentido, são *obrigatórias*. Mas de uma forma deveras diferente das *obrigações* (e proibições e permissões) contidas nas normas-comando<sup>103</sup>.

Quando, *e. g.*, a mesma norma-comando legal for censurada por parte de uma finalidade da Constituição, e concomitantemente respaldada por outra, não se pode dizer – a menos que se admita que o sistema normativo-constitucional tenha optado por um conflito normativo interno insanável<sup>104</sup> – que a mesma norma legal está ao mesmo tempo *proibida e permitida* pela Constituição. A existência de censura e respaldo simultâneos exigirá a atividade de ponderação.

## 8. As finalidades e suas fontes

Como já vislumbrado, as finalidades que mais interessam ao controle de constitucionalidade versado neste trabalho são: *a)* as finalidades da Constituição; *b)* a finalidade de norma e de disposição legal; *c)* a finalidade de lei.

Em grande parte das vezes, o controle de constitucionalidade que tem finalidades da Constituição como paradigma recai sobre normas-comando infraconstitucionais. Mas pode ocorrer que ganhem relevo as finalidades e normas-fim infraconstitucionais. Trata-se das hipóteses de se analisar a compatibilidade entre, de um lado, as finalidades infraconstitucionais implícitas ou explícitas, e de outro, as finalidades da Constituição.

Não obstante, pode ainda acontecer que não sejam propriamente relevantes as finalidades da Constituição, mas apenas as finalidades infraconstitucionais. Nestes casos, o que importa é saber se determinada norma-comando legal é compatível com a finalidade da lei que a contém. A utilidade dessas distinções ficará mais evidente no decorrer do presente trabalho.

---

<sup>103</sup> Com exceção da hipótese de *oposição* entre finalidades, ou de finalidade não admitida, em que a finalidade censurada se mostra desde logo *proibida*. Cf. Item 3 deste capítulo e Capítulo VI.

<sup>104</sup> Essa problemática será melhor explorada no Capítulo IV.

## 9. Controle de constitucionalidade finalístico *lato sensu* e *stricto sensu*

Para que o controle se caracterize como *controle de constitucionalidade finalístico* “*lato sensu*”, basta que nele esteja envolvido qualquer dos dois “tipos” de finalidades, ou seja, tanto as finalidades contidas em normas-fim (finalidades explícitas), quanto as finalidades fundamentadoras de normas-fim e de normas-comando (finalidades implícitas).

Já no *controle de constitucionalidade finalístico* “*stricto sensu*”, quedam-se excluídas aquelas hipóteses em que apenas estão envolvidas finalidades *implícitas* da Constituição. Não se incluem nessa qualificação mais restrita de controle, portanto, aqueles casos de controle em que somente há, de um lado, norma-comando legal, e de outro, uma ou mais finalidades implícitas da Constituição<sup>105</sup>.

A razão dessa distinção é mais prática do que teórica.

Mesmo quando o julgador opera um controle de constitucionalidade não-finalístico, ou seja, naquelas hipóteses em que há conflito entre norma-comando legal e norma-comando da Constituição, há uma tendência de recorrer à finalidade implícita dessa norma-comando constitucional, geralmente com dois propósitos: “manipular” o âmbito de incidência de tal norma e realçar a sua importância. A finalidade implícita, aqui, entra apenas obliquamente, não figurando de forma direta no controle, eis que serve como acessório a desígnios estipulativos ou retóricos.

Levando em consideração essa tendência, pode ser muito difícil – ou até impossível –, na prática, distinguir entre essas hipóteses em que o julgador se vale apenas indiretamente de finalidade constitucional implícita e aquelas hipóteses em que ele as utiliza de forma direta (quando o conflito não se dá entre norma-comando legal e norma-comando constitucional, mas sim entre a norma-comando legal e a finalidade da norma-comando constitucional). Por isso, em razão dessa dúvida que pode surgir quanto à caracterização do controle – se não-finalístico ou se finalístico “*lato sensu*” –, surge uma categoria mais facilmente identificável: o controle “*stricto sensu*”, que já exclui desde logo aqueles dois grupos mal distinguíveis de hipóteses.

---

<sup>105</sup> Note-se que, para que não haja controle finalístico “*stricto sensu*”, as *finalidades implícitas da Constituição* não de ser as únicas finalidades envolvidas. Caso esteja envolvida, além de finalidade implícita da Constituição, alguma finalidade implícita da *norma legal*, está-se diante do controle finalístico “*stricto sensu*”.

## 10. Finalidades da Constituição e liberdade de escolha de fins por parte do legislador

Possui o legislador uma margem de liberdade na definição e escolha de fins, sem estar vinculado aos fins da Constituição?

É certo que há certos atos cuja finalidade já é definida de antemão pela Constituição<sup>106</sup>. É o caso do decreto instituidor do estado de defesa, que deve perseguir apenas a preservação ou o pronto restabelecimento, em locais restritos e determinados, da ordem pública ou da paz social. A pergunta acima se refere a todo o conjunto de atos legislativos que não estão expressamente vinculados a finalidades constitucionais específicas.

Desde logo, é possível afirmar que o legislador não pode perseguir finalidades *opostas* à Constituição, tal como se observou no Item 3, pois isso significaria *contrariar* os valores eleitos pelo texto supremo, subvertendo a hierarquia entre normas e ferindo a coerência do sistema. A atividade legislativa está sempre vinculada *negativamente* pelas finalidades da Constituição, eis que não as pode contrariar. Mas estaria ela vinculada também *positivamente*, ou seja, deve o legislador perseguir *apenas as finalidades da Constituição*? A pergunta inicial pode ser assim mais direcionada: o legislador possui uma margem de liberdade na definição e escolha de fins, sem estar vinculado positivamente pelos fins da Constituição?

A resposta parece ser positiva. A possibilidade de que o legislador defina seus próprios fins a perseguir aparece como uma decorrência necessária da adoção de uma concepção não meramente instrumental da atividade legislativa. Por essa concepção, o legislador não é apenas um executor da Constituição. A legislação infraconstitucional não se resume a um mero instrumento para a aplicação otimizada da Constituição: a existência das leis não se justifica apenas na medida em que se preste à realização dos fins da Constituição.

É a ideia do legislador democrático que depõe a favor deste entendimento<sup>107</sup>. Impedir que os integrantes do parlamento, legitimamente eleitos pela vontade popular, e que se encontram mais próximos dos anseios sociais e do embate de interesses e ideias, persigam os fins que mais convenham à sociedade, implica tolher a contribuição popular,

---

<sup>106</sup> Utilizando os termos de Canotilho, essas hipóteses são aquelas em que as “determinantes heterônomas” – pertencentes à Constituição – “comandam” ou “dirigem positivo-materialmente” as “determinantes autônomas” – colocadas pelo próprio legislador ao editar a lei, segundo critérios próprios de valoração. Cf. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp. 264 e segs.

<sup>107</sup> A Constituição, nas palavras de Robert Alexy, “(...) primeiro quer um legislador e, segundo, um democraticamente legitimado”. Cf. *Direito constitucional (...)*, ob. cit., p. 72.

ainda que indireta, na definição das opções políticas do Estado<sup>108</sup>. Além disso, proibir a escolha e definição de finalidades em determinado momento e sob determinada conjuntura significa castrar sobremaneira a capacidade da lei em dar respostas aos imprevisíveis e inevitáveis problemas que surgem na vida de um país.

A partir disto, a formulação teórica da “liberdade” legislativa pode ser construída com base: a) na identificação de um espaço de atuação na própria Constituição, ou b) na limitação da atividade de controle jurisdicional.

Em *a)*, trata-se de tecer uma linha delimitadora da *abrangência horizontal* das finalidades da Constituição. Por este entendimento, as finalidades da Constituição comporiam apenas uma parte das finalidades que podem ser perseguidas pelo legislador infraconstitucional. *Ao lado* das finalidades da Constituição, haveria um amplo espectro de finalidades que poderiam ser escolhidas pelo legislador. Tais finalidades, embora não *pertencentes* à Constituição, seriam por ela *aceitas*, e possuiriam o mesmo grau hierárquico das finalidades pertencentes à Constituição<sup>109</sup>.

Dessa forma, o legislador poderia ter como finalidades, *e. g.*, a diminuição da inflação, ao estabelecer certas medidas de intervenção na economia, bem como o respeito aos mortos, ao instituir os crimes inscritos nos arts. 209 a 212 do Código Penal, eis que, embora não sejam elas finalidades pertencentes à Constituição, são por ela *aceitas*.

Já em *b)*, as finalidades da Constituição comporiam todo o espectro de finalidades que poderiam ser perseguidas pela atividade legislativa, esgotando o plexo de finalidades passíveis de serem eleitas pelo legislador ordinário. A liberdade do legislador aqui se resumiria a escolher as finalidades *instrumentais* àquelas finalidades da Constituição, ou seja, finalidades que figurassem como *formas* ou como *meios* de promoção das finalidades constitucionais. Tal liberdade implicaria assim o estabelecimento de uma linha delimitadora da *abrangência vertical* das finalidades da Constituição, de modo a limitar a atividade jurisdicional de verificação daquela instrumentalidade em cada caso.

Com isso, a finalidade de diminuição da inflação apenas seria aceita se fosse considerada um meio para promover outra finalidade da Constituição, como o desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II). Da mesma forma, só se aceitaria a finalidade

---

<sup>108</sup> É com base em semelhantes ideias que Ernst Forsthoff lamenta, na Alemanha, a progressiva “degradação da legislação, um dos mais importantes fenômenos da vida constitucional”, ao ser situada “sob as categorias do direito administrativo: a República Federal como Administração. O que aconteceu com a representação do povo soberano e maduro, que não se alçou contra uma semelhante degradação a órgão de execução?”. Cf. *El Estado (...)*, ob. cit., p. 241.

<sup>109</sup> Disso já decorre a possibilidade de que as finalidades legais entrem em conflito *in concreto* com finalidades da Constituição, sem que isso implique, desde logo, na inconstitucionalidade da norma legal de finalidade conflitante.

de respeito aos mortos caso ela figurasse como forma de proteção de uma finalidade constitucional, como a dignidade humana (art. 5º, inciso VI) ou a liberdade religiosa (art. 1º, inciso III).

O presente trabalho adota o entendimento *a)*, eis que a adoção do entendimento *b)*, de certa forma, conflita com a concepção não instrumental da legislação: as normas legais acabam sendo instrumentais em relação à Constituição, pois as suas finalidades o são.

## CAPÍTULO III. A HERMENÊUTICA E OS ELEMENTOS TELEOLÓGICO E HISTÓRICO

### 1. Diretivas metodológicas da hermenêutica

Seguindo orientação doutrinária<sup>110</sup>, as diretivas metodológicas de interpretação podem ser divididas em diretivas de 1º grau e diretivas de 2º grau.

As diretivas de 1º grau são compostas por *a) diretivas linguísticas*, que abrangem as diretivas semânticas e as diretivas sintáticas; *b) diretivas sistêmicas*, que são tanto aquelas relativas à sistematicidade extrínseca quanto à intrínseca; e *c) diretivas funcionais*, que se compõem dos chamados métodos de interpretação histórico e teleológico. Já as diretivas de 2º grau compõem-se de *a) diretivas de emprego*, que dizem respeito a qual(is) das diretrizes anteriores deve(m) ser aplicada(s) de acordo com o caso; e *b) diretivas de preferência*, que se referem à forma de solucionar conflitos entre diretrizes.

No que tange às diretivas funcionais, que interessam mais diretamente ao presente trabalho, por agruparem os métodos histórico e teleológico de interpretação, podem elas ser classificadas em 5 grupos<sup>111</sup>:

- **Grupo 1**, em que há referência aos “trabalhos preparatórios” da norma interpretada;
- **Grupo 2**, relativo ao “*histórico do texto interpretado e a seus desenvolvimentos tanto anteriores quanto posteriores a sua adoção, sob forma de substituição, de ab-rogação, de adjunção ou de modificação*”<sup>112</sup>;
- **Grupo 3**, que se refere ao contexto socioeconômico em que a norma foi adotada (*occasio legis*), bem como sua evolução;
- **Grupo 4**, referente à tradição e aos usos; e
- **Grupo 5**, relativo ao fim, ao objetivo, ao espírito da lei (*ratio legis*) e à intenção do legislador.

No âmbito do presente trabalho, serão considerados elementos relevantes à perspectiva finalística aqueles contidos nos grupos 1, 2, 3, que compõem o *método*

---

<sup>110</sup> Cf. OST, François e KERCHOVE, Michel van de, *Entre la lettre et l'esprit – les directives d'interprétation en droit*, Buxelas, Bruylant, 1989, pp. 49 e segs.

<sup>111</sup> Cf. OST, François e KERCHOVE, Michel van de, *Entre la (...)*, ob. cit., pp. 64 e segs.

<sup>112</sup> Cf. OST, François e KERCHOVE, Michel van de, *Entre la (...)*, ob. cit., p. 64.

*histórico de interpretação*<sup>113</sup> – por razões adiante expostas –, e no grupo 5, que consistem no *método teleológico de interpretação* propriamente dito. Quanto à tradição e aos usos (grupo 4), trata-se de conceitos de influência praticamente nula sobre o fenômeno da inconstitucionalidade, em especial diante da prevalência, em nosso sistema jurídico, do direito positivo sobre o direito costumeiro. No mais, as noções de “tradição” e “usos” são particularmente fluidas e vagas, de difícil identificação nas sociedades modernas, e portanto, de aplicabilidade bastante limitada.

Cabe observar que o presente trabalho não pretende fazer apologia à interpretação teleológica, de modo a considerá-la sempre a interpretação mais apropriada e superior aos demais métodos, mas sim analisar mais detalhadamente sua estrutura, suas funções e seus resultados.

## **2. O elemento teleológico**

### **2.1 A importância e as limitações do elemento teleológico**

A teoria do direito costuma conferir lugar privilegiado para o elemento teleológico na interpretação e aplicação do direito.

Philipp Heck, por exemplo, constrói a sua jurisprudência dos interesses sobre a ideia de finalidade. Para ele, “*toda decisão deve ser interpretada como uma delimitação de interesses contrapostos e como uma estimação desses interesses, conseguida mediante juízos e idéias de valor*”<sup>114</sup>. Essa “*consideração das leis a partir do ponto de vista das estimações de interesses que contêm tem naturalmente como tarefa a compreensão da finalidade de cada lei*”<sup>115</sup>.

Por sua vez, Josef Esser entende que a consideração dos fins das normas permeia as decisões jurídicas em geral. Para ele, mesmo nos programas condicionais os fins exercem papel fundamental, pois quem aplica o direito deve dar um juízo responsável segundo a interpretação do fim do programa, olhando “*por trás dos bastidores*” da programação, no sentido de procurar a tarefa atualmente visível da norma<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> No mesmo sentido, cf. ASCENSÃO, José de Oliveira, *O direito (...)*, ob. cit., p. 426.

<sup>114</sup> Cf. *El problema de la creación del derecho*, trad. ENTENZA, Manuel, Granada, Editorial Comares, 1999, p. 65.

<sup>115</sup> Cf. *El problema (...)*, ob. cit., p. 68.

<sup>116</sup> Cf. *Precomprensione (...)*, ob. cit., p. 144.

De forma semelhante, Canaris entende que o ordenamento jurídico corresponde a um sistema teleologicamente ordenado. Com isso, até mesmo os argumentos sistemáticos possuem uma natureza teleológica<sup>117</sup>.

Comungando do mesmo posicionamento, Emilio Betti, em sua clássica obra sobre a interpretação do direito, critica a análise do “*momento teleológico*” da norma apenas supletivamente ao critério lógico, enquanto útil corretivo para corrigir o conteúdo da norma. Neste sentido, assim se expressa ele:

A lógica do direito é algo bem maior que uma pobre lógica formal das proposições legislativas singulares; é missão do intérprete espiritualizá-la considerando nela imanente o momento teleológico e dando-se conta de todo o sistema<sup>118</sup>.

Ainda nessa mesma linha, Carlos Maximiliano ressalta que, por ser o direito uma ciência primariamente finalista, “*a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica*”<sup>119</sup>. Na própria escolha do significado correto a ser aplicado haveria sempre, para Michele Taruffo, um critério teleológico de interpretação, de modo a qualificar tal significado como idôneo ou não idôneo a qualificar a hipótese fática segundo os efeitos que pode produzir em relação a ela<sup>120</sup>.

Entretanto, o elemento teleológico também oferece seus perigos, em razão da abertura que oferece aos valores, acentuando a subjetividade daqueles que dele se valerão no processo de aplicação do direito<sup>121</sup>. A incerteza das conclusões, a insegurança causada pela imprevisibilidade inerente aos pontos de vista fortemente valorativos, e a ameaça de incoerências no âmbito da dinâmica jurisprudencial são fatores que mostram-se mais presentes com a consideração dos fins do direito.

Por tais motivos, adverte Friedrich Müller que a interpretação teleológica não é autônoma dos outros elementos de interpretação, como o gramatical, o histórico e o

---

<sup>117</sup> Cf. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. CORDEIRO, A. Menezes, 3. ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 66-67 e 187.

<sup>118</sup> Cf. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2. ed., Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1971, pp. 284-285.

<sup>119</sup> Cf. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 17 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 151.

<sup>120</sup> Cf. *La motivazione (...)*, ob. cit., p. 250.

<sup>121</sup> A título de exemplo, Anna de Vita expõe a problemática da referência ao preâmbulo, por parte do Conselho Constitucional francês, para aferir a constitucionalidade das leis, e conclui que aquilo que chama de “normas de princípios” colocam inevitável dificuldade ao intérprete, “pela carga política e ideológica que as anima”. Cf. *I valori costituzionali come valori giuridici superiori nel sistema francese*, in PIZZORUSSO, Alessandro e VARANO, Vincenzo (org.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, t. II, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1985, pp. 1183 e segs.



sistemático. Os pontos de vista dela advindos só poderão ser utilizados na medida em que possam ser justificados mediante outros elementos<sup>122</sup>.

De forma semelhante, Konrad Hesse, após admitir que o ponto de vista teleológico indica uma direção de questionamento essencial, ressalva que, se utilizado de forma isolada, ele “*não possibilita uma resposta suficiente, porque ‘sentido e finalidade’ da prescrição somente são determináveis indubitavelmente se eles podem ser comprovados com auxílio de outros elementos*”<sup>123</sup>.

## 2.2 A identificação da finalidade

Na chamada interpretação teleológica, cuida-se, inicialmente, de identificar uma finalidade da disposição ou da norma desta obtida.

Em se tratando de identificar a finalidade do *legislador*, é de se verificar o fim por ele visado com a edição do ato. Recorre-se assim a elementos extranormativos, procurando alcançar as intenções mediatas daquele que formulou a disposição.

Caso a finalidade que se pretenda identificar seja da *norma*, é preciso distinguir quanto à espécie de norma. Em se tratando de uma *norma-comando*, a identificação de sua finalidade faz-se pela atividade de *perquirição da ratio*, a que se fez referência no Capítulo II, Item 2.1, em que estão envolvidos indução, abstração e generalização. É que, neste caso, a finalidade está apenas implícita<sup>124</sup>.

O RE 181.599 contém exemplo típico de identificação de finalidade de uma norma-comando da Constituição. Naquela oportunidade, o relator entendeu que a exigência constitucional de expedição do precatório<sup>125</sup> “*tem por finalidade impedir favorecimentos pessoais indevidos e frustrar injustas perseguições ditadas por razões de caráter político-administrativo*”. Dessa forma, o

---

<sup>122</sup> Cf. *Discours de la méthode juridique*, trad. JOUANJAN, Olivier, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 269.

<sup>123</sup> Cf. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. HECK, Luís Afonso, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 64.

<sup>124</sup> Note-se que, nas disposições que só admitem a obtenção de uma norma-comando, a prévia identificação desta é condição necessária para a obtenção da finalidade. Isso porque primeiro é preciso *interpretar* o dispositivo, encontrando o seu *significado*, para só depois perquirir a sua finalidade. Não se pode procurar a finalidade de algo sem previamente compreendê-lo.

<sup>125</sup> Norma-comando obtida do art. 100, cuja redação é a seguinte: “À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

sentido teleológico da norma inscrita no caput do art. 100 da Carta Política (...) objetiva viabilizar, na concreção do seu alcance, a submissão incondicional do Poder Público ao dever de respeitar o princípio que confere preferência jurídica a quem dispuser de precedência cronológica.

O mesmo ocorre no RE 446.999, em que se encontrou a finalidade da norma-comando inscrita no art. 14, §7º da CF<sup>126</sup>, e que possui a seguinte ementa:

INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA REGRA DE INELEGIBILIDADE. 1. A regra estabelecida no art. 14, §7º da CF, iluminada pelos mais basilares princípios republicanos, visa obstar o monopólio do poder político por grupos hegemônicos ligados por laços familiares.

Já na hipótese de uma *norma-fim*, o seu objeto já é uma finalidade. É a finalidade que está “dentro” da norma. A investigação do conteúdo da norma já revela tal finalidade que nela está contida, sem precisar recorrer à *perquirição da ratio*.

Ocorre que, além dessa finalidade contida explicitamente na norma-fim como seu objeto, é possível identificar outra finalidade, implícita e superior àquela: a finalidade que *fundamenta* a norma-fim. Da mesma forma que acontece com a finalidade que fundamenta a norma-comando, aquela finalidade fundamentadora da norma-fim também deve ser obtida por *perquirição da ratio*<sup>127</sup>.

### 2.3 A utilização da finalidade

Não obstante, para que a *finalidade implícita* (fundamentadora de uma norma-comando ou de uma norma-fim) ou a *norma-fim* identificadas ganhem operatividade para a decisão de um determinado caso submetido à atividade jurisdicional, é preciso que delas sejam obtidas *normas-comando*. Assim, obtida a finalidade, seja aquela que *fundamenta* a norma-comando ou a norma-fim, seja a que está *contida* na norma fim, a segunda fase da interpretação teleológica será a identificação da norma-comando mais adequada para a promoção de tal finalidade.

---

<sup>126</sup> “Art. 14. (...) § 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição”.

<sup>127</sup> Cf. Capítulo II, Item 4.

### 2.3.1 Utilização da finalidade e níveis de liberdade do juiz

Nesse diapasão, o processo de identificação de uma norma-comando para reger o caso pode oferecer três níveis diferentes de liberdade para o juiz.

No nível de liberdade *baixo*, dentre todas as possíveis normas que podem ser obtidas pelos diferentes métodos de interpretação da disposição, será escolhida para reger o caso a mais apta para promover a finalidade. A finalidade funciona aqui apenas como critério de seleção entre as diferentes normas.

Para melhor explicitar este raciocínio, pode recorrer-se à explicação de Michele Taruffo. Para o autor, na escolha do significado a partir de um critério teleológico, a norma é qualificada como idônea ou não idônea a qualificar a hipótese fática segundo os efeitos que pode produzir em relação a esta: trata-se de uma escolha que versa sobre a finalidade que ela permite atingir com a decisão da lide<sup>128</sup>.

Karl Larenz parece adotar esse modo de proceder como sendo a regra geral da “interpretação teleológica”:

Interpretação teleológica quer dizer interpretação de acordo com os fins cognoscíveis e as idéias fundamentais de uma regulação. A disposição particular há de ser interpretada no quadro do seu sentido literal possível e em concordância com o contexto significativo da lei, no sentido que corresponda optimamente à regulação legal e à hierarquia destes fins<sup>129</sup>.

Já no nível *médio*, obtém-se, unicamente com base na finalidade (por concretização), a norma mais apta a promovê-la, e em seguida, procura-se *adaptar* tal norma às normas que podem ser obtidas por interpretação da disposição. A finalidade aqui pode acarretar efeito restritivo ou ampliativo em relação às normas interpretadas a partir da disposição.

Enfim, no nível *alto*, a norma obtida unicamente com base na finalidade (por concretização) será a norma que regerá o caso, independentemente das normas que podem ser obtidas por interpretação da disposição. Aqui, a finalidade pode provocar efeitos abrogatórios em relação às normas interpretadas a partir da disposição.

Estes dois últimos procedimentos, que implicam uma “correção” teleologicamente fundamentada da lei, figuram como excepcionais para Karl Larenz, que apenas os admite

---

<sup>128</sup> Cf. *La motivazione (...)*, ob. cit., p. 250.

<sup>129</sup> Cf. *Metodologia da ciência do direito*, trad. Lamego, José, 3. ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 468. No mesmo sentido é a observação de André Ramos Tavares: “Como regra geral, os enunciados constituem verdadeiras barreiras interpretativas para o operador do Direito e, em particular, para o Tribunal Constitucional, em sua atividade de elucidação da norma vigente”. Cf. *Teoria da Justiça Constitucional*, tese de livre-docência, São Paulo, 2003, p. 229.

desde que o fim da lei “*esteja claramente averiguado e que, sem a correção, esse fim não seria atingido numa parte dos casos e não seria possível evitar uma grave contradição de valoração ou uma clara injustiça*”<sup>130</sup>.

Nos níveis médio e alto, é certo que a finalidade havia sido obtida já a partir de uma norma-comando previamente identificada<sup>131</sup>. Entretanto, essa norma figurou como uma norma “provisória”, que apenas serviu de suporte para a identificação da finalidade. A partir dessa finalidade agora identificada, será obtida, por concretização, outra norma-comando – aquela adequada para a promoção da finalidade –, que poderá ou não coincidir com a primeira norma-comando.

A título de exemplo, entendeu-se, no RE 578.562, que a imunidade prevista na norma-comando obtida do art. 150, VI, *b*, da CF<sup>132</sup> alcança também os cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso. No mesmo sentido, o RE 183.403, em que se decidiu que a imunidade da norma-comando do art. 150, VI, *d*<sup>133</sup> alcança as chamadas apostilas, veículo de transmissão de cultura simplificado.

O que se observa é que, após serem obtidas as finalidades das duas imunidades – na primeira, a proteção das “*distintas expressões de crença espiritual*” (ministro Eros Grau), e na segunda, o “*implemento da educação e da cultura*” e a “*comunicação do pensamento num contexto de obra de cultura*” (ministro Marco Aurélio) –, obtiveram-se normas-comando ampliativas promotoras daquelas finalidades. Tais normas-comando proíbem a incidência de tributos também sobre aqueles objetos.

De forma semelhante, assim consta da ementa do RE 158.564:

ELEITORAL - PREFEITO QUE SE CANDIDATA A VICE-PREFEITO DO MESMO MUNICÍPIO, PARA O PERÍODO IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTE - INELEGIBILIDADE - INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ART. 14, PAR. 5., DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DESINCOMPATIBILIZAÇÃO - IRRELEVÂNCIA DA RENÚNCIA TEMPESTIVA AO MANDATO (CF, ART. 14, PAR. 6.) - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. A inelegibilidade do Prefeito municipal que pretende candidatar-se a Vice-Prefeito do mesmo Município, para o período administrativo subsequente, subsiste plenamente, ainda que o seu afastamento definitivo da chefia do Executivo local tenha ocorrido no semestre anterior a

<sup>130</sup> Cf. *Metodologia (...)*, ob. cit., p. 469.

<sup>131</sup> Excetuando-se as hipóteses em que se identificaram normas-fim.

<sup>132</sup> “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: (...) b) templos de qualquer culto; (...)”.

<sup>133</sup> “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: (...) d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”.

realização das eleições. A interpretação teleológica do art. 14, PAR. 5.<sup>134</sup>, da Constituição objetiva impedir que se consuma qualquer comportamento fraudulento que, lesando o postulado da irreelegibilidade do Prefeito municipal, viabilize, ainda que por via indireta, o acesso do Chefe do Poder Executivo local a um segundo mandato, cujo exercício, em período imediatamente sucessivo, lhe é categoricamente vedado pela norma constitucional.

Conforme se pode observar, ao analisar a norma-comando do art. 14, § 5º da CF (redação anterior à EC 16/97) – proibição de eleição dos chefes do Executivo para o mesmo cargo no período administrativo subsequente –, a Corte identificou a sua finalidade – frustrar “comportamento fraudulento” de candidato. Com base nessa finalidade, construiu-se uma norma-comando ampliativa: a proibição de que prefeito afastado do cargo eleja-se vice-prefeito para o período administrativo subsequente àquele em que se deu o afastamento.

Em outro exemplo (HC 76.853), o ministro Marco Aurélio, em voto acatado pela maioria, entendeu que o art. 2º, II da Lei 8.072/90 (antiga redação)<sup>135</sup> *“há de ter alcance perquirido à luz dos métodos de interpretação teleológico e sistemático”*. Não se poderia admitir assim afastar, de forma peremptória, a liberdade provisória *“em hipótese na qual envolvido réu primário, de bons antecedentes, com família constituída e trabalho implementado”*.

Neste caso, procurou-se a finalidade da norma-comando que proíbe a liberdade provisória aos acusados de crimes hediondos, de prática da tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo. Ao que parece, pelo argumento do ministro, tal finalidade seria a prevenção geral em face dos indivíduos de maior periculosidade. A partir dessa finalidade, obteve-se norma-comando restritiva que excepciona daquela proibição os réus primários, de bons antecedentes, com família constituída e trabalho implementado.

---

<sup>134</sup> “Art. 14. (...) § 5º - São inelegíveis para os mesmos cargos, no período subsequente, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito” (redação anterior à EC 16/97).

<sup>135</sup> “Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...) II - fiança e liberdade provisória” (redação anterior à modificação feita pela Lei 11.464/07).

### 2.3.2 Utilização de finalidade de outra norma

Nos exemplos anteriores, identificou-se a finalidade com base na norma de uma disposição, e a partir dessa finalidade obteve-se outra norma, *relacionada tematicamente e de forma direta àquela mesma disposição*.

Pode ocorrer, entretanto, que, após se identificar uma finalidade com base na norma de uma disposição, seja obtida outra norma, mas *sem relação temática direta com aquela disposição*. Em outros termos, e sob ângulo inverso, é possível que, para encontrar a norma-comando finalisticamente adequada de determinada disposição, seja tomada como parâmetro uma finalidade alheia a tal disposição. Nestes casos, parece correto afirmar que houve uma interpretação teleológica *sistemática*.

Pertinente exemplo encontra-se na ADI 3.105, em que o ministro Cezar Peluso, ao analisar o art. 195, inciso II, parte final, da CF<sup>136</sup>, assim se pronunciou:

Este cânone, embora faça menção apenas às aposentadorias e pensões concedidas pelo **regime geral de previdência**, deve ser interpretado de forma teleológica e expansiva, para alcançar, no que sejam compatíveis, também aquelas concedidas **pelo regime dos servidores públicos**, em atenção ao caráter unitário do fim público de ambos os regimes e ao princípio da isonomia (...).

Pelo que se observa, a isonomia aqui não é propriamente a finalidade do referido art. 195, inciso II, parte final (ou de sua norma). A isonomia é uma finalidade constitucional externa à norma, e é tomada como parâmetro para adaptá-la a ela, via ampliação.

Também no AI-AgR-ED 158.725, o ministro relator Marco Aurélio entendeu que *“cumpre dar sentido teleológico ao preceito do § 1º do artigo 103 da Lei Maior<sup>137</sup>, porquanto não se afigura razoável entender-se que, em todo e qualquer procedimento, os autos devam ser, automaticamente, enviados ao Ministério Público”*. E ainda:

Se hoje o órgão já está sobrecarregado, fato a implicar permanência de processos por dois a três anos, o que se dirá se adotada a automaticidade que os Embargantes propugnam?

---

<sup>136</sup> “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (...)”.

<sup>137</sup> “Art. 103. (...) § 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal”.

Nota-se que o ministro buscou uma finalidade externa ao art. 103, § 1º – ao que parece, a celeridade na tramitação dos processos perante o STF. Isso porque, a partir da norma-comando que obriga a oitiva do Procurador-Geral da República em todos os processos de competência daquela Corte, não é possível identificar aquela finalidade. Aliás, essa norma-comando figura mesmo como uma restrição àquela finalidade, pois depõe contra a rapidez no andamento das causas. Tal norma parece ter outra finalidade – visar a que o contraditório com a participação de instituição incumbida da defesa da ordem jurídico-constitucional conduza a convicção mais embasada e juízo mais seguro por parte dos julgadores.

Por conseguinte, o ministro obteve da disposição uma norma-comando com base naquela finalidade externa (celeridade): a permissão para que alguns autos não fossem enviados ao Ministério Público. Tal decisão foi de encontro ao entendimento esposado no RE 177.137 pelo ministro Moreira Alves, que interpretou definitivamente o art. 103, § 1º da CF sem fazer alusões a finalidades: “*A Constituição é categórica. Devemos mandar todos os processos à Procuradoria, para parecer*”.

Por sua vez, no HC 82.959, o mesmo ministro relator Marco Aurélio entendeu que o art. 97, § 1º do Código Penal<sup>138</sup>, ao dispor sobre prazo indeterminado da medida de segurança para inimputável, havia de ser interpretado teleologicamente, atentando-se para o limite máximo de 30 anos, tendo em vista a regra constitucional que veda a prisão perpétua. De acordo com este raciocínio, as mesmas razões que fundamentam as normas-comando proibitivas de prisão perpétua e de custódia por prazo maior que 30 anos militam a favor da proibição de internamento por tempo superior a 30 anos.

#### **2.4 O elemento teleológico no controle de constitucionalidade e a busca da interpretação conforme a Constituição**

A chamada “interpretação conforme a Constituição” pode assumir os seguintes significados: a) um *postulado de interpretação*, decorrente da presunção de constitucionalidade das leis, e segundo o qual o julgador deve optar, dentre as diversas interpretações possíveis de uma mesma disposição, por aquela que mais se adapta à Constituição; b) essa *atividade* de escolha da interpretação que mais se coaduna com a

---

<sup>138</sup> “Art. 97. (...) § 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos”.

Constituição; c) o *resultado* dessa atividade: a interpretação que mais se conforma à Constituição; e d) uma *técnica de decisão* proferida em sede de controle de constitucionalidade, pela qual o órgão controlador decide de acordo com a interpretação que mais se coaduna com o texto constitucional.

Em se tratando do elemento teleológico da Constituição, a interpretação conforme, em qualquer de seus significados, assume a figura de *interpretação conforme a finalidade da Constituição*. Trata-se, assim, da norma que *menos restringe* ou que *mais promove* certa finalidade da Constituição, ou então que melhor equilibra as restrições e promoções às finalidades em conflito<sup>139</sup> (c); a obrigatoriedade de escolhê-la (a); a atividade de escolhê-la (b); ou a técnica de decidir de acordo com ela (d).

Segundo a lição de Betti, quando se ilumina o conteúdo normativo da lei pela racionalidade teleológica, a norma pode ter seu alcance tanto estendido quanto limitado<sup>140</sup>. No que tange à interpretação conforme a finalidades da Constituição, o intérprete “manipula” o âmbito de incidência da norma legal, dentro dos limites textuais da disposição, guiado por uma finalidade da Constituição. Ao diminuir aquele âmbito de incidência, o intérprete evita que a norma se mostre inconstitucional por abranger hipóteses não permitidas pela Constituição; já ao aumentar seu âmbito de incidência, o intérprete evita que ela seja inconstitucional por deixar de abranger hipóteses obrigatórias pela Constituição. O órgão encarregado de interpretar a lei impede, no primeiro caso, que ela peque por excesso, e no segundo, por insuficiência.

Assim, como anota Pablo Navarro, ao considerar inadequada ao caso concreto determinada solução dada pelo legislador, o intérprete frequentemente faz uma redução teleológica do *alcance* da norma, ao invés de discutir sua *força normativa*<sup>141</sup>. O intérprete procura “salvar” a norma legal da inconstitucionalidade.

Esse “salvamento” iluminado por uma finalidade da Constituição, entretanto, como já ressaltado, encontra limites no próprio texto da disposição legal. Quando este não permitir qualquer interpretação que se coadune com a finalidade constitucional, a disposição se mostrará inteiramente viciada<sup>142</sup>. O intérprete não pode “forçar” uma interpretação não admitida pelo texto da disposição<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> Sobre a *promoção* e a *restrição* a finalidades, bem como a *ponderação*, cf. Capítulo IV, Itens 3 e 4.

<sup>140</sup> Cf. BETTI, Emilio, *Interpretazione (...)*, ob. cit., p. 287.

<sup>141</sup> Cf. *Acerca de la inevitabilidad de la interpretación*, in Isonomia, n. 22, 2005, p. 108.

<sup>142</sup> Nesse sentido, o ministro Moreira Alves, quando do julgamento da RP 1.417, bem pontuou os limites da interpretação conforme: “(...) O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO (VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG) É PRINCÍPIO QUE SE SITUA NO ÂMBITO DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE, E NÃO APENAS SIMPLES REGRA DE



Karl Engisch, enfim, assim explica a interpretação conforme:

(...) nos casos, mas só nos casos, em que o ‘teor verbal’ não é unívoco, e, portanto, especialmente naqueles em que de antemão se consente uma interpretação mais restritiva e uma interpretação mais extensiva, procura decidir-se a favor daquele sentido da letra que conduza à compatibilidade da disposição legal interpretanda com a Constituição e os seus princípios. Aqui pressupõe-se, portanto, um sentido literal não unívoco, e não se opera *contra* o sentido literal que directamente se obtém através da interpretação ‘gramatical’ da lei.<sup>144</sup>

### 3. Os elementos históricos

#### 3.1 A “*occasio legis*”

A *occasio legis*, de forma sintética, significa o conjunto de circunstâncias sociais que levaram ao surgimento da lei<sup>145</sup>: o estado de coisas que motivou o legislador a editar o ato legislativo. Em paralelo com o ato administrativo, há semelhança com o que a doutrina administrativista chama de *pressuposto de fato*, que se define como o “conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o

---

INTERPRETAÇÃO. A APLICAÇÃO DESSE PRINCÍPIO SOFRE, POREM, RESTRIÇÕES, UMA VEZ QUE, AO DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DE UMA LEI EM TESE, O S.T.F. - EM SUA FUNÇÃO DE CORTE CONSTITUCIONAL - ATUA COMO LEGISLADOR NEGATIVO, MAS NÃO TEM O PODER DE AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO, PARA CRIAR NORMA JURÍDICA DIVERSA DA INSTITUÍDA PELO PODER LEGISLATIVO. POR ISSO, SE A ÚNICA INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL PARA COMPATIBILIZAR A NORMA COM A CONSTITUIÇÃO CONTRARIAR O SENTIDO INEQUIVOCO QUE O PODER LEGISLATIVO LHE PRETENDEU DAR, NÃO SE PODE APLICAR O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO, QUE IMPLICARIA, EM VERDADE, CRIAÇÃO DE NORMA JURÍDICA, O QUE É PRIVATIVO DO LEGISLADOR POSITIVO. (...) NO CASO, NÃO SE PODE APLICAR A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO POR NÃO SE COADUNAR ESSA COM A FINALIDADE INEQUIVOCAMENTE COLIMADA PELO LEGISLADOR, EXPRESSA LITERALMENTE NO DISPOSITIVO EM CAUSA, E QUE DELE RESSALTA PELOS ELEMENTOS DA INTERPRETAÇÃO LÓGICA. (...) REPRESENTAÇÃO QUE SE JULGA PROCEDENTE, PARA SE DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 3 DO ARTIGO 65 DA LEI COMPLEMENTAR N. 35/79, INTRODUZIDO PELA LEI COMPLEMENTAR N. 54, DE 22.12.86”.

<sup>143</sup> No direito comparado, há artifícios decisórios que, não obstante visem também a preservar a norma infraconstitucional, parecem ir “um pouco além” da interpretação conforme, intensificando a atividade criadora do juiz e tendendo, por vezes, a extrapolar os limites da interpretação. Na “declaração de conformidade sob reserva de interpretação construtiva” do direito francês, *e.g.*, o órgão julgador adiciona ao texto aquilo que lhe falta para ser conforme (cf. FAVOREU, Louis, *La décision de constitutionnalité*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 2, ano 38, abril-junho de 1986, p. 622). Já nas “sentenças aditivas” do direito italiano, a Corte Constitucional declara inconstitucional certo dispositivo naquilo que deixa de dizer algo. Dessa maneira, *e.g.*, em processo penal, pode haver inconstitucionalidade de um dispositivo na parte que não prevê que certos atos se desenvolvam na presença de um advogado: o resultado será a obrigatoriedade dessa presença. O exemplo é de Roberto Romboli (cf. *La tipologia de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 48, setembro-dezembro de 1996, p. 65).

<sup>144</sup> Cf. *Introdução (...)*, ob. cit., p. 120.

<sup>145</sup> De forma semelhante, cf. ASCENSÃO, José de Oliveira, *O direito (...)*, ob. cit., p. 427.

ato”<sup>146</sup>. Em direito privado, ela encontra alguma semelhança com a chamada *causa* dos atos jurídicos, embora esta não possua conceituação unânime na doutrina<sup>147</sup>.

Com base em diversos autores<sup>148</sup>, Carlos Maximiliano faz uma definição de *occasio legis* que merece ser transcrita em razão de sua completude:

complexo de circunstâncias específicas atinentes ao objeto da norma, que constituíram o impulso exterior à emanação do texto; causas mediatas e imediatas, razão política e jurídica, fundamento dos dispositivos, necessidades que levaram a promulgá-los; fatos contemporâneos da elaboração; momento histórico, ambiente social, condições culturais e psicológicas sob as quais a lei surgiu e que diretamente contribuíram para a promulgação; conjunto de motivos ocasionais que serviram de justificação ou pretexto para regular a hipótese; enfim o mal que se pretendeu corrigir e o modo pelo qual se projetou remediá-lo, ou, melhor, as relações de fato que o legislador quis organizar juridicamente<sup>149</sup>.

A *occasio legis* é basicamente importante em relação à chamada “legislação de emergência”. Ocorre que, como adverte José de Oliveira Ascensão, a legislação de emergência parece ter passado a ser, hoje, a forma normal de exercício da atividade legislativa: “quase toda a legislação surge perturbada pela situação de emergência em que se originou”<sup>150</sup>. A celeridade das transformações por que passa a sociedade tecnológica contemporânea permite associar grande parte das leis a certas situações e necessidades cujo surgimento é identificável no tempo, e que, além de exigirem pronta resposta legislativa, exercem papel preponderante na justificação da existência daquelas normas legais.

### 3.2 Os trabalhos preparatórios

Os trabalhos preparatórios envolvem o plexo de discussões e debates parlamentares anteriores à edição da lei. Neles, verificam-se o embate de ideias, os conflitos de interesses, as reivindicações de grupos, e em suma, as argumentações a favor e contra o projeto e anteprojeto da lei que afinal virá a ser editada.

---

<sup>146</sup> Cf. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 2 ed., São Paulo, Atlas, 2001, p. 83.

<sup>147</sup> Sobre a imensa variação de significados que a doutrina atribui ao termo, cf. RÁO, Vicente, *Ato jurídico*, 4 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 92 e segs.

<sup>148</sup> Almeida Souza, Coelho da Rocha, Trigo de Loureiro, Pacifici-Mazzoni, Ferrara, Enneccerus, Reuterskiöld, Salomon, Black, Sutherland e Geny.

<sup>149</sup> Cf. *Hermenêutica (...)*, ob. cit., p. 148-149.

<sup>150</sup> Cf. *O direito (...)*, ob. cit., p. 428. Nessa esteira, o autor conclui que “não podemos deixar assim de dar relevo na interpretação à marca que essa emergência deixa na legislação que provocou” (p. 428).

Assim, enquanto na *occasio legis* o que adquire relevância é o aspecto empírico de determinados fatos ou situações sociais, os trabalhos preparatórios relacionam-se mais diretamente às avaliações que se fazem dessas circunstâncias, sobressaindo, portanto, o aspecto ideológico.

Como adverte Ferrara, os trabalhos preparatórios funcionam como subsídios, quando se puder demonstrar que as ideias e princípios dos proponentes e dos votantes quedaram-se incorporados na lei. Dessa forma, eles podem, no máximo, valer como “*indício de certa vontade legislativa, mas devem ser utilizados com cautela e circunspeção*”<sup>151</sup>.

### 3.3 O histórico do texto

O histórico do texto envolve toda a “vida normativa” do tema legislado. Trata-se das transformações, ocorridas no direito positivo, que permitem tecer uma linha de desenvolvimento da forma pela qual o legislador tratou determinado assunto ao longo do tempo.

Em interessante caso, Caio Tácito recorre a antecedentes normativos para verificar o desvio de finalidade de uma lei. Trata-se do art. 29 da lei 8.177/91<sup>152</sup>, que equiparou as entidades de previdência privada às instituições financeiras e do sistema de distribuição do mercado de valores mobiliários, para efeito de fiscalização do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários.

De acordo com o autor, o objetivo de tal norma foi legalizar a Resolução n.º 1.721/90 do Banco Central<sup>153</sup>, que obrigou as entidades fechadas de previdência privada a adquirir Certificados de Privatização (títulos de emissão do Tesouro Nacional). Tal resolução é considerada ilegal pelo autor por extravasar da competência do Banco Central (prevista em Lei Complementar) e por fugir aos objetivos da ação do poder público sobre

---

<sup>151</sup> Cf. *Interpretação (...)*, ob. cit., pp. 43-44.

<sup>152</sup> “Art. 29. As entidades de previdência privada, as companhias seguradoras e as de capitalização são equiparadas às instituições financeiras e às instituições do sistema de distribuição do mercado de valores mobiliários, com relação às suas operações realizadas nos mercados financeiro e de valores mobiliários respectivamente, inclusive em relação ao cumprimento das diretrizes do Conselho Monetário Nacional quanto às suas aplicações para efeito de fiscalização do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários e da aplicação de penalidades previstas nas Leis n.ºs 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 6.385, de 7 de dezembro de 1976”.

<sup>153</sup> “Art. 2º. As entidades fechadas de previdência privada, constituídas de acordo com os critérios fixados pelo Conselho de Previdência Complementar, deverão adquirir certificados de privatização, observando os percentuais abaixo especificados dos recursos garantidores de suas reservas existentes em 31.12.89, procedendo-se de conformidade com a regra contida no item III do art. 1º (...)”.

aquelas entidades, conforme dispunha o art. 3º da Lei 6.435/77<sup>154</sup>, já revogada. Essa ilegalidade gerou diversos mandados de segurança<sup>155</sup>.

Com isso, a finalidade real da lei 8.177/91 seria “*tentar convalidar o ato judicialmente contestado e obstar a defesa de interesses respeitáveis*”. A lei visaria a “*desconstituir o controle judicial da legalidade, convalidando a competência indebitamente exercida pelo Banco Central do Brasil e procurando abonar a imperatividade do ato*”. Em outros termos, o objetivo seria “*a posteriori suprir o vício de incompetência do BACEN e a ilegalidade da ordem*”, elidindo o controle judicial ao “*legalizar a ilegalidade*”<sup>156</sup>.

### 3.4 Elementos históricos e finalidade

Como já se pode vislumbrar, os elementos históricos possuem íntima relação com o elemento teleológico em dois pontos.

De um lado, os elementos históricos, enquanto fatores externos à *norma* propriamente dita, porém mais diretamente ligados às disposições e ao ato legislativo como um todo, são de especial importância para a *identificação da finalidade visada pelo legislador* ao introduzir determinada lei ou disposição no ordenamento.

De outro lado, particularmente no que se refere à *occasio legis*<sup>157</sup>, tem-se que esta aparece indispensável para se verificar a *aptidão de certa norma para alcançar as finalidades por ela visadas*. Sempre que pretenda alcançar certos objetivos práticos, provocando mudanças na realidade social, a norma-comando encontrará um estado de coisas contemporâneo à sua entrada em vigor, sobre o qual operará a transformação visada. Esse estado de coisas “atual” dirá se os meios consubstanciados naquela norma são capazes de transformá-lo em direção ao estado de coisas “ideal” desejado na finalidade. Há uma análise da probabilidade de que a conformação das circunstâncias sociais

---

<sup>154</sup> “Art. 3º. A ação do poder público será exercida com o objetivo de: I - proteger os interesses dos participantes dos planos de benefícios; II - determinar padrões mínimos adequados de segurança econômico-financeira, para preservação da liquidez e da solvência dos planos de benefícios, isoladamente, e da entidade de previdência privada, em seu conjunto; III - disciplinar a expansão dos planos de benefícios, propiciando condições para sua integração no processo econômico e social do País; IV - coordenar as atividades reguladas por essa Lei com as políticas de desenvolvimento social e econômico-financeira do Governo Federal”.

<sup>155</sup> Cf. *Previdência privada: desvio de poder e ato legislativo*, in Revista de Direito Público, n. 100, outubro-dezembro de 1991, pp. 12 e segs.

<sup>156</sup> Cf. *Previdência (...)*, ob. cit., pp. 14-15.

<sup>157</sup> Também Carlos Maximiliano assinala que a *occasio legis* possui estreita relação com o elemento finalístico da lei. Cf. *Hermenêutica (...)*, ob. cit., p. 148.

contemporâneas ao regramento inscrito na norma tenha a potencialidade de conduzir à situação pretendida.

## CAPÍTULO IV. ADEQUAÇÃO, PROMOÇÃO E RESTRIÇÃO A FINALIDADES<sup>158</sup>

### 1. As duas perspectivas das finalidades

As finalidades no direito podem ser observadas sob duas diferentes perspectivas: a perspectiva axiológica e a perspectiva causal.

Em relação à primeira perspectiva, pode afirmar-se que uma argumentação pautada sobre valores é sempre uma argumentação teleológica. Como anota Miguel Reale, os valores são “*entidades vetoriais, porque apontam sempre para um sentido, possuem direção para um determinado ponto reconhecido como fim*”<sup>159</sup>. Por essa razão, de toda teoria do valor decorre uma “*teleologia ou teoria dos fins. Daí dizermos que fim não é senão um valor enquanto racionalmente reconhecido como motivo de conduta*”<sup>160</sup>.

Também Enrique Haba, comentando as tendências teleológicas, faz a associação entre finalidades e valores:

(...) o fim tomando em consideração, seja qual for, desempenha o papel de um valor (absoluto ou relativo; mediato ou imediato; ocupe o nível que ocupe na hierarquia da escala valorativa que seja). É que, por definição, todo fim do obrar humano representa alguma medida de valor, à qual esse obrar aponta<sup>161</sup>.

Especialmente no âmbito do direito constitucional, Ronaldo Poletti afirma que “*Quem fala em valores, refere-se a fins. Todo valor representa um fim em si*”, razão pela qual os “*valores preservados pela Constituição*” são “*seus fins ou objetivos*”<sup>162</sup>.

No RE 237.718, é possível observar associação entre valores e teleologia, em sede constitucional, no seguinte trecho do voto do ministro Sepúlveda Pertence:

---

<sup>158</sup> Importante advertir, desde logo, que não se pretende, neste Capítulo, expor ou criticar o chamado “teste de proporcionalidade” desenvolvido pelo Tribunal Constitucional alemão para verificar a constitucionalidade das leis, e que é composto por três “fases” sequenciais, cada qual prejudicial em relação à seguinte: verificação da adequação/verificação da necessidade/sopesamento (sobre tais fases, cf. ÁVILA, Humberto, *Teoria (...)*, ob. cit., pp. 152 e segs.; SILVA, Luis Virgílio Afonso da, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, tese de titularidade, São Paulo, 2005, pp. 222 e segs.). Assim, o presente trabalho não tem o objetivo de se pronunciar sobre a validade desse método, mas apenas de se utilizar de algumas idéias – e termos – ali presentes para explorar certas relações pertinentes ao tema tratado. Pela própria ordem de exposição aqui adotada, é possível notar a ausência de compromisso com tal procedimento.

<sup>159</sup> Cf. *Filosofia do direito*, 20 ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 190.

<sup>160</sup> Cf. *Filosofia (...)*, ob. cit., p. 191. Em outra passagem, diz o autor: “(...) toda doutrina finalística oculta em seu seio uma teoria axiológica” (p. 379); e também: “O que declaramos fim não é senão um momento de valor abrangido por nossa racionalidade limitada (...)” (p. 380).

<sup>161</sup> Cf. *Esquemas (...)*, ob. cit., p. 84.

<sup>162</sup> Cf. *Controle (...)*, ob. cit., p. 182.

Não obstante, estou em que o entendimento do acórdão (...) é o que se afina melhor à linha da jurisprudência do Tribunal nos últimos tempos, decisivamente inclinada à **interpretação teleológica** das normas de imunidade tributária, de modo a maximizar-lhes o potencial de efetividade, como garantia ou estímulo à concretização dos **valores constitucionais** que inspiram limitações ao poder de tributar. (*grifos nossos*)

Já no que tange à perspectiva causal, a finalidade aparece como uma determinada configuração ideal da realidade. Encontra-se na finalidade um *estado de coisas*<sup>163</sup> pretendido, com o qual se deseja que a realidade empírica coincida.

Há na finalidade, assim, a referência a uma específica disposição de objetos concretos, que podem ser mentalmente representados. É a essa perspectiva que se refere o ministro Nelson Jobim na ADI-MC 1.946: “*O Tribunal tem que examinar as conseqüências da legislação para constatar se estão, ou não, produzindo resultados contrários à Constituição*”.

A presente dualidade de perspectivas das finalidades encontra respaldo também em Carlos Maximiliano, para quem a realização dos fins do direito é um *bem*, que abrange “*não só o bem econômico e materializado, mas também outros valores, de ordem psíquica*”. São assim protegidos o patrimônio físico e moral do indivíduo e da coletividade<sup>164</sup>.

Também expressivo, ressaltando a referida dicotomia, é o magistério de Miguel Reale, para quem as ações teleologicamente determinadas de natureza prática dividem-se em *ações econômicas*, “*que se sucedem segundo um nexó opcional de conveniência ou de oportunidade, o que lhes dá um cunho técnico*”, e *ações éticas*, “*que se ligam por uma necessidade deontológica reconhecida pelo agente como razão essencial de seu agir (...)*”<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> A dimensão da finalidade enquanto estado de coisas é ressaltada por Pablo Larrañaga. Cf. *Responsabilidad de rol e directrices*, in *Doxa*, n. 24, 2001, p. 567, nota de rodapé n. 12. Entendendo que as normas jurídicas podem prescrever tanto ações como estado de coisas, cf. Navarro, Pablo Eugenio, *La eficacia del derecho*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 24-25. Humberto Ávila, por sua vez, associa finalidades, princípios e estados de coisas. Cf. *Teoria (...)*, ob. cit., pp. 69 e segs.

<sup>164</sup> Cf. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 17 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 153. Robert Summers chama a finalidade enquanto estado de coisas de razão finalista (“goal reason”), ao passo que a finalidade enquanto valor seria uma razão de correção (“rightness reasons”). Cf. *Two types of substantive reasons: the core of a theory of common-law justification*, in *Cornell Law Review*, v. 63, n. 5, junho de 1978, p. 716. Para o autor, a razão finalista adquire força ao sustentar certa decisão com base nos efeitos benéficos que esta poderá acarretar para determinado objetivo social; já a força da razão de correção advém do modo pelo qual a decisão se ajusta a uma norma sociomoral de justiça (pp. 717-718). De outra feita, quanto à *efetividade de sua implementação*, o autor entende que a razão de correção possui força independente da sua possibilidade de cumprimento (ex: réu que não possui dinheiro para o pagamento de indenização a que foi condenado), ao passo que a razão finalista tem sua força dependente dos reais efeitos da decisão (p. 776).

<sup>165</sup> Cf. *Filosofia (...)*, ob. cit., p. 383.

Dessa forma, conforme se trate da perspectiva axiológica ou da perspectiva causal, pode fazer-se referência à finalidade enquanto o *valor* que rege a norma e enquanto o *estado de coisas* visado a atingir pela norma, respectivamente.

Na referência ao valor, a finalidade é tomada como base para o processo interpretativo possuindo como referência um objeto abstratamente considerado, tendo em vista as suas qualidades. Já na alusão ao estado de coisas, a finalidade passa a referir-se a um objeto considerado de forma concreta, tendo em vista uma determinada configuração da realidade empírica<sup>166</sup>. Essa perspectiva da finalidade enquanto estado de coisas não exclui o tipo de operação presente na perspectiva do valor – antes, implica um “plus” em relação a ela. Para uma representação empírica de certa finalidade, é obviamente necessário explorar-se ao menos algumas de suas qualidades.

É de se reiterar que não se está diante de diferentes espécies de finalidades, mas sim de distintos pontos de vista acerca de uma finalidade. Há uma distinção operada com base nas duas possíveis funções que assume a finalidade conforme a utilização que dela é feita. A mesma finalidade pode assim ser considerada meramente enquanto valor, caso em que importarão os elementos qualificadores desse valor, como enquanto estado de coisas, hipótese em que ganharão relevo os meios que causem ou concorram para causar esse estado. No primeiro caso, a finalidade é explorada apenas em seu aspecto puramente conceitual; já no segundo, projeta-se também a finalidade como uma realidade conformada.

As finalidades exercerão um ou outro papel consoante o tipo de relação que mantenham com as normas. Com isso, a finalidade será tomada enquanto valor quando figurar como elemento de uma *relação conceitual*. De outra feita, a finalidade será considerada como estado de coisas quando for elemento de uma *relação causal*.

## 2. Relação lógico-conceitual e relação causal entre norma e finalidade

A distinção entre relação lógico-conceitual e relação causal<sup>167</sup> é comumente feita pela Filosofia e pela Lógica, enquanto duas espécies de relação mutuamente excludentes.

---

<sup>166</sup> De forma semelhante, mas não exatamente nos mesmos termos aqui adotados, Fernando Sainz Moreno faz a distinção entre *valores* e *conceitos valorativos*: “Os valores expressam certas qualidades das coisas. Os conceitos valorativos expressam objetos aos quais se atribuem, ademais, um sentido valorativo”. Cf. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 94.

<sup>167</sup> Tomando de empréstimo os termos utilizados por Bart Verheij e Jaap Hage, poder-se-ia falar também, respectivamente, em “constituição”, em que não há o fator tempo, e “causação”, a envolver lapso temporal. Cf. *States of Affairs, Events, and Rules: an Abstract Model of the Law*, in *Legal Knowledge Based Systems*.



As relações causais regem o sistema dos objetos físicos, e obedecem às leis da Física. Já as relações lógico-conceituais (ou de sentido) regem o sistema de significados, e obedecem às leis da Lógica. A causalidade não possui aplicação no domínio desse sistema de significados, sejam eles religiosos, éticos, científicos, estéticos, políticos ou jurídicos<sup>168</sup>. Os objetos físicos articulam-se entre si sem a interferência dos significados, da mesma forma que os significados articulam-se entre si sem a interferência dos objetos físicos.

No âmbito das relações entre normas, de um lado, e finalidades, de outro, podem surgir tanto relações conceituais quanto relações causais. Haverá uma relação conceitual quando uma norma promover ou restringir<sup>169</sup>, no plano dos significados jurídicos, uma finalidade, ao passo que haverá uma relação causal quando uma norma promover ou restringir uma finalidade no plano dos fatos<sup>170</sup>.

Nessas relações norma/finalidade, seja de promoção, seja de restrição, o que estão em jogo são os *tipos de efeito* das normas. Na relação conceitual, são considerados apenas os efeitos *jurídicos* da norma, ou seja, as alterações que a norma acarreta unicamente no plano normativo. Já na relação causal, o que importa são os efeitos *práticos* da norma, que são as alterações que efetivamente a norma provoca ou pode provocar no plano fático<sup>171</sup>.

Uma analogia pode ajudar a precisar a dualidade que aqui se pretende afirmar.

Nos atos humanos, como ensina Léon Duguit, o sujeito só pode agir sobre seus movimentos corporais. Apenas sua conduta, seu comportamento, sua ação estão sobre o domínio de sua vontade. As modificações no mundo exterior não são produto dessa vontade, mas sim de desencadeamentos causais de seu ato, os quais obedecem à lei da natureza. Essas consequências do ato podem ou não ter sido queridas pelo agente; se o forem, elas coincidirão com o fim do ato: o resultado que se pretende atingir<sup>172</sup>.

---

JURIX: The Tenth Conference, Nijmegen, 1997, p. 2 (texto disponível em [<http://www.ai.rug.nl/~verheij/publications/pdf/jurix97.pdf>]). Embora o julgemos aqui cabível, é de se ressaltar que o empréstimo é aproximativo, pois os autores empregam aqueles termos apenas para se referir a conexões entre estados de coisas.

<sup>168</sup> Cf. VILANOVA, Lourival, *Causalidade (...)*, ob. cit., pp. 6 e 12-13.

<sup>169</sup> A “promoção” e a “restrição” de finalidades serão melhor exploradas nos itens seguintes.

<sup>170</sup> Se de um lado a relação lógico-conceitual exige *justificação*, pois obedece às leis da lógica, a relação causal exige *explicação*, eis que presta obediência às leis da física.

<sup>171</sup> Francesco Carnelutti dá o seguinte exemplo: na compra do pão, o *efeito jurídico* é a transferência da propriedade do pão; já aquilo que ele chama de *efeito econômico*, que mediante o efeito jurídico se visa a tornar possível, é matar a fome. Cf. *Teoria generale del diritto*, 3 ed., Roma, Soc. Ed. del “Foro Italiano”, 1951, pp. 244-245. De forma semelhante, para Karl Olivecrona, o termo “efeitos” pode se referir tanto ao conteúdo das regras aplicáveis a um caso, quanto aos efeitos reais resultantes da ação dos tribunais. Cf. *Lenguaje jurídico y realidad*, 5. ed., México, Fontamara, 1999, pp. 50-51.

<sup>172</sup> Cf. *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3 ed., Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1927, p. 319 e segs. Nessa esteira, o autor diferencia o *objeto imediato* do ato, que é a própria ação; o seu *objeto mediato*, que são as consequências do ato; e o *fim* (“but”) do ato, ou seja, sua finalidade.

Da mesma forma que o sujeito humano só pode agir por seus órgãos e movimentos corporais, o legislador só pode agir pela imposição de proibições, permissões, obrigações. As consequências destes atos, tanto dos humanos quanto dos legislativos, são desdobramentos causais que obedecem a leis naturais. O sucesso do ato ocorrerá se suas consequências, afinal produzidas, coincidirem com sua finalidade, e isso dependerá não apenas de sua aptidão para produzir os efeitos desejados, mas também de fatores externos a ele alheios.

Dessa forma, simplesmente ao “agir”<sup>173</sup>, positivando normas, o legislador já está produzindo efeitos jurídicos. Essa “ação” terá certas consequências causais, previstas ou não, que são os seus efeitos práticos.

Obviamente, embora ambas sejam causais, a relação entre a ação humana e suas consequências não possui a mesma natureza da relação entre a “ação” legislativa e suas respectivas consequências. Nesta última, à diferença da primeira, medeia o elemento psicológico. Como observa Lourival Vilanova, as normas não são “*imediatamente eficazes*”, mas sim alteram as séries causais da conduta mediante os atos psíquicos por elas determinados<sup>174</sup>. Elas assim só são capazes de modificar o mundo fático por meio dos atos humanos, e para isso precisam antes “interferir” nos sistemas psíquicos. Por esse motivo, a relação em questão apresenta uma causalidade imprópria: embora se desenvolva com base na noção de causa e efeito, ela não é totalmente regida pela necessidade, pois a presença dos sistemas psíquicos exige que se reconheça a existência do fator *liberdade*.

Feitas tais considerações, é possível afirmar que, enquanto primeiro elemento da relação norma/finalidade, a norma pode figurar como *forma* ou como *meio*<sup>175</sup>.

Inserida em uma relação conceitual (finalidade enquanto valor), a norma assumirá o papel de *forma*. Ela aparecerá como uma das possíveis formas de se promover ou de se restringir determinado valor. Tomando como exemplo o valor “liberdade de expressão”, a norma que institui a censura prévia e a norma que proíbe atos de censura figuram, respectivamente, como *formas* de restringir e de promover aquele valor.

---

<sup>173</sup> Aulis Aarnio compara o ato de sanção de uma lei ao ato de doação de um relógio. Cf. *Derecho y acción – reflexiones sobre las acciones jurídicas colectivas*, in Isonomía, n. 8, abril de 1998, p. 114.

<sup>174</sup> Cf. *Causalidade (...)*, ob. cit., pp. 10-11. De forma semelhante, cf. CALVO, Raúl e VENIER, Carlos, *Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales*, in Isonomía, n. 19, outubro de 2003, p. 159: “Em sentido estrito, nenhuma consequência fática pode seguir-se de uma norma (lei de Hume)”.

<sup>175</sup> Os termos são de Juan Ruiz Manero. Cf. *Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca*, in Doxa, n. 28, 2005, pp. 356. Em esclarecedor exemplo, o autor acentua que enquanto “matar com veneno”, “matar com punhal” e “matar com disparo” são *formas* de matar, pois implicam conceitualmente o resultado morte, “subministrar veneno”, “apunhalar” e “disparar” são *meios* de matar, pois não implicam conceitualmente o resultado morte (pp. 356-357).

Já na relação causal (finalidade enquanto estado de coisas), a norma assumirá o papel de *meio*. Ela poderá assim se constituir em um dos meios para restrição ou promoção de certo estado de coisas. Tendo como exemplo de estado de coisas uma determinada disposição da realidade que se caracterize pela expressão livre do pensamento, uma norma que promova tal estado de coisas é uma norma que contribua para tornar a liberdade de expressão real e efetiva, o que consiste em que todos os indivíduos possam efetivamente exercer essa liberdade. Existem discussões acerca dos meios idôneos para tanto, tais como: aumentar o nível cultural da população, utilizar o sistema escolar para inculcar nos jovens o hábito de ler jornais e discutir etc<sup>176</sup>. Por outro lado, a imposição de impostos sobre a circulação de jornais e revistas pode ter como consequência a restrição à livre expressão do pensamento.

Em síntese, quando se consideram os efeitos jurídicos de determinada norma, a finalidade tomada como parâmetro é observada sob a perspectiva do valor por ela instituído, e a indagação que ocorre é aquela acerca da existência de promoção ou de restrição conceituais. De outra feita, quando são considerados os prováveis efeitos práticos de certa norma, observa-se a finalidade sob o ponto de vista do estado de coisas por ela conformado, e indaga-se da presença de promoção ou de restrição causais. No âmbito das relações entre normas e finalidades, portanto, é possível falar-se tanto de uma *teleologia axiológica* como de uma *teleologia causal*.

### **3. Promoção e restrição a finalidades**

#### **3.1 A promoção de finalidades**

Tal como aventado no item anterior, uma finalidade pode ser promovida conceitual e causalmente, conforme seja considerada, respectivamente, enquanto valor e enquanto estado de coisas. A promoção conceitual de uma finalidade ocorre sempre que o valor é afirmado por uma norma. Já a promoção causal de uma finalidade opera em um contexto da progressiva realização daquele estado de coisas.

Assim como nas obrigações de meio a norma já se satisfaz com a mera conduta a ela conforme, na promoção conceitual a finalidade é promovida simplesmente com a mera

---

<sup>176</sup> Cf. MANERO, Juan Ruiz, *Principios (...)*, ob. cit., p. 358. Como acentua o autor, “não há nada de conceitualmente incorreto em dizer que, apesar de terem sido utilizados, esses meios acabaram não logrando o estado de coisas pretendido” (p. 358).

existência da norma. De outra feita, tal como nas obrigações de resultado, em que as decorrências causais da ação é que devem satisfazer a norma, na promoção causal a finalidade é promovida em razão não da norma em si, mas de suas consequências práticas, potenciais ou efetivas.

Para exemplificar a distinção entre promoção lógico-conceitual e promoção causal, é pertinente recorrer à exemplificação de Georg Henrik von Wright, segundo o qual é diferente dizer “para ser um bom professor, um homem tem de ter tais e tais qualidades”, de dizer “para tirar o livro mais alto da estante, é preciso usar a escada”<sup>177</sup>. A identificação dos elementos que qualificam determinado conceito é sensivelmente distinta da identificação dos elementos que propiciam a obtenção de certo estado de coisas.

Com isso, a *promoção conceitual* de uma finalidade ocorre quando as normas promotoras dispõem das qualidades necessárias para a configuração daquele valor. E elas o fazem ao instituir *efeitos jurídicos* qualificadores da finalidade. Tome-se como exemplo o art. 1.228 do Código Civil<sup>178</sup>, que promove conceitualmente a garantia do direito de propriedade inscrito no art. 5º, inciso XXII da Constituição. Do mesmo modo, muitas das normas inscritas no Livro I, Título VIII, Capítulo II do Código de Processo Civil, referentes à resposta do réu no âmbito do processo judicial, visam a promover, sob o aspecto conceitual, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV da Constituição). Há uma *relação lógico-conceitual de promoção* entre efeitos jurídicos e finalidade.

Já a *promoção causal* de uma finalidade se mostra presente quando as normas promotoras são idôneas a produzir *efeitos práticos* que aproximem a realidade fática do objetivo pretendido. Muitas das normas contidas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/1996) são destinadas a promover causalmente as finalidades inscritas nos incisos I a V do art. 214 da Constituição<sup>179</sup>. De modo semelhante, diversas normas do Código Florestal visam a perseguir os objetivos inscritos no art. 225 da CF<sup>180</sup>. Há uma *relação causal de promoção* entre efeitos práticos e finalidades.

Kelsen chama essa última relação de “necessidade teleológica”, mas não concorda com o seu caráter jurídico. Para o autor, na relação causal, o fato de uma determinada

---

<sup>177</sup> Cf. *Norma (...)*, ob. cit., p. 34.

<sup>178</sup> “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

<sup>179</sup> “Art. 214. (...) I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País”.

<sup>180</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

conduta figurar como “*um meio, próprio, para realizar um determinado fim, de nenhum modo significa que esta conduta é devida, quer dizer, prescrita por uma norma válida da Moral ou do Direito*”<sup>181</sup>. Isso porque

a necessidade teleológica é uma necessidade causal, um ter de, nenhum dever-ser, e o ‘ter de’ é um sentido inteiramente diferente do ‘dever-ser’; à pergunta: ‘Que devo fazer’, responde a Ética ao enunciar a validade de uma determinada norma moral; à pergunta: ‘Que tenho eu de fazer, para realizar um determinado fim’, responde a Técnica, ao enunciar um determinado nexos causal<sup>182</sup>.

Não obstante seja incontestável que a relação causal pertence ao âmbito da física, tem-se que ela pode exercer importante função nos domínios do direito. São essencialmente diferentes a norma que obriga algo necessário ou proíbe algo impossível<sup>183</sup> e a norma que estabelece certa finalidade, para o alcance da qual é *necessária* a prática ou a abstenção de certas condutas, no caso dos atos humanos, ou então, no caso dos atos legislativos, a proibição, a permissão ou a obrigação da prática de certa conduta. Ora, a conduta ou a norma-comando, respectivamente, são aqui devidas porque o fim a que elas visam alcançar é devido. Ao dispor sobre a obtenção dos fins, o direito exige condutas e normas capazes de modificar a realidade no sentido daquela nova disposição de coisas. O fato de a relação entre essas condutas e normas, de um lado, e aqueles fins, de outro, figurar como uma relação causal, pertencente aos domínios das leis naturais, não significa que o direito esteja regulando acontecimentos necessários, mas sim exigindo do cidadão e do legislador as condutas e normas necessárias para o alcance das finalidades positivadas.

Portanto, a necessidade teleológica é sim, como diz Kelsen, uma necessidade causal, mas a partir do momento em que os fins que regem essa necessidade são juridicizados, as ações necessárias para sua obtenção também o são, adentrando assim o mundo do dever-ser.

### 3.1.1 Promoção conceitual e causal pela mesma norma

É importante notar a possibilidade de que uma mesma norma promova causal e conceitualmente a mesma finalidade.

---

<sup>181</sup> Cf. *Teoria geral das normas*, trad. DUARTE, José F., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 14.

<sup>182</sup> Cf. KELSEN, Hans, *Teoria geral (...)*, ob. cit., p. 15. Nesse sentido, do mesmo autor, cf. *Teoria pura do direito*, trad. MACHADO, João Baptista, 6. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000, pp. 86 e segs.

<sup>183</sup> Georg von Wright chama essas normas de *espúrias*. Cf. *¿Hay una lógica de las normas?*, in *Doxa*, n. 26, 2003, p. 5.

A garantia da individualização da pena e a proibição das penas de morte e de prisão perpétua, por exemplo, mostram-se aptas para promover a dignidade humana tanto conceitual quanto causalmente.

Nesse caso, a promoção conceitual consiste no respeito, por parte do Estado, ao ser humano em sua individualidade. É nesse sentido a manifestação do ministro Carlos Brito no HC 82.959:

É por reconhecer a todo ser humano uma dignidade inata (inciso III do art. 1º) que a Lei Republicana interdita a pena de morte (como regra geral) e a prisão ad aeternum. (...) Pois é da essência desse fundamental princípio o reconhecimento de que toda pessoa natural é um verdadeiro microcosmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte. Se é parte de algo (o corpo social), é também um algo à parte. A exibir na lapela da própria alma o bóton da originalidade. Que não cessa pelo fato em si do cometimento de um crime do tipo hediondo, seguido ou não de condenação judicial e posterior cumprimento da pena em estabelecimento prisional do Estado.

De outra feita, a dignidade humana é causalmente promovida ao se propiciar uma possível regeneração do condenado. Ao encontro dessa ideia vai outro trecho daquele mesmo voto:

(...) foi em direta homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) que a nossa Constituição Federal interditou a pena de morte e a prisão perpétua. Ao assim dispor, teria mesmo que se comprometer com a proclamação da garantia da individualização da pena, como efetivamente ocorreu (inciso XLVI do mesmo art. 5º). E tal proclamação já significa afirmar que o cumprimento da pena privativa de liberdade de locomoção há de ostentar uma dimensão ensejadora da regeneração do encarcerado.

### 3.2 A restrição a finalidades

Tal como na promoção, a restrição a finalidades por uma norma pode ser conceitual e causal. A restrição conceitual ocorre sempre que determinado valor é negado pela norma. Já a restrição causal está presente quando uma norma figura como óbice à perseguição ou à manutenção de certo estado de coisas<sup>184</sup>.

Na primeira hipótese, o comando inscrito na norma, por si só, já contradiz a finalidade. Tomando como exemplo os atos humanos, tem-se que o valor “coragem” restaria desde logo restringido pela prática de um ato de covardia, independentemente das consequências fáticas desse ato. No caso das normas, o valor “liberdade de exercício da

---

<sup>184</sup> Nas palavras de Jaap Hage, há uma ação (aqui normativa) que “afasta” (*detract*) um objetivo, e por isso, há uma razão contra sua efetivação. Cf. *Teleological (...)*, ob. cit., p. 12.

profissão”, e.g., é de pronto restringido pela norma que impõe certos requisitos para o exercício de determinada profissão, sejam quais forem as decorrências fáticas dessa imposição.

De outra feita, na restrição causal, são as consequências práticas da norma que impedirão ou dificultarão o alcance do estado de coisas representado na finalidade, ou então ocasionarão um retrocesso em relação àquele estado de coisas.

Para a verificação de uma restrição causal, ou de sua possibilidade, é preciso identificar três estados de coisas diversos. O *estado de coisas atual* (ECA) é o estado de coisas real, contemporâneo ao momento de edição da norma; trata-se da forma como a realidade encontra-se disposta ainda sem a interferência da norma. O *estado de coisas consequente* (ECC) é aquele ocasionado pela norma; trata-se do ECA modificado pelas consequências da norma. Por fim, o *estado de coisas ideal* (ECI) é aquele estado de coisas inscrito na finalidade.

Uma norma *dificulta* o alcance de ECI quando sua obtenção é mais fácil a partir de ECA do que a partir de ECC. Já uma norma *impede* o alcance de ECI quando este é possível de se obter a partir de ECA, mas quase impossível a partir de ECC. Por fim, uma norma implica um *retrocesso* quando ECA está mais próximo de – ou se assemelha mais a – ECI do que ECC.

A dificuldade é semelhante ao retrocesso, mas com ele não coincide. Na dificuldade, ECA e ECC são instrumentais em relação a ECI, enquanto que no retrocesso, ECA e ECC são comparativos em relação a ECI. Assim, pode ocorrer que uma norma não modifique um ECA de forma a torná-lo mais distante do ECI, mas sim de forma a tornar sua transição para ECI mais difícil. Uma norma que imponha excesso de requisitos para a contratação de professores por parte do poder público pode não aumentar – ao menos inicialmente – as diferenças do atual estado do ensino público em relação à universalidade prevista na CF, mas gera maiores dificuldades para alcançar aquele objetivo.

Por outro lado, a hipótese de impedimento aparece mais como um grau elevado de dificuldade, pois é difícil imaginar um estado de coisas *absolutamente irreversível*.

### 3.2.1 Restrição por ação e restrição por omissão

As finalidades e normas-fim da Constituição podem ser restringidas tanto *ativamente* quanto *omissivamente* pelo legislador. Isso fica mais nítido no âmbito dos direitos fundamentais.

Tais direitos, se considerados sob uma perspectiva finalística, possuem uma face dúplice em relação ao poder estatal. Sejam de primeira “geração” (liberdades públicas e direitos políticos), de segunda (direitos econômicos e sociais) ou de terceira (direitos difusos)<sup>185</sup>, deles derivam “obrigações” positivas e negativas por parte do Estado<sup>186</sup>. Esses tipos históricos de direitos constituem assim complexos de obrigações estatais de fazer e de não fazer<sup>187</sup>. De um mesmo direito “genérico” expresso em um dispositivo constitucional, surgem em relação ao Estado direitos de defesa e direitos a prestações<sup>188</sup>.

O direito à vida, por exemplo, impõe ao Estado tanto obrigações negativas – *e. g.*, proibindo a instituição da pena de morte –, quanto positivas – *e. g.*, exigindo que sejam editadas normas que favoreçam aquele direito (como a norma que proíbe o homicídio e as normas que permitem a utilização de células-tronco para o tratamento de doentes), ou exigindo que o Estado, enquanto Administração, pratique diretamente ações concretas para sua proteção (como no âmbito da segurança e da saúde públicas).

No mesmo sentido, ao se referir ao art. 225 da Constituição<sup>189</sup>, o ministro Néri da Silveira assim se manifestou quando do julgamento do RE 153.531:

Ora, penso que a Constituição, nesse dispositivo, não só põe sob o amparo do Estado tais bens, mas dele também exige que efetivamente proíba e impeça ocorram condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente (...).

---

<sup>185</sup> Para uma visão geral das chamadas “gerações” de direitos fundamentais, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direitos humanos fundamentais*, 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2002; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1998*, in BITTAR, Eduardo, e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (org.), *Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização*, Osasco, Edifício, 2006, pp. 160-164.

<sup>186</sup> Nesse sentido, cf. ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 23-25, 32-34; CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 21-22; FABRE, Cécile, *Social rights under the constitution – government and the decent life*, Nova Iorque, Oxford University Press, 2004, pp. 42 e segs; NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 53 e segs. De forma semelhante, cf. GALDINO, Flávio, *Introdução à teoria dos custos dos direitos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 147 e segs.; HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R., *The cost of rights – why liberty depends on taxes*, Nova Iorque - Londres, W. W. Norton & Company, 1999, para quem “todos os direitos são direitos positivos” (p. 48).

<sup>187</sup> Obrigações essas diversas daquelas contidas nas normas-comando da Constituição, eis que não são definitivas. Uma norma-fim da Constituição, de certa forma, *permite* e *obriga* à promoção de uma finalidade e *proíbe* a restrição daquela finalidade, mas o faz apenas *prima facie*. Um juízo definitivo acerca da constitucionalidade da norma legal exigirá que se levem em consideração todo o plexo de permissões, obrigações e proibições, decorrentes das normas-fim e finalidades da Constituição, incidentes sobre aquela norma legal analisada (ver Item 4.1 seguinte).

<sup>188</sup> J. J. Canotilho fala em “pretensão de omissão” e “proibição de omissão”. Cf. *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 52. Robert Alexy também deriva de sua teoria essa concepção dúplice. Cf. *Teoría (...)*, ob. cit., pp. 186 e segs.

<sup>189</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.



As obrigações positivas e negativas referem-se tanto a ações concretas quanto a ações normativas. O direito à liberdade de expressão não apenas impede o Estado de praticar a censura prévia, mas também o obriga a tomar providências normativas e concretas de modo a propiciar o exercício dessa liberdade. Do mesmo modo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado exige que o Estado edite normas e pratique ações concretas que persigam aquele equilíbrio, mas também o impede de agir de forma a lesionar o meio ambiente.

A própria liberdade de ir e vir, direito de “defesa” por excelência, também exige ações legislativas que a efetivem. Nesse sentido, o Código de Trânsito Brasileiro figura essencialmente como uma regulação dessa espécie de liberdade. Sem o código, o exercício concreto da liberdade de ir e vir com a utilização de veículos automotores ficaria praticamente inviabilizada. Sem a presença de normas que regessem as relações de trânsito, não haveria, por exemplo, regras disciplinadoras da chamada “mão de direção”, e qualquer que fosse a direção que tomassem, os condutores poderiam trafegar tanto pela direita quanto pela esquerda.

O que pode variar aqui é o grau de relevância de um ou outro tipo de obrigação (positiva ou negativa)<sup>190</sup>. Mas essa variação depende essencialmente de fatores externos às normas constitucionais, tais como a conjuntura social e o estado do ordenamento infraconstitucional em determinado momento histórico.

### 3.2.2 Restrição a finalidade da Constituição e finalidade inconstitucional

Uma coisa é a lei ou norma-comando legal restringir – causal ou conceitualmente – certa finalidade da Constituição, mas possuir finalidade *prevista* ou *aceita* pela Constituição. Nesse caso, dá-se um verdadeiro conflito entre finalidades, em que a finalidade da lei é promovida, ao passo que a finalidade da Constituição é restringida. Hipótese diversa é aquela em que a lei ou norma-comando legal possui finalidade *inconstitucional*: trata-se daqueles casos em que a finalidade da lei é oposta<sup>191</sup> à da Constituição.

É preciso admitir que dificilmente o órgão jurisdicional considerará inconstitucional a finalidade da *norma* legal, pois tenderá a “forjar” nessa norma legal uma finalidade conforme à Constituição. A finalidade legal será provavelmente conduzida a

---

<sup>190</sup> No mesmo sentido, cf. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Derechos (...)*, ob. cit., p. 21.

<sup>191</sup> Sobre finalidades opostas entre si, cf. Capítulo II, Item 3.

identificar-se com uma finalidade pertencente ou aceita pela Constituição. Além disso, o próprio postulado da interpretação conforme à Constituição já influi no processo de verificação da finalidade da norma legal.

O que pode ocorrer com mais frequência é a inconstitucionalidade da *finalidade visada pelo legislador*. Mas aqui a questão perde muito da sua importância caso se adote o entendimento – que é do STF e também do presente trabalho – de que a finalidade da norma prevalece sobre a finalidade do legislador.

De qualquer forma, a finalidade visada pelo legislador passa a adquirir relevância nas hipóteses em que a atividade legislativa diz respeito à administração pública, pois ganharão relevo os princípios da moralidade e da impessoalidade. Como exemplo, tem-se a lei de efeitos concretos que, ao final do mandato do chefe do Executivo, cria numerosos cargos públicos desnecessariamente, com o propósito manifesto de a) favorecimento pessoal de partidários, e b) tornar ingovernável o mandato do adversário político vitorioso nas eleições. A primeira finalidade visada contraria frontalmente as finalidades constitucionais da moralidade e da impessoalidade na administração, ao passo que a segunda viola a finalidade da eficiência.

Nessas hipóteses, parece de extrema importância recorrer ao elemento histórico da lei para auxiliar na identificação da finalidade. Isso porque a finalidade inconstitucional, por consequência do postulado da interpretação conforme, dificilmente poderia ser identificada apenas a partir das normas legais. A criação de cargos públicos normalmente possui uma finalidade compatível com a Constituição – suprir as necessidades de pessoal da Administração pública. O máximo que se poderia alegar unicamente com base nas normas seria a *inadequação* (desnecessidade) da criação dos cargos naquele caso, o que seria bastante árduo de se sustentar, ante a dificuldade de caracterização dessa desnecessidade.

Em exemplo semelhante ao anterior, e apresentado por Carlos Ari Sundfeld, lei municipal proposta no final do mandato do prefeito privilegiava, por meio de reenquadramento funcional, apenas servidores que ocupavam cargos em comissão ou função gratificada na data de sua publicação, com claro intuito de favorecer pessoas determinadas. O autor relata os antecedentes da lei:

O projeto foi enviado à Câmara cerca de um mês antes da expiração do mandato do Prefeito e logo após as eleições que escolheram candidato de novo grupo político. Tramitando a galope, foi discutido, emendado, votado, sancionado, promulgado e publicado em 7 dias úteis, na visível

intenção de aproveitar os derradeiros dias da última sessão legislativa anterior à posse do novo Chefe do Executivo<sup>192</sup>.

Tais elementos históricos passam assim a servir de “indícios” para a caracterização da finalidade inconstitucional<sup>193</sup>. Mas o autor também apresenta um indício verificável na própria norma: o abandono da generalidade e da abstração, passando a cuidar de situações concretas, o que é característico das “leis-pilhagem”, cuja pretensão é presentear pessoas determinadas<sup>194</sup>.

### 3.2.3 Restrição a norma-comando?

Não é de se excluir a possibilidade de que uma lei ou norma legal tenha como finalidade *dificultar ou impedir o cumprimento de uma norma-comando da Constituição*. Aqui, não há qualquer contradição entre o conteúdo da norma-comando legal objeto de análise e o conteúdo da norma-comando constitucional. Ocorre que a norma-comando, ao instituir determinada proibição, permissão ou obrigação, o faz tendo como objetivo tornar mais difícil a obediência à proibição, permissão ou obrigação instituída pela norma-comando constitucional. O fim precípua da norma legal é, assim, diminuir a chamada *eficácia social*<sup>195</sup> de uma norma-comando constitucional.

Nesses casos, não convém falar em “restrição” a norma-comando da Constituição, eis que, nos termos do presente trabalho, toda a ideia de restrição é construída tendo uma *finalidade* como objeto da ação de restringir. Além disso, a restrição a uma finalidade, nos termos aqui defendidos, não leva necessariamente à inconstitucionalidade da norma, havendo de ser ponderada com eventual promoção, ao passo que buscar a ineficácia social de uma norma constitucional parece ser, desde logo, algo vedado, independentemente das “boas razões” do legislador ordinário.

Dessa forma, é mais coerente entender que a finalidade “ineficácia social de norma constitucional” é uma *finalidade não admitida* pela Constituição.

---

<sup>192</sup> Cf. *Inconstitucionalidade por desvio de poder legislativo*, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 8, julho-setembro de 1994, p. 143.

<sup>193</sup> Conforme anota o autor, a lei também restringe a igualdade. Cf. *Inconstitucionalidade (...)*, ob. cit., pp. 145 e segs.

<sup>194</sup> Cf. *Inconstitucionalidade (...)*, ob. cit., p. 144.

<sup>195</sup> Cf. nota de rodapé n. 102.

### 3.2.4 Omissão legislativa e tipos de norma da Constituição

A título de parênteses, especialmente no âmbito da inconstitucionalidade por omissão, cabe aqui fazer referência à distinção entre *definitividade do comando constitucional* e *exigibilidade da ação legislativa*.

Como já referido, as normas-comando obtidas por interpretação da Constituição são comandos definitivos, o que significa que a Constituição obriga ao seu cumprimento, sem que seja possível afastar a sua incidência. Já as normas-fim obtidas por interpretação da Constituição são desprovidas de comandos.

As normas-comando obtidas por interpretação podem tanto exigir uma abstenção do legislador quanto uma ação. Neste último caso, pode dizer-se que são normas-comando *positivas*, cujo desrespeito pode configurar inconstitucionalidade por *omissão*<sup>196</sup>.

Mas o fato de o legislador descumprir uma norma-comando positiva da Constituição – ou seja, omitir-se em praticar o que lhe é por ela requerido – não implica necessariamente que o cumprimento possa ser exigido em sede de controle de constitucionalidade por omissão. Isso porque, no âmbito da omissão legislativa, a *definitividade* do comando não se confunde com sua *exigibilidade*: o cumprimento das normas-comando positivas não é sempre e necessariamente exigível pela via judicial.

A Constituição de 1988 fornece nítidos exemplos de normas-comandos que não podem ser – ao menos desde logo – judicialmente exigíveis. Ao dizer, *e. g.*, que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*” (art. 5º, inciso XLI), a Constituição não está estabelecendo uma norma-fim que tem como objeto (finalidade explícita) a proibição daqueles atos. De acordo com os pressupostos adotados no presente trabalho, as finalidades só podem figurar como valores ou como estados de coisas, e nunca como *comandos*. O que a Constituição faz é estabelecer uma *norma-comando positiva* que exige que o legislador proíba e puna os referidos atos.

Também ao preceituar que “*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (...)*” (art. 5º, inciso XLIII), a

---

<sup>196</sup> Na definição de Flávia Piovesan, baseada em Canotilho, a omissão legislativa “resulta do silêncio do legislador na tarefa de editar as normas necessárias para efetividade da Constituição. Trata-se do não cumprimento do dever especial de legislar, que se manifesta constitucionalmente quando há uma ordem concreta de legislar”. Cf. *Proteção judicial contra omissões legislativas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 79.

Constituição estabelece uma norma-comando positiva que obriga o legislador a proibir a prática daqueles atos, imprimindo-lhes caráter criminal.

De forma semelhante, o art. 225, § 1º, inciso VII, dita que incumbe ao poder público “*proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade*”. A segunda parte – “*vedadas, na forma da lei (...)*” – fornece uma *norma-comando positiva* que obriga o legislador a proibir aquelas práticas.

Tais hipóteses figuram como exemplos de normas-comando que não podem ser exigidas de imediato por um órgão jurisdicional, pois dependem de certas especificações que só podem ser feitas pelo legislador. A segunda hipótese, em especial, é um exemplo de norma-comando que nunca poderá ser suprida judicialmente, pois a Constituição reserva apenas ao legislador a competência para instituir crimes<sup>197</sup>.

### 3.3 Causalidade retrospectiva e causalidade prospectiva

No que tange às relações causais, podem elas ser meramente *previstas* com base em um juízo de probabilidade, caso em que serão apenas hipotéticas, ou podem elas de fato já terem acontecido no espaço e tempo, devendo neste caso ser *identificadas*<sup>198</sup>. Trata-se de dois tipos distintos de juízos: o juízo segundo o qual determinadas ações são causalmente eficazes para a produção ou manutenção de certos estados de coisas, e o juízo que individualiza certa ação ou omissão como *a causa* de um estado de coisas<sup>199</sup>.

O primeiro juízo tem caráter prognóstico. No direito alemão, *e. g.*, em relação aos eventos futuros, pode entender-se que a decisão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei depende da confirmação de uma previsão fixada pelo legislador, na edição da lei, da provável verificação de certo evento. A partir disso, tem-se que ocorrerá a nulidade da lei se a prognose legislativa se revelar falha desde logo<sup>200</sup>.

No entanto, é importante ressaltar que a afirmação de que um meio restringe ou promove causalmente determinado fim nunca é exata, obrigando-nos a pensar em

---

<sup>197</sup> “Art. 5º. (...) inciso XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (...)”.

<sup>198</sup> Ao que parece, as consequências causais potenciais e as efetivas são chamadas por Emilio Betti, respectivamente, de “indícios de funcionamento dos institutos” e “progressivo desenvolvimento da lei”. Cf. *Interpretazione (...)*, ob. cit., p. 289.

<sup>199</sup> Cf. BAYÓN, Juan Carlos, *Causalidad, consecuencialismo y deontologismo*, in Doxa, n. 6, 1989, p. 486.

<sup>200</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, 3 ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 349 e 354-355.

probabilidades, chances, escalas móveis, oportunidades condicionadas pelo tempo<sup>201</sup>. Isso porque, para que um “sucesso” ocorra, é necessária a produção de uma conjunção de condições, de tal modo que todas elas, consideradas de forma global, sejam condições suficientes do sucesso<sup>202</sup>.

Como bem observa Juan Carlos Bayón, em passagem que merece ser transcrita literalmente, esse tipo de juízo

(...) descansa apenas em nosso conhecimento parcial das regularidades causais que se dão no mundo. Sobre a base deste conhecimento incompleto, acumulado através de um processo indutivo vastíssimo e sumamente complexo, estamos em condições de determinar de que modos seria possível intervir no curso dos acontecimentos, manipulando-o de maneira que tome uma direção nova ou recupere a que está abandonando<sup>203</sup>.

Exige-se, assim,

(...) adiantar um condicional contrafático que (...) deriva sua verdade das regularidades causais do mundo que conhecemos de maneira incompleta. E nada mais: que uma ação seja causalmente eficaz em certas circunstâncias dadas para produzir ou manter certo estado de coisas não depende (...) de que se produza ou se mantenha efetivamente o estado de coisas em questão. O juízo sobre a eficácia causal das ações é um juízo ex ante, no qual se afirma que, se nas circunstâncias presentes se executa certa ação, resultará tal ou qual estado de coisas, a menos que isto se evite mediante uma nova ação (por sua vez causalmente eficaz nas novas circunstâncias criadas pela ação anterior)<sup>204</sup>.

Esse tipo de juízo ganha relevo no que tange às chamadas normas “programáticas” da Constituição. Saber se certa lei promoverá as finalidades inscritas nessas normas exige que antes se reconheçam, a partir de estimativas, os prováveis efeitos concretos da lei. E esse cálculo só pode ocorrer com base em dados empíricos de cunho social, econômico, político e cultural<sup>205</sup>.

---

<sup>201</sup> Tercio Ferraz Jr. usa esses termos para se referir à verificação de validade dos atos discricionários, em que “a mera utilização dos meios não significa que deles decorram, necessariamente, os fins colimados”. Cf. *A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo*, in Revista de Direito Público, n. 61, 1982, p. 33. Como observa António Francisco de Souza, a *prognose*, diferentemente da *diagnose* – que se volta à pesquisa do passado e do presente –, é um juízo de probabilidade, pois “só o futuro irá comprovar o que é verdade”. Cf. “*Conceitos indeterminados*” no *direito administrativo*, Coimbra, Almedina, 1994, p. 115.

<sup>202</sup> Cf. GONZÁLES LAGIER, Daniel, *Cómo hacer cosas con acciones (en torno a las normas de acción y las normas de fin)*, in Doxa, n. 20, 1997, p. 168.

<sup>203</sup> Cf. *Causalidad (...)*, ob. cit., p. 486.

<sup>204</sup> Cf. *Causalidad (...)*, ob. cit., pp. 486-487.

<sup>205</sup> Isso porque a implementação dessas normas constitucionais, conforme anota Elival da Silva Ramos, pressupõe a existência de condições socioeconômicas favoráveis. Cf. *Contrôle juridictionnel de politiques publiques: l'effectivité des droits sociaux sous la Constitution brésilienne de 1988*, in VII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Constitucional, Atenas, junho de 2007, disponível em [www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Elival%20da%20Silva%20Ramos.pdf], p. 9.

Por outro lado, no segundo tipo de juízo, a relação de causalidade já se deu – ou está ocorrendo. O que se faz é selecionar *ex post* certa ação ou omissão como a causa de um determinado estado de coisas. Semelhante juízo isola, dentre “*todas as condições necessárias e conjuntamente suficientes à produção do resultado, aquela – positiva ou negativa – que ‘marca a diferença’ acerca das ‘condições normais do contexto’ (...)*”<sup>206</sup>.

### 3.4 Promoção e restrição a finalidade pela mesma norma

Conforme já se vislumbrou nos itens acima, a mesma finalidade pode funcionar enquanto valor e enquanto estado de coisas. Ao se afirmar que a finalidade de proteção à vida é promovida pela proibição de matar, *e.g.*, a vida assume o papel de um valor, e está-se diante de uma relação conceitual. Já ao se afirmar que a adoção de medidas mais severas para combater a prática de homicídios promove a mesma finalidade “vida”, esta funciona como um estado de coisas, em que a relação é causal.

A partir disto, é possível que *uma mesma norma restrinja conceitualmente e promova causalmente a mesma finalidade*.

Tome-se o caso do art. 5º da Lei 11.105/05<sup>207</sup>, que permitiu a pesquisa com células-tronco embrionárias, e que foi objeto de questionamento na ADI 3.510. O relator Carlos Ayres Britto, em seu voto, admitiu que os embriões são detentores de vida humana: “*não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino*”. Com isso, a permissão de exploração de embriões, de qualquer forma, implica uma restrição (conceitual) à proteção à vida.

De outra feita, em posterior passagem, o ministro demonstrou a possibilidade de que os embriões, cuja exploração a norma permite, salvem vidas (promoção causal):

Situação em que se possibilita ao próprio embrião cumprir sua destinação de servir à espécie humana? Senão pela forja de uma vida estalando de nova (porque não mais possível), mas pela alternativa estrada do conferir sentido a milhões de vidas preexistentes? Pugnando pela subtração de todas elas às tenazes de u’a morte muitas vezes tão iminente quanto não-

---

Coerente com tais ideias é a lição de Konrad Hesse, para quem a norma constitucional possui uma pretensão de eficácia, que só poderá ser realizada se levar em consideração as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, bem como o substrato espiritual consubstanciado em um determinado povo. Cf. *A força normativa da Constituição*, trad. MENDES, Gilmar Ferreira, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, pp. 13-20.

<sup>206</sup> Cf. BAYÓN, Juan Carlos, *Causalidad (...)*, ob. cit., p. 487.

<sup>207</sup> “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: (...)”.

natural? Morte não-natural que é, por definição, a mais radical contraposição da vida? Essa vida de alguém-túmulo que bem pode ser uma dança, uma festa, uma celebração?

Inversamente, seguindo essa ordem de raciocínio, uma norma que proibisse as pesquisas com células-tronco embrionárias restringiria causalmente e promoveria conceitualmente a mesma finalidade vida.

Mas também é possível que a promoção conceitual a uma finalidade figure simultaneamente como uma restrição conceitual a essa mesma finalidade. É o caso da tipificação do crime de cárcere privado (art. 148 do Código Penal): a proibição daquela conduta, com a respectiva previsão da pena de reclusão, promove ao mesmo tempo em que restringe a liberdade de ir e vir.

A restrição e a promoção simultâneas também ocorrem em relação às já referidas normas que regulam as relações de trânsito: a liberdade de locomoção é ao mesmo tempo restringida, pela proibição de certos atos com veículos automotores, e promovida, ao possibilitar a fluência organizada dos veículos<sup>208</sup>.

#### **4. Imunização e violação**

Neste item, o presente trabalho deixa de se desenvolver preponderantemente nos domínios da dogmática analítica, e passa a adentrar com maior vigor no âmbito da dogmática normativa<sup>209</sup>. Isso porque ele passa a tecer *critérios de decisão* em sede de controle de constitucionalidade finalístico.

O controle de constitucionalidade das leis e normas legais em face de finalidades ou normas-fim da Constituição é deveras diverso do controle de constitucionalidade em face de normas-comando da Constituição. Quando o paradigma se tratar de uma norma-comando obtida por interpretação da Constituição, não é necessária a utilização de outra norma constitucional para a verificação do vício, além daquela norma. Em outras palavras, a contrariedade a uma norma-comando constitucional, por si só, já conduz à conclusão pela existência da inconstitucionalidade.

---

<sup>208</sup> De certa forma, as normas de trânsito figuram como uma espécie de *regulamentação* do direito à liberdade de locomoção. Mas como nota Martin Borowski, partindo da teoria do suporte fático amplo dos direitos fundamentais, a regulamentação desses direitos implica sempre sua *restrição*. Cf. *La restricción de los derechos fundamentales*, in Revista Española de Derecho Constitucional, n. 59, maio-agosto de 2000, p. 55.

<sup>209</sup> Sobre a diferença entre essas dimensões da dogmática, cf. ALEXY, Robert, *Teoría (...)*, ob. cit., pp. 30 e segs.



Isso porque as normas-comando obtidas diretamente por *interpretação* de dispositivos da Constituição são sempre regulações constitucionais *definitivas*. Uma vez que elas “proíbam” ou “permitam” determinada norma legal, todo o sistema constitucional positivo está “proibindo” ou “permitindo”, respectivamente, aquela norma legal. O sistema não admite que o órgão jurisdicional encarregado do controle deixe de aplicar os efeitos da norma-comando da Constituição ao caso.

Já quando o parâmetro de constitucionalidade for uma norma-fim ou uma finalidade da Constituição, é preciso levar em consideração outra(s) norma(s)-fim ou finalidade(s) pertencentes ou aceitos pela Constituição, que poderá(ão) ou não justificar a validade da norma legal<sup>210</sup>. A *restrição* a finalidades constitucionais implícitas ou explícitas há de ser justificada pela *promoção* a uma ou mais finalidades, sejam estas implícita ou implicitamente pertencentes à Constituição, sejam meramente aceitos por ela.

Nesse caso, o julgador não encontra, por mera interpretação da Constituição, uma resposta definitiva à questão de constitucionalidade. Ele está diante de um verdadeiro *conflito axioteológico*<sup>211</sup>. O que o sistema faz é delegar ao órgão jurisdicional controlador o poder de harmonizar as finalidades ou normas-fim<sup>212</sup> inicialmente em conflito, atentando para as peculiaridades da lei ou norma-legal objeto de questionamento<sup>213</sup>. Trata-se assim de antinomias “contingentes” ou “externas”, próprias do *discurso de aplicação*, e diferentes das antinomias “internas”, próprias do *discurso de validade*<sup>214</sup> (ou *vigência*).

Em decorrência, para se verificar se a restrição de uma norma legal a determinada finalidade é justificada pela promoção a outra(s) finalidade(s), e portanto, *imunizada* contra a caracterização do vício da inconstitucionalidade, ou se, ao contrário, a justificação não

---

<sup>210</sup> Exceto nos casos de perseguição de finalidade não admitida pela Constituição.

<sup>211</sup> A expressão é de Véronique Champeil-Desplats. De acordo com a autora, há quatro características que distinguem tais conflitos dos conflitos por ela chamados de *deônticos* (que seriam, para o presente trabalho, os conflitos entre normas-comando): a) são sempre do tipo parcial-parcial (ambas as normas possuem um campo de aplicação em parte idêntico e em parte diferente); b) emergem *in concreto*; c) não podem ser resolvidas por meio das metanormas de resolução das antinomias deônticas; e d) a norma descartada em uma decisão não é invalidada. Cf. *Raisonnement juridique et pluralité des valeurs: les conflits axio-téléologiques de normes*, in COMANDUCCI, Paolo e GUASTINI, Riccardo (org.), *Análise e Direito 2001*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 61.

<sup>212</sup> Que, no caso, são divergentes entre si. Cf. Capítulo II, Item 3.

<sup>213</sup> No mesmo sentido, em referência a sua distinção entre regras em princípios, Robert Alexy afirma que um conflito entre duas regras só pode ser resolvido, ou introduzindo uma cláusula de exceção em uma das duas regras, ou declarando inválida ao menos uma delas; já um conflito entre princípios só se resolve determinando-se uma prioridade condicional de um princípio sobre o outro em consideração às peculiaridades do caso concreto. Cf. *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, setembro de 2000, pp. 296-296.

<sup>214</sup> Os termos são de Luis Prieto Sanchis. Cf. *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, in *Revista de Ciencias Sociales*, n. 45, 2000, p. 472.

ocorre, havendo verdadeira *violação* à Constituição, a caracterizar a inconstitucionalidade, é preciso recorrer à *ponderação (ou sopesamento) das promoções e restrições envolvidas*.

#### 4.1 A ponderação e a unidade da Constituição

Quando se trata de normas-fim da Constituição, o processo de ponderação aparece como um corolário inafastável do postulado da unidade da Constituição, que figura como uma derivação específica da exigência de coerência do ordenamento<sup>215</sup>. Caso se atentasse a apenas uma única norma-fim para se decidir a respeito da existência ou não de um vício de inconstitucionalidade, o desprezo às demais normas-fim relevantes ao caso implicaria em uma “cisão” do sistema, pois o ordenamento estaria sendo apenas parcialmente considerado.

A projeção das diversas normas constitucionais sobre o ordenamento infraconstitucional não pode ocorrer de maneira dispersa e autônoma, não sendo aceitável que uma determinada norma legal atenda a um preceito da Constituição e desrespeite outro. Em outras palavras, *cada* norma infraconstitucional deve estar de acordo com a *toda* a Constituição – do contrário, o sentido desta enquanto unidade de ordenação política estaria perdido, em detrimento de sua força normativa.

Como nota Claus-Wilhelm Canaris, a ordem interior e a unidade do Direito, que dependem da unidade da Constituição, não são apenas pressupostos da natureza científica da jurisprudência e postulados da metodologia. Elas advêm de exigências ético-jurídicas e

---

<sup>215</sup> Como preceitua Carlos Maximiliano, o direito não é um conglomerado caótico de preceitos, mas sim uma vasta unidade, um organismo celular, um sistema, um conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência, condicionando-se e restringindo-se reciprocamente (cf. *Hermenêutica (...)*, ob. cit., p. 128). Paulo Bonavides parece negar esse postulado, ao afirmar que dificilmente a Constituição preenche a função de ordem e unidade, razão pela qual só a *tópica*, enquanto método hermenêutico específico, mostrar-se-ia adequada do ponto de vista metodológico a resolver as dificuldades inerentes ao texto constitucional (cf. *O método tópico de interpretação constitucional*, in *Revista de Direito Público*, n. 98, 1991, p. 9). No entanto, admitir o método tópico é admitir soluções fora do ordenamento jurídico – nesse sentido, cf. MÜLLER, Friedrich, *Discours (...)*, ob. cit., p. 135. É de se notar, além disso, que no âmbito do controle de constitucionalidade das leis, a relação de hierarquia entre a Constituição e a lei não torna propícia a busca de soluções fora do sistema para justificar eventuais descompassos entre os dois textos normativos. Isso não impede, entretanto, que a *tópica* se mostre metodologicamente defensável no âmbito do controle enquanto ampliação da possibilidade de análise, permitindo levar em consideração as diversas opiniões e posições sobre determinado assunto, o que permitirá extrair os diversos sentidos a que os textos legal e constitucional dão azo. Desde que essa verificação culmine numa *solução coerente, sempre, com o texto constitucional*, a *tópica* poderá conferir um caráter mais razoável e satisfatório do ponto de vista social, eis que propicia um âmbito de discussão mais aberto, plural e democrático. E como preceitua Peter Häberle, os critérios interpretativos devem ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade (cf. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, trad. MENDES, Gilmar, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, pp. 13-14).

da própria ideia de Direito, resultando diretamente do postulado de justiça<sup>216</sup>. Essa unidade jurídica encontra respaldo no próprio princípio da igualdade, eis que garante a ausência de contradições e representa a realização de uma tendência generalizadora do Direito: este não se torna disperso em uma multiplicidade de valores singulares e desconexos, mas sim se volta a alguns critérios gerais<sup>217</sup>.

Com base nessa justificativa, tem-se que, pela atividade de ponderação, consideram-se, imparcialmente, os aspectos contrapostos de uma questão. Esses aspectos contrapostos são razões, interesses, bens que entram em conflito em determinada situação<sup>218</sup>, e que neste trabalho são denominados genericamente de *finalidades*. Essas finalidades possuem o mesmo valor no plano abstrato – até porque, se não tivessem o mesmo valor, não haveria necessidade de ponderação.

No caso das leis enquanto objeto de controle constitucionalidade, a ponderação pode exercer o papel de método para fundamentar, ou a validade de uma restrição legal que se mostre proporcional (juízo final de constitucionalidade positivo), ou a invalidade de uma restrição legal desproporcional (juízo final de constitucionalidade negativo). Sopesam-se as restrições e promoções que os comandos das normas legais sob análise fazem a finalidades<sup>219</sup>.

Dessa operação de ponderação, obtém-se um enunciado que expressa uma norma-comando<sup>220</sup> referida à atividade legislativa. Haverá assim uma *norma-comando superior incidindo sobre normas-comando inferiores*, e que figurará como o juízo definitivo de constitucionalidade. Como essa norma-comando superior, tal como as inferiores, compõe-se de um daqueles três modais deônticos (proibido, permitido, obrigatório), ela *permitirá, obrigará ou proibirá, em definitivo, permissões, obrigações e proibições legais*.

Note-se que a ponderação não figura como uma atividade radicalmente subjetiva, com juízos valorativos irrestritos. O julgador, além de adstrito ao texto legal e

---

<sup>216</sup> Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento (...)*, ob. cit., p. 18. Nesse diapasão, para o autor, “(...) tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar “consequentemente” os valores encontrados, “pensando-os, até o fim”, em todas as conseqüências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais – ou, por outras palavras: estão adstritos a *proceder com adequação*” (p. 18).

<sup>217</sup> Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento (...)*, ob. cit., pp. 20-21.

<sup>218</sup> Cf. PRIETO SANCHIS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, in CARBONELL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., p. 137.

<sup>219</sup> Assim, a “lei material” da ponderação, com inspiração na definição de Alexy, pode ser expressa desta forma: *quanto maior o grau de não satisfação ou de restrição a uma finalidade, tanto maior deve ser a importância da satisfação da outra finalidade*. Cf. *Teoría (...)*, ob. cit., p. 161.

<sup>220</sup> Que é de nível constitucional, mas não é obtida por interpretação da Constituição, e sim por ponderação.

constitucional, também tem como elementos condicionantes os casos paradigmáticos, que acabam por delimitar o âmbito de elegibilidade das soluções<sup>221</sup>.

#### 4.1.1 Ponderação com concretização

Na ponderação acima referida, a finalidade ou norma-fim é diretamente tomada como parâmetro de análise da norma infraconstitucional, sem o intermédio das normas-comando delas concretizáveis. Verifica-se a intensidade das restrições e das promoções aos fins envolvidos.

Mas também pode ocorrer – e parece mesmo o que acontece com maior frequência – que o órgão controlador obtenha normas-comando a partir de finalidades ou normas-fim da Constituição – atividade que é levada a cabo, como visto, por meio do processo de concretização. Neste caso, diferentemente do primeiro, há a concretização de normas-comando a partir de finalidades ou normas-fim da Constituição, e em seguida, são essas normas-comando – e não as finalidades ou normas-fim das quais foram obtidas – que são tomadas como parâmetro para a análise da constitucionalidade da norma infraconstitucional.

Especialmente quando estão em jogo relações lógico-conceituais, a tendência dos julgamentos é precisamente valer-se deste último tipo de raciocínio. Trata-se de um mecanismo que *oculta* a ponderação: ao se tomar como parâmetro uma norma-comando, a questão de verificação da inconstitucionalidade aparentemente envolve apenas uma “comparação” entre comandos constitucional e legal.

No entanto, mesmo quando o julgador efetua concretização, o processo de ponderação não pode ser afastado. Se a norma-comando obtida foi concretizada a partir das *diversas finalidades envolvidas*, foi inevitavelmente realizada uma ponderação – embora eventualmente implícita – para acomodar os valores em conflito. Já se a norma-comando foi concretizada a partir de *uma única finalidade*, tal norma será apenas provisória: caso ela “proíba” ou “permita” determinada lei, não é todo o sistema constitucional positivo que está “proibindo” ou “permitindo”, respectivamente, aquela lei, razão pela qual o postulado da unidade do ordenamento exige ponderação para compatibilizar a norma-comando em questão com as outras normas-fim ou finalidades da Constituição, ou então com outras normas-comando delas obtidas por concretização. Em suma: ou a ponderação foi prévia à

---

<sup>221</sup> Cf. MORESO, José Juan, *Conflictos entre principios constitucionales*, in CARBONELL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., p. 106.

obtenção da norma-comando concretizada, por terem sido consideradas as diversas finalidades envolvidas, ou então a ponderação deverá ser posterior à obtenção da norma-comando concretizada, pois deverão ser consideradas as demais finalidades envolvidas.

O que o postulado da unidade da Constituição impede que o julgador faça é concretizar uma norma-comando a partir de uma única finalidade ou norma-fim da Constituição, e então utilizar essa norma-comando definitivamente para verificar a constitucionalidade da norma infraconstitucional – como se aquela norma-comando tivesse sido obtida apenas por interpretação da Constituição<sup>222</sup>.

Se essas ideias não encontram maiores dificuldades no que tange às disposições que, claramente, indicam a possibilidade de obtenção de, ou apenas normas-comando, ou apenas normas-fim, o problema surge quando determinada disposição deixa dúvida acerca de qual tipo de norma pode ser dela obtido por interpretação.

#### **4.2 Normas-comando e normas-fim obtidas a partir da mesma disposição?**

É neste panorama que se insere a indagação feita no Capítulo I, Item 5: existem disposições normativas da Constituição que permitem a identificação tanto de normas-comando quanto de normas-fim?

É indiscutível que, a partir de uma mesma disposição, podem ser obtidas normas de diferentes *conteúdos*, em razão da pluralidade de significados que podem ser extraídos dos signos linguísticos. Mas também poderiam ser obtidas normas de diferentes *estruturas*? A pedra de toque da questão é a ligação entre texto normativo e norma: poderia a mesma estrutura textual da disposição conduzir a normas de estruturas distintas?

Ao menos três razões conduzem à resposta negativa.

Tome-se primeiramente o sempre lembrado exemplo do conflito entre a liberdade de manifestação do pensamento e a inviolabilidade da honra e imagem das pessoas, inscritas, respectivamente, no art. 5º, incisos IV e X da CF<sup>223</sup>. Agora, suponham-se três hipóteses mutuamente excludentes.

*Hipótese n.º 1.* Aquelas disposições apenas permitem a obtenção de normas-comando. Poder-se-iam obter, assim, as normas: “é proibido tolher a manifestação do

---

<sup>222</sup> O julgador adota uma visão unilateral do ordenamento quando assume a posição de “advogado” de uma finalidade por ele eleita para rechaçar ou admitir uma norma legal, sem considerar as finalidades divergentes.

<sup>223</sup> “Art. 5º. (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)”.

pensamento” e “é proibida a violação da honra das pessoas”, ambas de cunho definitivo. Trata-se de duas normas igualmente válidas, e entre elas não há elementos que permitam estabelecer uma relação de especialidade. Nessa hipótese, se fosse praticado um ato de manifestação de pensamento que violasse a honra alheia, tal ato seria *ao mesmo tempo permitido e proibido* pelo sistema constitucional positivo.

É certo que, pelo preceito segundo o qual o juiz não pode se escusar de decidir um caso submetido a sua apreciação (*non liquet*), a decisão teria de considerar o ato permitido ou proibido, afastando, respectivamente, a primeira ou a segunda norma. O problema não poderia ser resolvido no plano da incidência, por interpretação, mas apenas no âmbito da aplicação<sup>224</sup> do direito, por ponderação entre as finalidades que fundamentam cada uma das normas-comando, e resultaria em afastar uma dessas duas normas constitucionais.

*Hipótese n.º 2.* Uma das disposições apenas permite a obtenção de norma-comando, e o outro, apenas a obtenção de norma-fim. Com isso, teríamos ou *a)* a norma-fim “liberdade de manifestação do pensamento” e a norma-comando “é proibida a violação da honra das pessoas”; ou *b)* a norma-comando “é proibido tolher a manifestação do pensamento” e a norma-fim “inviolabilidade da honra das pessoas”. Nesses casos, a interpretação indicaria sempre a prevalência da norma-comando, eis que a norma-fim não teria o condão de lhe fazer qualquer exceção. O ato em questão, portanto, ou seria incondicionalmente proibido (sub-hipótese *a*), ou incondicionalmente permitido (sub-hipótese *b*).

*Hipótese n.º 3.* Ambos as disposições permitem apenas a obtenção de normas-fim. Ter-se-iam, dessa forma, as normas “liberdade de manifestação do pensamento” e “inviolabilidade da honra das pessoas”, as quais não ofereceriam qualquer solução definitiva à questão, obrigando o aplicador a se socorrer da ponderação.

Como se pode observar, tanto na hipótese 1 quanto na hipótese 3, a questão precisa ser resolvida por ponderação. Porém, há duas diferenças essenciais entre as ponderações de uma e outra. A primeira diferença consiste em que, na hipótese 3, são as próprias normas constitucionais que admitem a ponderação enquanto forma de resolução da controvérsia, pois não oferecem qualquer solução definitiva para a questão, ao passo que, na hipótese 1, a ponderação ocorre à revelia de qualquer permissão constitucional, pois as normas constitucionais já haviam, por si mesmas, oferecido definitivamente duas soluções – contraditórias – à questão. A segunda diferença advém de que, enquanto na hipótese 3

---

<sup>224</sup> Sobre a diferença entre incidência e aplicação, cf. Capítulo V, Item 13.3.

haveria a ponderação entre *duas normas-fim*, na hipótese 1 ocorreria a ponderação entre *duas finalidades*, obtidas, respectivamente, de cada uma das normas-comando.

Por sua vez, na hipótese 2, tal como na hipótese 1, o sistema constitucional oferece solução à questão. A diferença consiste em que, agora, a solução é única, não havendo, portanto, qualquer contradição entre comandos. Caso se pretenda utilizar da ponderação, esta também se dará à revelia de permissão constitucional, e ocorrerá entre a *norma-fim* e a *finalidade obtida da norma-comando*.

Assim, na hipótese 3, a própria Constituição confere maior poder criativo aos juízes, ao admitir a ponderação como única forma de solução da controvérsia. Na hipótese 1, a maior criatividade dos juízes não é um poder conferido pela Constituição, mas é inevitável, de modo que a ponderação também é a única forma de resolução da questão. Na hipótese 2, a maior criatividade não é um poder conferido pela Constituição, e nem é inevitável para a solução daquele caso.

Como se observa, a adoção de cada hipótese acarreta diferentes implicações.

Adotando-se a hipótese 1, está-se admitindo que o sistema normativo constitucional possui uma contradição que ele próprio é incapaz de sanar, ferindo gravemente o postulado da unidade da Constituição. Será preciso que o órgão incumbido de resolver a questão valha-se de pautas valorativas *não contidas* nesse sistema, embora dele *justificantes*. Abre-se uma cisão entre o plano da incidência e o plano da aplicação das normas constitucionais, tornando-os incomunicáveis.

Adotando-se a hipótese 2, é preciso admitir que o sistema normativo da Constituição estabeleceu a prevalência de um direito fundamental em relação a outro, pois um deles sempre cederá em face do outro em caso de conflito. Com isso, o intérprete encontra um escalonamento hierárquico entre valores constitucionais – o que não tem sido admitido pela doutrina recente<sup>225</sup>.

Já com a adoção da hipótese 3, esses problemas constantes das hipóteses anteriores não se mostram mais presentes. De um lado, respeita-se a unidade da Constituição, pois as duas normas-fim convivem harmonicamente no sistema normativo, não havendo, *in*

---

<sup>225</sup> Cf., por todos, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição (...)*, ob. cit., p. 200. Para o autor, como corolário do “topos” da unidade da Constituição, é “(...) arbitrário que se perverta o sentido da ordenação constitucional de bens por uma escala legislativa de supra e infra-ordenação de valores. Ao legislador fica vedado estabelecer uma *regulação* assente na desigualdade hierárquica dos bens constitucionais (a segurança, por ex., não é mais valiosa que a liberdade, e a liberdade não tem maior dignidade que, por exemplo, o direito à integridade pessoal)”. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos também derivam a proibição de hierarquização a partir da ideia de unidade da Constituição. Cf. *O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, in Revista de Direito Administrativo, n. 232, abril-junho de 2003, p. 153.

*abstracto*, qualquer contrariedade entre elas. De outro, preserva-se a paridade de importância dos valores constitucionais fundamentais, negando que o sistema tenha privilegiado um em detrimento de outro. Eventual conflito entre normas-fim e a consequente prevalência de uma delas ocorrerá apenas *in concreto*, sem ferir ou comprometer aqueles dois postulados aqui destacados.

Dessa forma, o exemplo do conflito entre direitos fundamentais, embora indiretamente, fornece duas razões, uma relacionada à unidade da Constituição e outra relativa à paridade entre direitos, contra a possibilidade de se extraírem normas-fim e normas-comando da mesma disposição constitucional.

Ainda outra razão refere-se ao excesso de liberdade judicial. Permitir que o julgador “manipule” a disposição constitucional, de forma a obter, em cada caso submetido a sua apreciação, ora uma norma-comando, ora uma norma-fim, significaria admitir um grau muito alto de liberdade judicial. Isso porque há um risco bastante elevado de que tal possibilidade de manipulação conduzisse a um “mau uso” da disposição: quando o julgador quisesse se esquivar de argumentar e justificar a preponderância de uma disposição em determinado caso, ele recorreria a uma norma-comando, cuja autoridade no caso não precisa ser justificada. Já quando quisesse afastar uma disposição, ele recorreria a uma norma-fim, que pode ser derrotada por outras razões preponderantes no caso. Ora o julgador se beneficiaria da inafastabilidade da norma-comando, ora da afastabilidade da norma-fim.

Mesmo que se estabelecessem critérios para se dizer quando se deve obter uma norma-comando e quando se deve obter uma norma-fim a partir de determinada disposição, isso também implicaria introduzir diferenciações com alto teor de criatividade, em razão do distanciamento em relação aos elementos do texto legal.

Em conclusão, embora ainda não se tenham desenvolvido critérios seguros que permitam classificar todas as disposições normativas em, de um lado, aquelas que só permitem a obtenção de normas-comando, e de outro, as que só admitem a obtenção de normas-fim, existem boas razões para se partir do pressuposto de que cada disposição só permite a obtenção de um tipo de norma. Trata-se de um ponto de partida que, se ainda não ganhou bases firmes no terreno da analítica, encontra considerável respaldo na própria estrutura do sistema político-constitucional. Mas – é preciso admitir – a questão ainda parece longe de ser pacífica.



### 4.3 Finalidade irrestringível? O problema da dignidade humana

A “dignidade da pessoa humana”, de acordo com o que é admitido no presente trabalho, figura como uma *norma-fim* obtida por interpretação do art. 3º, inciso III da Constituição<sup>226</sup>, eis que da disposição em questão se obtém um *valor*, e não um comando<sup>227</sup>.

Enquanto norma-fim, eventual norma-comando legal que a restringisse não poderia ser desde logo considerada inconstitucional, eis que tal restrição deveria ser ponderada com eventual promoção a outras finalidades, conforme os pressupostos desta dissertação.

Entretanto, é bastante frequente o entendimento de que não se pode aceitar qualquer tipo de restrição a esse valor. O próprio STF já se manifestou nesse sentido no HC 83.358, em cuja ementa se lê que “*a dignidade da pessoa humana, especialmente a dos idosos, sempre será preponderante, dada a sua condição de princípio fundamental da República (...)*”. Isso significa que, em caso de conflito com outras finalidades promovidas da Constituição, já se poderia afirmar, independentemente de qualquer particularidade da norma legal objeto de controle, que a dignidade humana irá prevalecer.

Haveria nesse entendimento um desrespeito ao postulado da unidade da Constituição?

Para que semelhante raciocínio não implique desrespeito a tal postulado, é preciso aceitar que a *dignidade humana encontra-se em posição hierarquicamente superior aos demais valores da Constituição*. Embora haja com isso uma exceção à paridade dos valores constitucionais, só assim passa a ser possível sustentar a existência de uma finalidade irrestringível sem que isso implique em uma cisão na unidade do ordenamento constitucional. Caso se considerasse que a dignidade estivesse em “pé de igualdade” com as demais finalidades constitucionais, entendê-la irrestringível seria considerar o sistema apenas parcialmente.

Nesse sentido, o próprio STF parece reconhecer a superioridade de tal valor. Na ementa do HC 85.237, o tribunal consignou que, “*(...) considerada a centralidade desse princípio essencial (...)*”, ele representa

significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta,

---

<sup>226</sup> “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)”.

<sup>227</sup> Na ementa do HC 85237, ela é chamada de “*valor-fonte*”.

entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Naquela oportunidade, o ministro Celso de Mello chegou mesmo a afirmar que se trata de “*paradigma ético-jurídico conformador da própria organização institucional do Estado brasileiro*”.

Tal ponto de vista, ressalte-se, é excepcional, e precisa ser desenhado com bastante cuidado pela jurisprudência. Considerar a dignidade como valor absoluto só é suportado pelo ordenamento caso tenha ela seu âmbito de referência bastante delimitado<sup>228</sup>. Quanto mais a base semântica desse valor se expandir, de modo a haver um número crescente de normas-comando legais sendo consideradas restritivas a tal finalidade, a possibilidade de se promoverem validamente as outras finalidades constitucionais passa a ser cada vez mais escassa. A prevalência demasiada de uma finalidade oferece grandes perigos à efetividade e afirmação das demais.

É de se notar ainda que a superioridade da dignidade humana no que se refere a *restrições* a tal valor não implica necessariamente sua superioridade no que tange também às *promoções* a esse valor. Jurisprudência e doutrina não sustentam que, em prol da dignidade, possa ser efetuada toda sorte de interferência em valores constitucionais como a liberdade, a propriedade, a igualdade. Com isso, parece haver o entendimento de que a superioridade absoluta daquele valor só ocorre quando ele exerce a função de *censura*, e não a de *respaldo*<sup>229</sup>.

## **5. Finalidade e adequação**

A adequação significa a aptidão de uma norma para promover certa finalidade. Nesse sentido, o juízo de adequação verifica a existência ou inexistência de promoção. Uma norma adequada em relação a determinada finalidade é uma norma que promove essa finalidade. Obviamente, a *inadequação* de uma norma em relação a certa finalidade não significa que essa norma restrinja tal finalidade, mas apenas que não a promove – negar uma promoção não significa afirmar uma restrição. Uma norma que não contribui para perseguir certo fim não impõe necessariamente obstáculos à perseguição deste fim.

---

<sup>228</sup> O problema é que esse valor possui uma excessiva imprecisão conceitual.

<sup>229</sup> Sobre essas funções das finalidades, cf. Capítulo II, Item 7.

No caso das normas legais, podem elas, em tese, ter sua adequação verificada em relação *a)* a uma finalidade da Constituição; *b)* a uma finalidade da própria lei em que estão inseridas; e *c)* a sua própria finalidade.

Se se pretende rejeitar a concepção de que a legislação infraconstitucional é absolutamente instrumental em relação à Constituição, o juízo de adequação entre uma norma legal e uma finalidade da Constituição (letra *a*) perde a sua utilidade<sup>230</sup>. Para uma concepção não instrumental de lei, as normas legais devem mostrar-se adequadas para promover as finalidades *que elas próprias se propõem a perseguir*, ou mesmo as finalidades *que se propõe a perseguir a lei em que estão inseridas*, pouco importando se são ou não adequadas para promover uma finalidade da Constituição. Uma norma legal pode não ser adequada para promover qualquer finalidade da Constituição, mas se mostrar perfeitamente adequada para promover sua própria finalidade ou a finalidade da lei em que se encontra. Tal norma só poderá receber algum tipo de censura em sede de controle de constitucionalidade finalístico caso *restringa* uma finalidade da Constituição, ou então caso as finalidades perseguidas por ela ou pela lei *não sejam aceitas* pela Constituição. Em ambas essas hipóteses, não há qualquer análise de adequação envolvendo a Constituição.

Permitir que uma norma legal submeta-se a algum tipo de censura simplesmente por não se mostrar *adequada* a uma finalidade da Constituição implica admitir a proibição de que a legislação ordinária persiga quaisquer outras finalidades que não exatamente aquelas da Constituição, excluindo-se, com isso, toda a gama de finalidades aceitas pela Constituição, mas por ela não previstas expressamente. Esse entendimento dificultaria gravemente qualquer política econômica, na qual as leis são geralmente editadas atendendo a situações emergenciais e visando a finalidades específicas e temporárias.

Assumindo – como se assume no presente trabalho – a concepção não instrumental, o juízo de adequação será relevante, no âmbito do controle de constitucionalidade finalístico, quando se tratar de verificar a aptidão da norma para promover a finalidade da lei e a sua própria finalidade. De outra feita, a finalidade da Constituição será importante, na adequação, quando ela for *a* finalidade que a lei ou a norma legal optaram por perseguir.

A partir disto, tem-se que a adequação da norma legal à finalidade da lei pode ser *conceitual* ou *causal*. Se conceitual, a norma ajusta-se ao valor inscrito na finalidade legal. Se causal, a norma contribui para aproximar a realidade fática do estado de coisas previsto na finalidade legal.

---

<sup>230</sup> Exceto quando a lei optar por perseguir uma finalidade da Constituição, como se verá a seguir.

Já na adequação da norma legal à sua própria finalidade, só interessa a adequação *causal* da norma, eis que a norma será sempre conceitualmente adequada em relação a sua finalidade. Isso porque a finalidade já foi, ela própria, obtida a partir da análise do elemento valorativo da norma. Verificar sua adequação seria apenas repetir o mesmo processo, mas inversamente. O juízo de adequação passa a ter importância, assim, enquanto julgamento acerca da *utilidade* da norma legal.

E os casos em que uma norma legal não seja adequada em relação à finalidade da lei em que está contida, mas seja ao mesmo tempo adequada em relação a uma finalidade da Constituição?

É certo que uma norma não pode ser censurada pelo simples fato de perseguir outra finalidade que não aquela finalidade da lei em que está inserida.

As finalidades são sempre entes vetoriais, ou seja, apontam em uma determinada direção, sendo “cegas” às demais direções. Com isto, cada finalidade não se preocupa, pela sua própria natureza, com as demais finalidades.

Se as leis apenas pudessem conter normas adequadas à perseguição de suas finalidades, elas sofreriam grande perda de sua capacidade de harmonizar as diversas finalidades constitucionais. A lei deixaria de exercer um papel conciliatório dos valores inscritos na Lei Maior para assumir a figura de um bloco unidirecional, devoto de uma visão estreita, cuja tendência ao “extremismo” só poderia ser tolhida pelas normas de outra lei, que por sua vez também seria unidirecional, e assim por diante. Restaria ao órgão jurisdicional fazer a compatibilização dessas “vias de mão única”, valendo-se essencialmente das regras de solução de antinomias, em especial a *lex posterior derogat anterior* e a *lex specialis derogat generalis*, o que contribuiria para gerar incerteza e insegurança na dinâmica de aplicação do direito, além de elevar ainda mais a complexidade interna do sistema jurídico.

Há leis, é certo, que possuem apenas normas adequadas a sua finalidade. Mas tais leis, em geral, possuem objeto e matéria bastante restritos, e modificam apenas algum aspecto de uma regulação anterior mais ampla e pluridirecional. É o caso da lei dos crimes hediondos (lei n. 8.072/90), cuja finalidade precípua é combater com maior severidade certos crimes, e cujas normas são agravamentos unidirecionais quando comparadas com o Código Penal, lei anterior mais abrangente cujas normas procuram contemplar diversos

valores da Constituição<sup>231</sup>, e não apenas a finalidade do Código como um todo (que seria, essencialmente, proteger a sociedade contra comportamentos altamente censuráveis).

O entendimento aqui adotado não impede que sejam censuradas normas cujas *matérias* sejam absolutamente diversas da matéria principal regulada pela lei. Seria o caso, por exemplo, de normas reguladoras do regime de bens entre cônjuges figurarem no Código Penal Militar. Permitir que as normas legais busquem finalidades diversas daquela perseguida pela lei em que estão inseridas não significa que as leis sejam “bandejas” de normas – meros atos veiculadores de regras, sem compromisso com seu conteúdo e sua coerência interna. Em outras palavras, a pluridirecionalidade da lei não prejudica sua organicidade.

---

<sup>231</sup> A irretroatividade da lei penal (art. 1º) e a possibilidade de suspensão condicional da pena, (arts. 77 e segs.), *e.g.*, prestigiam especialmente os valores da segurança jurídica e da liberdade física.

## CAPÍTULO V. ALGUMAS APLICAÇÕES

### 1. Contribuição dos inativos

Na ADI 3.105, discutiu-se a constitucionalidade da instituição, por parte da EC n.º 41/03, da contribuição de inativos cujos proventos ultrapassassem o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social.

#### 1.1 Finalidade do legislador

Em seu voto, a ministra relatora Ellen Gracie procurou identificar, a partir da leitura da exposição de motivos da proposta governamental de que resultou a EC n.º 41/03, a *finalidade visada pelo legislador*:

(...) com a finalidade de alcançar o saneamento das finanças da previdência social, aposentados foram “reinstalados” na condição de contribuintes do sistema e pensionistas – que, estes, nunca estiveram na situação de contribuintes – passaram a sê-lo.

#### 1.2 “Occasio legis”

Por sua vez, o ministro Cezar Peluso tentou precisar a situação fática que motivou a modificação levada a cabo pela EC n.º 41/03:

(...) o aumento da expectativa de vida do brasileiro e, conseqüentemente, do período de percepção do benefício, bem como a preocupação permanente com o dito equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, tudo isso aliado à queda da taxa de natalidade e à diminuição do acesso aos quadros funcionais públicos. Essa equação, de crescente pressão financeira sobre uma estrutura predominantemente solidária e distributiva, conduziria a inexorável desproporção entre servidores em atividade e aposentados, tendendo ao colapso de todo o regime.

E logo adiante:

Este inquietante quadro social, econômico e político, em que, sob juízo isento e desapaixonado, não se pode deixar de situar o país, interessa ao direito, porque subjaz como fonte da razão normativa (*ratio iuris*) à aprovação da EC n.º 41/2003, que estendeu aos servidores públicos inativos o ônus de compartilhar o custeio do sistema previdenciário.

### **1.3 Finalidade de norma-comando da Constituição**

O mesmo ministro Cezar Peluso encontrou aquela que seria, a seu ver, a finalidade da norma-comando obtida do art. 195, inciso II, segunda parte, da CF<sup>232</sup>:

Transparece cristalino ao texto do art. 195, II, que o fim público objetivado por essa imunidade é o resguardo da inteireza do valor das aposentadorias e pensões concedidas pelo regime geral da previdência, até o limite de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), conforme estipulado pelo art. 5º da EC n.º 41/2003. (...) Neste sentido, a imunidade prevista no art. 195, II, tem por objeto imediato menos os aposentados e pensionistas que o valor dos seus proventos e pensões.

O ministro ainda demonstra sua preocupação com as consequências:

E da ponderação das repercussões creio não me ter apartado na formulação deste voto, que tende a garantir a viabilidade econômica de sistema da mais alta importância social e de não injuriar nem agravar a situação dos menos favorecidos.

### **1.4 Promoção de finalidades da Constituição**

Por sua vez, o ministro Joaquim Barbosa entendeu que a validade da modificação operada pela EC estriba-se também nas finalidades inscritas nos incisos I e III do art. 3º da CF. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; e a redução das desigualdades sociais e regionais seriam assim os fins constitucionais que a norma pretendeu promover.

Outrossim, um dos principais argumentos dos votos vencedores foi que os dispositivos questionados iam ao encontro do princípio da solidariedade, expresso genericamente no art. 3º, inciso I, e especificamente, no caso da seguridade social, nos arts. 194 e 195, *caput*.

## **2. Progressão de regime e individualização da pena**

No HC 82.959, discutiu-se acerca da constitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90 (antiga redação), o qual vedava a progressão de regime da pena para os crimes

---

<sup>232</sup> “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (...)”.

hediondos, de prática de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo.

## 2.1 Finalidade de norma-comando da Constituição

A partir de trecho de seu voto, pode notar-se que o ministro Carlos Britto identifica, sob um ponto de vista causal, a finalidade das normas constitucionais que vedam as penas de morte e de prisão perpétua<sup>233</sup>: “(...) sua crença [da Constituição] na regenerabilidade de todo e qualquer condenado, independentemente da natureza ou da gravidade do crime por ele praticado”.

O ministro deixa expresso que está tratando da finalidade das normas, e não dos dispositivos: “*Extraio esse juízo não do legislador [constitucional], mas da norma posta. Não caio na veleidade de psicanalisar quem fez a norma, porém, a norma feita*”.

O mesmo Carlos Britto ainda expõe o que entende ser a finalidade das apenações em geral:

(...) franquear ao penitente a possibilidade de fazer do modus operandi da reprimenda que lhe é infligida uma oportunidade de superação do animus delinquendi a que não resistiu quando do cometimento do crime pelo qual veio a ser definitivamente condenado.

Anote-se que a finalidade assim identificada é claramente a “prevenção especial” a que se refere a doutrina do direito penal.

## 2.2 Finalidade da norma legal

Já o ministro Celso de Mello identifica a finalidade da norma legal em questão, considerada também a partir de uma perspectiva causal:

(...) repressão à criminalidade violenta, cuja perpetração põe em risco valores fundamentais que estruturam a própria organização social, além de produzir, considerada a sua eficácia altamente desestabilizadora, conseqüências socialmente desestruturantes e profundamente lesivas à segurança dos cidadãos.

Aqui, portanto, a finalidade da norma seria a segurança individual dos cidadãos.

---

<sup>233</sup> “Art. 5º. (...) XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; (...)”.



### **2.3 Inadequação causal**

Por sua vez, o ministro Eros Grau faz uma típica consideração dos efeitos práticos da norma legal, argumentando a favor da declaração de inconstitucionalidade do preceito. Ele nega que a norma produza determinados efeitos práticos tidos como valiosos: *“É de indagar-se: a inserção do preso em regime integralmente fechado, sem que se lhe possibilite o reingresso gradativo no meio social, é benéfica a ele próprio e à sociedade? Obviamente não”*.

Encontra-se aqui um juízo acerca da adequação da norma para perseguir as finalidades identificadas pelos ministros Carlos Britto e Celso de Mello. Ela se revela, de acordo com tal visão, inapta para perseguir causalmente, tanto a regeneração do condenado, quanto a segurança individual dos cidadãos.

### **2.4 Restrição causal em relação a finalidade da Constituição**

Em seguida, Eros Grau entende que a referida norma legal tem potencialidade para produzir efeitos práticos nocivos:

A doutrina, ancorada na realidade, sustenta acertadamente que o recluso submetido ao regime integral tende a embrutecer na medida em que não vislumbra qualquer horizonte, qualquer esperança de reabilitar-se e ser útil à sociedade.

Observa-se que, além de considerar a norma inútil para a consecução da finalidade constitucional, o ministro também a entende prejudicial à perseguição daquele objetivo. Isso porque ela tende a produzir efeitos práticos contrários ao que é pretendido pela Constituição, impondo, portanto, empecilhos a sua realização.

Dessa forma, na visão do ministro, a norma peca duas vezes: por inadequação e por restrição causais.

### **2.5 Inadequação causal em relação à finalidade da norma legal**

De acordo com as considerações do ministro Sepúlveda Pertence, há a inadequação causal da norma em questão para promover sua própria finalidade, anteriormente identificada por Celso de Mello:

(...) creio que o resultado da aplicação por uma década e meia da Lei dos Crimes Hediondos basta a desvelar a falência, mais uma vez, da

pretensão ingênua de combate à criminalidade pela exacerbação das penas ou endurecimento de sua execução. As estatísticas o revelam.

E ainda:

(...) este movimento de exacerbação de penas como solução ou como arma bastante ao combate à criminalidade só tem servido a finalidades retóricas e simbólicas de aplacar a intranquilidade social, editando leis que, não tocando nos fatores diversos da exacerbação, sobretudo, da criminalidade urbana, nada farão, senão enaltecer os seus autores perante essa opinião pública movida pelo grito histérico dos meios de comunicação em momentos dramáticos.

## 2.6 “Occasio legis”

De outra feita, o ministro Nelson Jobim parece identificar os motivos fáticos que levaram à edição do dispositivo legal em tela:

(...) o que instruiu a elaboração desse projeto de lei foi a seguinte circunstância real (...): todos os apenados em crimes hediondos, com longa duração de pena, que não têm nenhuma perspectiva de qualquer tipo de liberação, não têm nenhum constrangimento de praticar crimes dentro do presídio – e o fazem.

Pelo que se pode deduzir da exposição do ministro, o caráter violento dos condenados por crimes hediondos parece ter motivado a vedação da progressão de regime.

Ora, a se constituir esta a causa da medida, a finalidade com ela condizente seria outra: o isolamento social dos condenados. Tal finalidade parece conflitar com a finalidade da Constituição identificada pelo ministro Carlos Britto – a regeneração do apenado. Se elas forem consideradas *opostas*, ou seja, se o isolamento social e a regeneração forem incompatíveis, a finalidade legal será inconstitucional, de acordo com o presente trabalho.

## 3. Salário-maternidade

Na ADI-MC 1.946, o autor da ação sustentou que o art. 14 da EC n.º 20/98 violou o art. 5º, I da CF. Aquela disposição fixou em R\$ 1.200,00 o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social. No que tange ao salário-maternidade, correspondente à remuneração integral da empregada, e que a ela deve ser pago no gozo da licença prevista no art. 7º, XVIII da CF, a disposição teria transferido para o empregador a obrigação de pagar à gestante o excedente àquele valor estabelecido pela medida. Essa situação teria como consequência a discriminação da mulher no mercado de trabalho.

### 3.1 Restrição causal

Para o ministro Sydney Sanches, relator do caso,

se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 (...) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora.

De acordo com o ministro, a medida em questão *“estará, ainda, conclamando o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença”*. Dessa forma,

estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal.

De forma semelhante, entende o ministro Nelson Jobim que *“essa interpretação, transferindo o excedente de R\$ 1.200,00 para o empregador, teria um efeito discriminatório no mercado de trabalho”*. Além disso, *“a legislação, com essa interpretação, produziria um efeito contrário àquilo que a Constituição estabeleceu nas suas regras fundamentais”*. No mais, não se poderia *“ter uma legislação infraconstitucional que produza, no mercado de trabalho, uma consequência contrária aos objetivos constitucionais”*.

É nítida a análise consequencialista que os ministros fazem da norma introduzida pela EC n.º 20/98. O que se discute não são os *efeitos jurídicos* da norma. A questão relaciona-se aos *efeitos práticos* da medida sobre o mundo fático: ela se mostra com o condão de modificar a realidade na direção contrária àquele estado de coisas que é pretendido pelo art. 5º, inciso I da Constituição (igualdade entre homens e mulheres). Ou seja, a norma é capaz de provocar causalmente um retrocesso em face daquela finalidade constitucional.

Não obstante a análise causal feita por Sydney Sanches desenvolver-se de forma eminentemente prospectiva, o ministro faz uma referência retrospectiva, aludindo a efeitos práticos que a norma já provocou:

E já há notícia de que, em certo Estado da Federação, salvo engano, o Rio Grande do Sul, o desemprego da mulher até aumentou, provavelmente

por efeito da interpretação que vem sendo dada à norma constitucional em questão.

Como ressalta Nelson Jobim, “a regra da EC. 20/98, aparentemente neutra, produz discriminação não desejada pelo próprio legislador”. Ou seja, há um divórcio entre as finalidades visadas pelo legislador com a edição da lei e as consequências práticas que a lei acabou ou acabará produzindo, as quais se apartam dos fins da Constituição.

#### **4. Proibição de pesquisas eleitorais**

Na ADI 3.741, discutiu-se a constitucionalidade da Lei n.º 11.300/06, que ao operar modificações na Lei das Eleições, vedou a “*divulgação de pesquisas eleitorais por qualquer meio de comunicação, a partir do décimo quinto dia anterior até as 18 (dezoito) horas do dia do pleito*”.

Tal dispositivo parece ter por finalidade preservar o eleitor das influências das pesquisas eleitorais sobre a sua opção de voto. Dessa forma, nos quinze dias anteriores ao pleito, o votante poderia formar sua própria convicção acerca dos candidatos, sem se guiar pela opinião dos demais.

##### **4.1 Restrição causal**

O ministro relator Ricardo Lewandowski procede a uma análise causal da norma proibitiva. Para ele, a proibição

apenas contribuiria para ensejar a circulação de boatos e dados apócrifos, dando azo a toda a sorte de manipulações indevidas, que acabariam por solapar a confiança do povo no processo eleitoral, atingindo-o no que ele tem de fundamental, que é exatamente a livre circulação de informações.

Como se pode observar, para o ministro, a norma, ao tolher a liberdade de circulação de informações, possui como efeitos práticos a “*circulação de boatos e dados apócrifos*” e “*toda a sorte de manipulações indevidas*”. Tais efeitos mostram-se nocivos ao processo eleitoral, eis que prejudicam a credibilidade depositada pela população na higidez das eleições.

É crucial observar que o ministro não discute os *efeitos jurídicos* propriamente ditos da norma em tela. A norma é considerada um *fato*. O ato jurídico de proibir, em si mesmo, não é discutido, diferentemente do que ocorreria caso se argumentasse que o

princípio da liberdade de informação restara violado pela vedação em questão, independentemente de seus reflexos reais sobre o mundo fático. Nessa última hipótese, a norma não estaria em jogo enquanto elemento desencadeador de um processo causal nocivo àquela finalidade – um processo eleitoral livre e democrático –, mas sim enquanto restrição imediata e abstrata a outro valor – a liberdade de informação. Se no caso *sub judice* a restrição é verificada de modo concreto, em nosso exemplo ela o é de forma abstrata.

#### **4.2 Inadequação causal e incorreta apreciação da realidade**

Por outro lado, o ministro Lewandowski discute também a causa da lei:

De resto, vedar-se a divulgação de pesquisas a pretexto de que estas poderiam influir, de um modo ou de outro, na disposição dos eleitores, afigura-se tão impróprio como proibir-se a divulgação de previsões meteorológicas, prognósticos econômicos ou boletins de trânsito antes das eleições, ao argumento de que teriam o condão de alterar o ânimo dos cidadãos e, em conseqüência, o resultado do pleito.

De acordo com o raciocínio do ministro, o legislador partiu de uma incorreta avaliação da realidade para editar a medida proibitiva. Isso porque se pressupôs que a divulgação de pesquisas eleitorais influiriam na convicção do eleitor e no resultado das eleições, o que não é verdade, de acordo com o ministro. O legislador errou ao prever um processo causal que não é passível de acontecer.

Dessa forma, a norma mostra-se, para o ministro, inapta para atingir a finalidade que ela própria se propôs a perseguir. Mas não devido a um erro na escolha do meio mais hábil, e sim por partir de uma hipótese incorreta. Por tal argumento, portanto, a falha está na premissa tomada como verdadeira, e não propriamente na solução encontrada.

Enfim, os dois argumentos utilizados por Lewandowski no caso levam a crer que a medida proibitiva não apenas é inadequada para atingir o fim a que se propõe – ela ainda figura como restrição a essa mesma finalidade. Em expressão popular, poder-se-ia dizer que, embora “quisesse ajudar”, a norma acabou “atrapalhando”. Sintetizando a questão, o ministro Lewandowski afirma que tal proibição

se mostra inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com o objetivo cominado pela legislação eleitoral, que é, em última análise, permitir que o cidadão forme a sua convicção de modo mais amplo e livre possível, antes de concretizá-la nas urnas por meio do voto.

### 4.3 Adequação causal e restrição conceitual

Por sua vez, o ministro Sepúlveda Pertence possui outra opinião acerca dos efeitos práticos da medida:

(...) de minhas observações e das pesquisas internacionais a que tive acesso, o que se nota é que, sim, elas [as pesquisas eleitorais] têm uma influência, porque direciona (*sic*) ao chamado ‘voto útil’, o voto mais preocupado em vetar a vitória de determinado candidato do que em manifestar a sua preferência por um candidato que as pesquisas revelam sem probabilidades. Mas isso é direito de informação, faz parte do direito à informação.

Como se nota, para o ministro, a lei não partiu de uma hipótese equivocada. Isso porque as pesquisas possuem, de fato, influência imprópria para o processo eleitoral. Elas realmente direcionam a opinião do eleitor, desvirtuando a sua convicção. As normas legais em questão mostrar-se-iam assim aptas a promover os fins que se propuseram a perseguir.

Entretanto, ao entender que aquele “desvio” de opinião, embora indesejável, “*é direito de informação, faz parte do direito à informação*”, o ministro acaba afirmando, ainda que implicitamente, que a norma restringe a liberdade de informação. E aqui, por se tratar de uma proibição que atinge diretamente a informação em si, em seu conteúdo, ocorre uma restrição lógico-conceitual: o que se censura são os efeitos jurídicos da medida proibitiva em face da finalidade “liberdade de informação”.

## 5. Empresas devedoras de ICMS

No RE 413.782, discutiu-se a constitucionalidade de norma legal estadual que impunha às empresas devedoras de ICMS a obrigação de utilizar notas fiscais avulsas, proibindo sua impressão em bloco.

### 5.1 Restrição causal

Para o ministro Marco Aurélio, relator do caso, a medida mostra-se

conflitante com a Carta da República (...). A Fazenda há de procurar o Judiciário visando à cobrança, via executivo fiscal, do que devido, mostrando-se impertinente recorrer a métodos que acabem inviabilizando

a própria atividade econômica<sup>234</sup> (...). Imagine-se o que implica, a cada negócio jurídico, ter-se de requerer à repartição fazendária competente a emissão de nota fiscal avulsa. A regência local da matéria abrange previsão incompatível com a ordem natural das coisas, com o princípio constante do parágrafo único do artigo 170 da Carta da República, segundo o qual é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica. (...) fica inviabilizada a atuação, se aquele que a implementa necessita, caso a caso, de recorrer ao fisco, para a obtenção de nota fiscal avulsa. Em Direito, o meio justifica o fim, mas não este, aquele.

Nesse mesmo sentido se manifestou a ministra Ellen Gracie:

Verifico que se a iniciativa do Estado não impediu totalmente o exercício dessa atividade econômica, porque afinal possível seria sempre a utilização dessas notas solteiras, notas individuais, é certo que essa prática, sem dúvida nenhuma, prejudica grandemente o funcionamento de qualquer empresa.

Como se pode notar, os ministros procederam à análise causal da norma, identificando os efeitos práticos nocivos que a norma pode acarretar sobre as finalidades inscritas na Constituição, quais sejam, o livre exercício de atividade econômica, trabalho, ofício ou profissão.

É de se considerar que, neste ponto, não são levados em consideração propriamente os efeitos *jurídicos* da norma legal, mas sim os seus efeitos no mundo concreto. A norma é tida como fato que obstrui causalmente a consecução de finalidades constitucionais.

## 5.2 Adequação causal

Por outro lado, ao considerar que, “*no sentido da adequação, até poderia haver uma adequação entre meios e fins*”, o ministro Gilmar Mendes parece sugerir que a norma em questão é apta a promover a finalidade que se propôs a perseguir. A obrigação de utilizar notas fiscais avulsas (meio) seria assim adequada para facilitar a arrecadação tributária (fim).

---

<sup>234</sup> Anote-se que, pela referência a meios menos gravosos para se atingir o mesmo fim, tratar-se-ia de uma norma que, no âmbito do “teste de proporcionalidade” do Tribunal Constitucional alemão, não passou na “fase de verificação da necessidade”.

## 6. Importação de pneus usados

Foram propostas diversas ações perante o STF questionando a constitucionalidade de normas proibitivas de importação de pneumáticos usados, sob o argumento da lesão ao meio ambiente e à saúde.

### 6.1 Promoção causal

Nesses casos, ganha relevo a análise causal dos efeitos práticos daquelas normas. Para tanto, é preciso verificar efetivamente: 1) a quantidade de pneus que adentrariam em solo pátrio sem a proibição; 2) quais as perspectivas de que tais pneus fossem de alguma forma reaproveitados; e 3) qual a relevância do impacto de sua eventual acumulação no meio ambiente.

Assim se manifestou a ministra Ellen Gracie no STA-AgR 118-6:

(...) apenas no ano de 2005 a importação de pneus usados representou uma transferência desnecessária para o território brasileiro de mais de 3 milhões (ou aproximadamente 15 toneladas) de pneumáticos inservíveis provenientes, em sua quase totalidade, da Comunidade Européia.

Todo esse passivo ambiental ingressa no território brasileiro sem que o país, assim como nenhuma outra nação do mundo, disponha de tecnologia ou método de destinação final ambientalmente segura, eficaz e econômica (...). Isso porque todos os processos tecnológicos disponíveis não promovem a decomposição desses resíduos, mas tão somente sua transformação ou eliminação mediante processo de incineração, este com graves impactos à saúde e ao meio ambiente, por lançar resíduos que liberam uma vasta gama de substâncias altamente tóxicas e mutagênicas.

(...)

[A importação de carcaças de pneumáticos usados] acarreta grave risco ao meio ambiente equilibrado e à saúde pública, tendo em vista a não redução das quantidades de pneumáticos nacionais, com sua conseqüente acumulação em pilhas e descarte ilegal, via de regra, em aterros sanitários, mar, rios ou riachos, ou mesmo queimados a céu aberto, com graves impactos à saúde e ao meio ambiente.

Como se nota, a ministra socorreu-se de dados já existentes acerca das importações realizadas no passado, constatando a existência de efetiva lesividade dos pneus não aproveitados. Por essa razão, as normas proibitivas de importação promovem causalmente as finalidades constitucionais de proteção à saúde<sup>235</sup> e ao meio ambiente<sup>236</sup>, impedindo ou

---

<sup>235</sup> “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.



dificultando que o estado de coisas atual se distancie do estado de coisas ideal previsto na CF, ou então aproximando o estado de coisas atual àquele estado de coisas constitucional.

No mesmo sentido foi a manifestação do ministro Ayres Britto na ADPF 101<sup>237</sup>, considerando que a importação traria ao país graves danos ao bem jurídico da saúde.

## 6.2 Restrição conceitual *versus* promoção causal

De outra feita, assim consta de parte de ementa, em que se verifica a presença de um típico juízo de ponderação:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. IMPORTAÇÃO DE PNEUMÁTICOS USADOS. MANIFESTO INTERESSE PÚBLICO. GRAVE LESÃO À ORDEM E À SAÚDE PÚBLICAS. (...) 3. Importação de pneumáticos usados. Manifesto interesse público. Dano Ambiental. Demonstração de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, tendo em conta a proibição geral de não importação de bens de consumo ou matéria-prima usada. Precedentes. **4. Ponderação entre as exigências para preservação da saúde e do meio ambiente e o livre exercício da atividade econômica (art. 170 da Constituição Federal).** 5. Grave lesão à ordem pública, diante do manifesto e inafastável interesse público à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal). Precedentes. (...) 7. Agravo regimental improvido. (*grifos nossos*)

De um lado, as normas proibitivas restringem conceitualmente o valor constitucional da livre iniciativa econômica<sup>238</sup>. A proibição de importação de pneus, independentemente da verificação de seus efeitos práticos, já implica uma interferência naquela finalidade da Constituição. De outro lado, tais normas, como demonstrou o voto da ministra Ellen Gracie, promovem causalmente a finalidade do meio ambiente equilibrado.

Constata-se assim a necessidade de ponderação entre restrição conceitual a certa finalidade da Constituição e promoção causal de outra finalidade, também da Constituição. No caso, a decisão fez prevalecer a segunda.

---

<sup>236</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

<sup>237</sup> Na ADPF 101 (ainda não publicada até a finalização deste trabalho), proposta pela Advocacia Geral da União, questionaram-se decisões judiciais que permitiram a importação de pneus usados. A AGU pediu a declaração da constitucionalidade da legislação que proíbe essa importação. O principal fundamento da ação foi o artigo 225 da CF, que assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ameaçado pela incineração e pelo depósito de pneus velhos. O STF deu procedência à ação, por maioria de votos, vencido o ministro Marco Aurélio.

<sup>238</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”.

### **6.3 Ausência de restrição causal ou ponderação entre restrição causal e promoção causal**

A ministra Cármen Lúcia, de forma irônica, rejeitou um argumento causal a favor da importação – a geração de empregos:

Me impressiona a generosidade de países que, tendo problemas ambientais, tendo um passivo de três bilhões de pneus, resolvem vender a preço de miséria, para nossos tristes trópicos, exatamente algo que é tão bom, tanto para gerar emprego quanto para melhorar as condições ambientais e para resolver a questão do passivo [de pneus usados].

Ao que parece, a ministra entendeu que a ausência de importação não acarretará prejuízos no mercado de trabalho. A norma questionada não teria, dessa forma, o efeito de restringir causalmente a finalidade constitucional inscrita no art. 170, inciso VIII<sup>239</sup>.

Também é possível – embora menos crível – que a ministra tenha entendido que, embora a proibição da importação acarrete danos à geração empregos, tal fato não justificaria a lesão ao meio ambiente. Nesse caso, haveria um juízo de ponderação entre as duas finalidades constitucionais, tendo optado a ministra pela prevalência da proteção ao equilíbrio ambiental.

### **6.4 Restrição causal**

Já o ministro Marco Aurélio votou contra as medidas proibitivas. Para ele, o preço dos pneus remodelados são mais acessíveis “*aos menos afortunados*”.

Trata-se claramente de um entendimento segundo o qual a norma legal acarretaria prejuízo aos mais pobres, restringindo causalmente, portanto, a finalidade constitucional de redução das desigualdades sociais<sup>240</sup>.

## **7. Manifestações públicas em Brasília**

Na ADI 1.969, foi objeto de questionamento a disposição normativa de decreto<sup>241</sup> do Distrito Federal que vedou “*a realização de manifestações públicas, com a utilização*

---

<sup>239</sup> “Art. 170. (...) VIII - busca do pleno emprego; (...)”.

<sup>240</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (...)

(...)  
Art. 170. (...) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; (...)”.

*de carros, aparelhos e objetos sonoros, na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti e vias adjacentes”.*

### **7.1 Adequação entre norma legal e sua finalidade**

De acordo com o voto vencedor do ministro Ricardo Lewandowski, relator,

(...) proibir a utilização ‘de carros, aparelhos e objetos sonoros’, nesse e em outros espaços públicos que o Decreto vergastado discrimina, inviabilizaria por completo a livre expressão do pensamento nas reuniões levadas a efeito nesses locais, porque as tornaria emudecidas, sem qualquer eficácia para os propósitos pretendidos.

Dessa forma, para o ministro, *“a restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto (...), a toda a evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (...)”.*

É de se observar que, por duas vezes, o ministro reitera a impropriedade da medida para atingir os seus objetivos, referindo-se à norma como *“inadequada”* e *“sem qualquer eficácia para os propósitos pretendidos”*.

Mas qual é a finalidade da norma? Uma norma que proíbe manifestações públicas com instrumentos de potência sonora nas proximidades de determinados prédios públicos pretende nitidamente resguardar a tranquilidade daqueles que ali trabalham, preservando-os de incômodos auditivos. Ora, o melhor meio para se obter a referida proteção consiste precisamente em proibir as atividades perturbadoras. Não se vislumbra de que forma a referida norma proibitiva mostra-se incapaz de perseguir os fins que se propôs a perseguir, tal como afirmou o ministro.

### **7.2 Descorrespondência parcial entre finalidade da norma legal e finalidade declarada pelo legislador**

Ressalte-se que, não obstante restar ausente a inadequação da norma legal com a sua finalidade, pode notar-se a ausência de perfeita congruência entre a *finalidade da norma legal* e a *finalidade da lei*.

De fato, no preâmbulo do ato, é possível ler três “considerandos”:

---

<sup>241</sup> Embora se trate de Decreto, referir-se-á ao ato em questão como “lei”, para fins de simplificação terminológica.

Considerando que o disposto no artigo 5º, inciso XVI, da Constituição Federal há que ser exercitado em conjunto com a legislação infra-constitucional;

Considerando, também, que a questão de livre reunião merece um disciplinamento, de molde a que esteja sempre presente o respeito mútuo, sem que sejam agredidos os postulados básicos da democracia;

**Considerando, finalmente, que a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros nas manifestações tende a causar incômodos à população em geral, em especial àqueles que se encontram exercendo atividade laboral”.** (*grifos nossos*)

É de se observar que, enquanto a *norma* tem como finalidade resguardar contra o incômodo *as pessoas que trabalham apenas naqueles restritos espaços*, a *lei* que a contém possui a finalidade de proteger a tranquilidade de *toda a população*, ou ao menos, de *todos aqueles que se encontram trabalhando*. A norma legal, assim, perseguiu finalidade muito menos ampla do que a finalidade que se propôs a perseguir o ato do qual provém.

### 7.3 Conflito entre finalidades da Constituição

De outra feita, o ministro Ricardo Lewandowski também aduz que é

certo que uma manifestação sonora nas imediações de um hospital afetaria a tranqüilidade necessária a esse tipo de ambiente, podendo, até mesmo, causar prejuízos irreparáveis aos pacientes. Ter-se-ia, nesse caso, uma hipótese de colisão entre direitos fundamentais, na qual o direito dos pacientes à recuperação da saúde certamente prevaleceria sobre o direito de reunião com tais características. Numa situação como essa, a restrição ao uso de carros, aparelhos e objetos sonoros mostrar-se-ia perfeitamente razoável.

Porém, segundo o ministro, a norma sob análise

não guarda qualquer semelhança com tal hipótese. Na verdade, o Decreto (...) simplesmente inviabiliza a liberdade de reunião e de manifestação, logo na Capital Federal, em especial na emblemática Praça dos Três poderes (...).

Observa-se que é negada a existência de um conflito entre direitos em razão da irrazoabilidade da norma.

No entanto, o conflito parece estar presente. Entre duas finalidades constitucionais a serem perseguidas, quais sejam, a proteção do exercício da profissão<sup>242</sup> e a liberdade de

---

<sup>242</sup> “Art. 5º. (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (...)”.

reunião em locais abertos ao público<sup>243</sup>, a medida optou por promover a primeira, restringindo a segunda. O que pode ter ocorrido é uma desproporcionalidade no sopesamento destes fins por parte do legislador, levando-se ainda em consideração as características daqueles locais, em que entes políticos maiores tomam as decisões fundamentais para o país. Parece ser nesse sentido a afirmação do ministro de que a norma é “*desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição*”.

## **8. Expedição de diploma**

Na ADI-MC 2.667, discutiu-se a constitucionalidade da Lei n.º 2.921/02, do Distrito Federal, que permitiu a emissão do certificado de conclusão do ensino médio em favor de alunos da terceira série do ensino médio que comprovassem aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior, independentemente do número de aulas por eles frequentadas.

É importante ressaltar que, afora as questões referentes à adequação e à proporcionalidade entre restrição e promoção, é possível identificar a referida norma, desde logo, como um elemento que insere uma contradição dentro do sistema educacional delineado pelo legislador infraconstitucional. Todo o processo de progressão de nível escolar é estruturado sobre alguns pressupostos básicos, dentre os quais a exigência de frequência mínima às aulas. Independentemente do conhecimento e da habilidade do aluno, a presença em sala de aula é tida como de necessidade presumida, sendo assim alçada como requisito inafastável para a dinâmica do aprendizado. Eleger a avaliação de desempenho como único requisito de progressão significa desprezar aquele pressuposto estrutural do sistema de ensino desenhado sob a égide da Constituição. Com isso, vale a advertência de que já seria possível aqui falar de falta daquilo que poderíamos chamar de “razoabilidade interna”.

Nesse sentido, o ministro Celso de Mello, relator, além de considerar a invasão da esfera de competência legislativa da União, entendeu que a norma questionada mostrava-se “*destituída de qualquer coeficiente de razoabilidade, pois, sem base legítima, inverteu, de modo inteiramente arbitrário, a ordem natural de formação acadêmica dos alunos*”.

---

<sup>243</sup> “Art. 5º. (...) XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; (...)”.

*matriculados em cursos de ensino médio (...)*”. Para o ministro, ainda, a ausência de razoabilidade e proporcionalidade põe em evidência o abuso do poder de legislar.

### **8.1 Finalidade da norma**

É de se notar que o próprio teor da medida já permite afirmar que a finalidade daquela norma é facilitar o ingresso do aluno na universidade. Corroborando tal assertiva, o projeto original da lei possuía como justificativa a eliminação de obstáculos “injustos” ao acesso ao ensino superior.

Observe-se que essa finalidade é expressamente adotada pelo art. 208, inciso V da Constituição, que obriga o Estado a garantir o acesso aos níveis mais elevados do ensino. Não existiria assim vício por finalidade inconstitucional.

### **8.2 Adequação da norma**

Por outro lado, a regra legal em questão é adequada para o alcance daquela finalidade que se propõe a perseguir, pois indiscutivelmente facilita o ingresso do aluno no ensino superior. Não há também, portanto, inadequação entre a medida e seu objetivo.

### **8.3 Restrição causal**

Além disso, é de se indagar também se a medida em tela fere a finalidade instituída pelo art. 214, inciso III da CF, que institui como um dos objetivos da ação do Poder Público na área da educação a melhoria da qualidade do ensino. Trata-se de saber se a norma constitui ou não obstáculo à melhoria da qualidade de ensino.

Para responder a tal indagação, será imprescindível uma análise *causal* dos prováveis efeitos daquela norma legal sobre a qualidade do ensino em geral.

### **8.4 Conflito entre finalidades da Constituição**

Caso se entenda que a norma legal restringe alguma finalidade da Constituição, resta configurado, naquele caso, um conflito entre finalidades constitucionais. Tal conflito só pode ser resolvido por ponderação, em que a questão passa a ser: o “peso” da restrição à finalidade inscrita no art. 214, inciso III da CF é maior que o “peso” da promoção da

finalidade constante do art. 208, inciso V? Se a resposta for positiva, restará configurada a ausência de proporcionalidade a que se refere o ministro Celso de Mello.

## **9. Crise da energia elétrica**

A MP 2.152/2001 foi editada para disciplinar situação de emergência – qual seja, a crise de energia elétrica decorrente dos baixos níveis de água dos reservatórios de usinas hidrelétricas. Dentre outras medidas, aquele ato normativo definia metas de consumo de energia, a serem observadas pelos usuários. Para aqueles que descumprissem tais metas, a MP previa tarifas adicionais e até a suspensão do fornecimento. Na ADC-MC 9, o STF discutiu a constitucionalidade dessas normas.

### **9.1 “Occasio legis” e finalidade**

Em seu voto, o ministro Carlos Velloso procede a uma identificação da *occasio legis* das medidas em tela:

É preciso considerar, primeiro que tudo, que atravessa o País séria crise de energia elétrica, decorrente de sua escassez. É dizer, a energia elétrica que temos vem de usinas hidroelétricas. Em razão da acentuada falta de chuvas, os reservatórios dessas usinas estão praticamente vazios. Teria havido imprevisão por parte de órgãos governamentais? Isto não interessa discutir aqui. Certo é que vivemos uma crise de energia elétrica. Essa é a situação de fato existente.

Por sua vez, o ministro Moreira Alves demonstra a importância da *occasio legis* na legitimação da finalidade perseguida:

Estamos aqui diante de uma emergência, e é preciso examinar a proporcionalidade em face dela. Aqui me parece que a proporcionalidade é manifesta, tendo em vista as circunstâncias de que a finalidade a ser alcançada não é um meio desproporcional.

### **9.2 Restrição conceitual *versus* promoção causal**

O ministro Néri da Silveira dá a entender que as medidas implicam restrição conceitual aos valores constitucionais da isonomia e da propriedade privada:

(...) não vejo como constitucionalmente possível estipular, pela causa apontada, suspensão do fornecimento de serviço público a certos consumidores que atendem às tarifas estabelecidas. Estar-se-ia, ademais, sem causa legítima, estabelecendo discriminação entre consumidores, o que atenta contra o princípio da isonomia.

(...)

Ora, na espécie, parece inequívoca a desproporção, a irrazoabilidade de impor-se autêntica pena pecuniária que pode chegar a 200% do valor da tarifa, a quem, por razões que não se apuram, em certo momento, ultrapassa o limite de consumo de energia elétrica estabelecido. A ordem constitucional, à vista do art. 5º, LIV e LV, do Diploma maior, não admite tal tratamento do legislador ou da Administração para com o particular.

De forma semelhante, ao criticar as medidas em tela, opinando por sua inconstitucionalidade, assim se manifestou o ministro Marco Aurélio:

De qualquer forma, cabe-me proferir voto sobre a matéria, e não posso fazê-lo sob o ângulo sociológico. Não posso fazê-lo abandonando as balizas da Carta da República, pelo menos sob a minha convicção, para potencializar a correção de um mal maior, existente no Brasil, que diz respeito à distribuição da riqueza, em si, *lato sensu*. Devo ater-me às balizas constitucionais disciplinadoras do tema, da matéria.

Pelo que se pode observar, o ministro parece recusar veementemente qualquer perspectiva causal das normas envolvidas. Ao afastar eventual análise estribada em um “ângulo sociológico”, restam ignoradas as potenciais consequências causais das normas questionadas – e, principalmente, de sua ausência.

Tal desconsideração da situação fática e de suas decorrências motivou irônica censura por parte do ministro Sepúlveda Pertence, que assim se manifestou: “*Então se queimem os governantes para se fazer termoeletricas*”.

Contraopondo-se ao entendimento do ministro Marco Aurélio, a ministra Ellen Gracie manifestou-se favoravelmente às medidas tomadas:

(...) há preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitem que todos continuem a utilizar-se moderadamente de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa.

Nota-se que a defesa do consumidor, inscrito no art. 170, inciso V da CF, é considerada, sob um ponto de vista causal, como estado de coisas a ser perseguido. As medidas que obrigam os usuários a reduzir seu consumo de energia elétrica podem até restringir *conceitualmente* aquela finalidade, mas acabam por promovê-la *causalmente*, caso seja ela considerada como uma situação fática futura e ideal, e que se caracterize pela permanência de fruição da energia por parte dos consumidores como um todo.



Em seu voto, o ministro Nelson Jobim explicita e corrobora esse ponto de vista, recorrendo ao raciocínio econômico<sup>244</sup>:

(...) Ou seja, o que se tem aqui, parece-me nitidamente, é a forma pela qual – perante uma diferença e por razões que já conhecemos entre a oferta de energia e a demanda, em que a oferta reduz-se para 20 % das necessidades de demanda – se estabelece um mecanismo para que se possa continuar a prestação do serviço adequadamente. Se não tivermos regras pelas quais possa se adequar a oferta à demanda, o que teremos? Teremos aquilo que é nominado pela linguagem comum de ‘apagão’.

Devemos lembrar que o direito subjetivo, eventual, que possa se ter em relação ao fornecimento de energia elétrica é o de que se tem, porque aqui estamos perante o direito a uma prestação e não um direito potestativo. É um direito que se satisfaz por meio de uma prestação e esta depende da capacidade de oferta. Se a capacidade de oferta reduziu-se, devem-se ajustar os consumidores a esta capacidade de oferta. Se não tivermos a possibilidade da suspensão no fornecimento, aquele que tem capacidade financeira de se manter acabará pagando os 50% ou os 200%, porque tem capacidade para fazê-lo, em relação à remuneração dos demais. E, aí, o que vamos ter? Vamos ter a impossibilidade da manutenção do parâmetro do ajustamento adequado da demanda e teremos os cortes gerais de energia. Ora, não é possível pensar dessa forma.

## 10. Postos de gasolina e farmácias

No RE 193.749, discutiu-se a constitucionalidade de lei municipal que estabeleceu que a licença para funcionamento de novas farmácias e drogarias apenas seria concedida quando o estabelecimento ficasse situado a uma distância mínima de 200 metros da farmácia ou drogaria mais próxima já existente.

Para o ministro Carlos Velloso, a finalidade dessa norma seria evitar a concentração de farmácias. Ao se distribuírem espacialmente, elas atenderiam a todas as camadas da população.

Porém, o ministro não discute se a norma é *adequada* para a consecução dessa finalidade, ou seja, se a fixação de distância mínima de instalação efetivamente distribui as farmácias espacialmente. Embora este efeito seja bastante provável, poder-se-ia alegar que a norma levaria as empresas farmacêuticas a desistir de se instalar naquele município.

O ministro Maurício Corrêa, por sua vez, entendeu que

---

<sup>244</sup> Ao comentar o acórdão, José Reinaldo de Lima Lopes bem observa que o debate, “em diversos momentos gira em torno da legitimidade do raciocínio que leva em conta o resultado da decisão, ou ainda, de se saber se os resultados são ou não um elemento a ser considerado juridicamente”. Cf. *Raciocínio jurídico e economia*, in Revista de Direito Público da Economia, n. 8, outubro-dezembro de 2004, p. 166. Para o autor, “mesmo aquele que pretende decidir de forma ‘exclusivamente jurídica’ não pode fugir de alguns juízos sobre a realidade” (p. 164).

(...) a limitação geográfica imposta à instalação de drogarias somente conduz à assertiva de concentração capitalista, assegurando, no perímetro, o lucro da farmácia já estabelecida. Dificulta o acesso do consumidor às melhores condições de preço, e resguarda o empresário alojado no local pelo cerceamento do exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio da liberdade de iniciativa econômica privada garantida pela Carta Federal quando estatui que “a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º).

Como se pode notar, o ministro identifica uma restrição conceitual da norma em face da finalidade constitucional da livre-concorrência, eis que ela proíbe o exercício de uma atividade comercial em determinados locais.

Mas o ministro também identifica na norma duas restrições causais perante finalidades da Constituição. Haveria, de um lado, restrição à finalidade de combater a dominação dos mercados e concentração econômica, eis que a norma conduziria à centralização econômica da atividade. De outro lado, restaria presente restrição à finalidade de proteção ao consumidor, eis que dificultaria seu acesso a melhores condições de preço<sup>245</sup>. Em ambos os casos, não há referência à finalidade da norma legal, mas a suas potenciais consequências causais em face de finalidades da Constituição<sup>246</sup>.

Interessante observar aqui que uma finalidade da Constituição – proteção ao consumidor – é ao mesmo tempo promovida<sup>247</sup> e restringida pela mesma norma legal. Isso ocorre porque a promoção e a restrição recaem sobre diferentes aspectos da mesma finalidade: promove-se o acesso físico do consumidor aos produtos farmacêuticos, mas se restringe a possibilidade de escolha de produtos mais baratos.

Outrossim, a concentração de mercado, que para o ministro Maurício Corrêa é mera *consequência* da norma, para o ministro Nelson Jobim é a própria *finalidade* da norma: “a *exclusiva oferta de produtos por um vendedor só*”<sup>248</sup>. Tratar-se-ia, assim, de uma

---

<sup>245</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello também parte de raciocínio semelhante. Para ele, a lei afrontou a livre concorrência prevista no art. 170, inciso IV da CF, e como justamente a livre concorrência é que assinalaria vantagens ao consumidor, a medida acabaria afrontando também os arts. 5º, inciso XXX, e 170, inciso V. Cf. *Desvio de poder em ato legislativo: ofensa ao princípio da livre concorrência, ao da defesa do consumidor e ao da igualdade*, in Boletim de Direito Administrativo, v. 14, n. 10, 1998, pp. 615-616. O autor ainda considera que a norma fere a proteção à saúde, por restringir o acesso a medicamentos, e a igualdade, eis que apenas farmácias e drogarias são atingidas, e não outros ramos do comércio (p. 616).

<sup>246</sup> Gilmar Mendes cita caso bastante semelhante decidido pela Corte Constitucional alemã. Tratava-se de lei do Estado da Baviera que também impunha distâncias espaciais mínimas para a abertura de farmácias. A Corte entendeu que a prognose do legislador – qual seja, a previsão de que a ausência dessa regulamentação legal implicaria uma concentração excessiva de farmácias no mesmo local, causando ameaça à saúde pública – estava errada, e a lei foi declarada inconstitucional. Cf. *Jurisdição (...)*, ob. cit., p. 352.

<sup>247</sup> Desde que a norma seja também *adequada* para promover a finalidade indicada por Carlos Velloso.

<sup>248</sup> No mesmo sentido, cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Desvio (...)*, ob. cit., p. 615.

finalidade *oposta* a uma finalidade da Constituição<sup>249</sup>, e conforme admitido no presente trabalho, inconstitucional.

Já no RE 204.187, foi objeto de questionamento norma municipal que, ao disciplinar a construção e funcionamento de postos de gasolina, exigiu distância mínima de 800 metros de raio de outro estabelecimento congênere.

A ministra relatora Ellen Gracie, naquela oportunidade, assim se manifestou:

Estimo que o Município pode, sim, tendo em vista que a comercialização de combustível é atividade geradora de riscos, evitar concentração de postos de abastecimento, com o objetivo de garantir a segurança em locais de afluência de pessoas (...) Bem por isso, a lei questionada também contém regra estabelecendo distância mínima de postos de gasolina de escolas, quartéis, asilos, hospitais e casas de saúde (...).

É de se notar que a ministra reconheceu a finalidade da norma em questão – garantir a segurança das pessoas. O motivo seria o alto grau de risco da atividade de comercialização de combustível.

Em primeiro lugar, a finalidade em tela se mostra legítima do ponto de vista constitucional. Em segundo, o comando inscrito na norma – proibição de que os postos sejam construídos a menos de 800 metros de outros postos – mostra-se adequada à perseguição daquela finalidade, pois efetivamente aumenta a segurança das pessoas. E em terceiro, a restrição conceitual que a norma faz sobre a livre-concorrência é justificada pela promoção causal à finalidade por ela perseguida.

Cabe aqui indagar: e se tal norma, por análise dos antecedentes de sua promulgação, tivesse outra finalidade – a finalidade da norma do caso das farmácias (distribuição geográfica dos postos de gasolina para proteção do consumidor)? Neste caso, a proteção à segurança das pessoas entraria apenas como consequência causal não pretendida pelo legislador. A questão que surge então é: essa consequência poderia ser levada em consideração para influir na conclusão pela constitucionalidade da norma?

Provavelmente, o STF, em atenção a seu entendimento predominante de que a *mens legis* prevalece sobre a *mens legislatoris*, desprezaria a finalidade *do legislador*, e se esforçaria por identificar a proteção à segurança das pessoas como sendo a finalidade *da norma*. Mas isso não exclui a possibilidade de que não seja possível considerar a consequência como finalidade. Neste caso, pode até ser admissível que a consequência da norma pudesse legitimá-la, desde que seus valores fundamentadores também concorressem

---

<sup>249</sup> “Art. 173. (...) § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

para sustentar tal legitimidade – ou seja, desde que suas finalidades fossem ao menos aceitas pela Constituição. De outra feita, a finalidade inconstitucional já bastaria para tornar a norma inválida, independentemente de qualquer contribuição causal que ela pudesse trazer a alguma finalidade da Constituição.

## **11. Bem de família do fiador**

No RE 407.688, discutiu-se, em face do direito de moradia previsto no art. 6º da CF, a constitucionalidade da norma legal que permitia a penhora de bem de família do fiador em contrato de locação.

### **11.1 Promoção causal e restrição conceitual a finalidade da Constituição**

Para o ministro Cezar Peluso, relator do caso, o que a referida norma legal impugnada faz é promover a finalidade constitucional do direito à moradia inscrito no art. 6º da CF, eis que, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores, estimula ou favorece o incremento da oferta de imóveis para fins de locação residencial:

(...) não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais lícitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel. Nem, tampouco, que acudir a essa distorção, facilitando celebração dos contratos e com isso realizando, num dos seus múltiplos modos de positivação e de realização histórica, o direito social de moradia, é a própria ratio legis da exceção prevista no art. 3º, inc. VII, da Lei n.º 8.009, de 1990. São coisas óbvias e intuitivas.

Assim,

castrar essa técnica legislativa (...) romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.

No mesmo sentido, e com mais um argumento, o ministro Sepúlveda Pertence afirma que *“a alternativa à ‘fiação’ eficaz é enredar-se o inquilino na garantia bancária, inacessível à grande massa daqueles que não têm como realizar o seu direito à moradia senão mediante o arrendamento do imóvel residencial”*. Explicitando esse raciocínio, o ministro aduz que

(...) o Tribunal não pode ficar insensível ao fato de que seus eventuais trabalhos teóricos ou acadêmicos possam criar circunstâncias que inviabilizem, inclusive, o próprio desenvolvimento do setor e abertura de moradias a todos.

É de se notar que ambos os ministros, baseando-se em regras da ciência econômica, fazem uma análise causal da norma, argumentando que ela promove causalmente uma finalidade da Constituição – moradia para as pessoas. Aumentar a disponibilidade e o acesso ao aluguel de imóveis residenciais seriam os efeitos práticos dessa norma que excepciona da regra do bem de família os bens do fiador em contrato de locação.

De outra feita, Cezar Peluso reconhece, nas suas próprias palavras, a “*dupla face*” do direito social de moradia: “(...) *resguardo simultâneo a direito subjetivo do fiador ao bem de família e, por viés, a análogo direito do locatário à habitação (...)*”. E ainda:

(...) não se pode dizer que o artigo 6º só abrangeria os proprietários do imóvel. O direito de moradia é direito que deve [ser] reconhecido à ampla classe de pessoas que não têm propriedade de imóvel e, portanto, devem morar sob alguma das outras formas, mediante os institutos que o ordenamento jurídico prevê para permitir essa moradia.

Com base nisto, é possível afirmar que, ao retirar a impenhorabilidade da moradia do fiador, a norma legal em comento restringiu conceitualmente o valor constitucional da moradia.

Pode observar-se, assim, que a referida norma *tanto promove causalmente quanto restringe conceitualmente a mesma finalidade constitucional*.

Pelo raciocínio do ministro, a restrição cede em face da promoção. Embora implícito, o mecanismo da ponderação faz-se aqui presente: naquela hipótese específica da penhorabilidade da residência do fiador, o implemento da finalidade em um de seus aspectos – o direito de moradia dos locatários – queda mais importante que a restrição dessa mesma finalidade em outro de seus aspectos – o direito de moradia do fiador dos contratos de locação.

Já o ministro Eros Grau tem um entendimento diverso. Desde logo, afirma que, diferentemente de Cezar Peluso, não se apegua à lógica do mercado em seu voto, “*mas, sim, ao que diz a Constituição*”. Dessa forma, para ele, a norma legal em questão viola a previsão constitucional do direito à moradia:

(...) no que concerne ao argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado das locações imobiliárias, não me parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não hão de faltar políticas públicas, adequadas à fluência

desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional.

E arremata: *“Creio que a nós não cabe senão aplicar a Constituição. E o Poder Público que desenvolva políticas públicas sempre adequadas aos preceitos constitucionais”*.

Pelo que se deduz do entendimento do ministro, recorrer à lógica do mercado é desapegar-se ao texto constitucional. É preciso notar que, a seguir-se tal ponto de vista, restariam excluídos todos os raciocínios consequencialistas de fundo econômico, que de resto constituem grande parte das análises causais.

Nesse sentido, a recorrência às finalidades da Constituição, nos termos defendidos no presente trabalho, permite identificar duas falhas no argumento do ministro. Em primeiro lugar, se a economia de mercado é o modelo adotado – com temperamentos – pela própria Constituição, recorrer a sua lógica não parece significar o afastamento do que diz o texto maior.

Em segundo lugar – e aqui consiste a maior discrepância do voto de Eros Graus em relação ao que é defendido nesta dissertação –, a alusão a desencadeamentos causais de cunho econômico, tal como visto nos votos de Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence, tem em vista precisamente uma finalidade pertencente à Constituição. Aquele raciocínio causal regeu-se pelo total respeito ao que diz a Constituição, pois sua única pretensão foi perseguir um dos objetivos desta. A seguir-se à risca a compreensão do ministro Eros Grau, estaria severamente prejudicada a perspectiva das finalidades constitucionais enquanto estados de coisas a serem alcançados, eis que as restrições conceituais sempre teriam maior peso do que as promoções causais.

Por sua vez, Carlos Brito opina pela inconstitucionalidade da norma em tela, sob o seguinte argumento, dentre outros: *“(...) o indivíduo que consegue a situação de proprietário de uma casa e se torna senhor de casa própria, ele recebe um reforço protetivo da Constituição”*.

Ao que tudo indica, o ministro adotou a “proibição de retrocesso”, pela qual não pode haver regressão nos estágios já alcançados na perseguição de certa finalidade. Pelo que defendido no presente trabalho, a proibição de retrocesso, enquanto expressão da finalidade enquanto “censura” (Capítulo II, Item 7), precisa ser compreendida de forma relativa, ante a necessidade de acomodação dos diversos fins prescritos pela Constituição.

De outra feita, para o ministro Joaquim Barbosa, no caso em questão, o direito do fiador à moradia cede em face do princípio da liberdade contratual:

A decisão de prestar fiança (...) é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria.

Não haveria, assim, para o ministro, a inconstitucionalidade da norma.

A nosso ver, entretanto, a liberdade contratual, enquanto valor juridicamente protegido, tem sua abrangência cindida à vontade manifesta no contrato. No caso em tela, essa vontade resume-se à assunção da responsabilidade pelo pagamento da dívida do locatário. A forma pela qual o ordenamento jurídico dará efetividade a tal responsabilidade, satisfazendo o crédito do locador por certa forma de execução, escapa ao âmbito daquilo que o fiador manifestou como querido.

## **12. Taxa de matrícula em universidade federal**

No RE 500.171, discutiu-se a constitucionalidade da cobrança de taxa de matrícula, a quem tem condições de pagá-la, como requisito de ingresso em universidade federal.

O ministro Cezar Peluso parece supor que o legislador motivou a edição da norma em comento baseado em certa situação fática (“occasio legis”). Mas o ministro não acredita que tal situação seja mesmo real:

(...) a mim me parece implícito, senão até explícito, que o que está por trás do pensamento divergente é interpretação que supõe uma carência financeira do Estado para aplicar, nas universidades públicas, os recursos que a Constituição lhe impõe. E, como tal, abre logo a discussão sobre a necessidade de prova dessa incapacidade pressuposta ao Estado, coisa difícil de admitir num contexto histórico marcado pela voracidade do fisco, cuja arrecadação tem aumentado de forma notavelmente extraordinária, independentemente da alteração das alíquotas e da mudança substancial do sistema de tributos.

Um dos argumentos da recorrente (Universidade Federal de Goiás) foi o caráter gradativo da gratuidade do ensino – cumprimento na medida do possível –, a partir da exegese do art. 208, especialmente de seu inciso II. Outro argumento é o de que a cobrança de matrícula de quem pode pagá-la é uma forma de exigir a contribuição da sociedade para o alcance da gratuidade universal e do acesso ao ensino.

Ou seja, a recorrente alegou primeiramente que a *gratuidade universal do ensino superior* é uma finalidade a ser alcançada, e não uma norma-comando. A partir disto, cobrar matrícula de quem pudesse pagá-la *restringiria conceitualmente* aquela finalidade observada como *valor*, mas *promoveria causalmente* a mesma finalidade observada como *estado de coisas*. Trata-se de uma restrição a um valor “presente” para o alcance de um estado de coisas relativo ao mesmo valor, mas projetado no futuro. Além disso, outra finalidade seria promovida pela cobrança: a solidariedade social.

A ministra Carmen Lúcia pareceu concordar com tal entendimento. Para ela, a cobrança das taxas a quem pode pagá-las serve justamente para garantir a universalidade, ainda mais considerando que “*o ensino superior no Brasil ainda está muito longe dessa universalidade (...)*”. No mais, consignou que

(...) o princípio da solidariedade, quanto mais num direito fundamentalíssimo, como é este da educação, que garante não apenas a liberdade, mas a libertação das pessoas de uma para outra condição, deixa de ser formal quando a sociedade comparece.

Da mesma opinião comungou o min. Eros Grau:

Estou diante de uma contribuição fundada na solidariedade, visando à permanência do aluno na Universidade, o que é inteiramente compatível com o art. 206, inciso I. Fundada no texto desse inciso I do art. 206 e desdobrada, essa contribuição, no bojo da relação de comunhão de escopo, da regra contida no art. 205 da Constituição, segundo a qual a educação “... será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade ...”.

Em arremate, o ministro ainda concluiu que “*aqui temos uma contribuição instalada no bojo de uma relação de comunhão de escopo, que viabiliza a permanência de alunos carentes na Universidade*”.

Aceitando a validade da cobrança, o ministro Gilmar Mendes expressou claro juízo de ponderação, ao identificar a necessidade de acomodação entre valores diversos: “*(...) há, sim, espaço constitucional para compatibilizar a idéia de gratuidade do ensino público com essas imposições que permitem às instituições universitárias subsidiar os mais carentes*”. O ministro ainda ressaltou que “*(...) no que concerne à distribuição dos recursos orçamentários, as universidades são extremamente carentes*”.

De outra feita, para o ministro Ricardo Lewandowski – cujo voto acabou sendo acompanhado pela maioria –, o art. 208 impõe ao Estado a obrigação de

manter uma estrutura institucional que permita ao cidadão comum, tenha ou não recursos financeiros, o acesso ao ensino superior, em seus vários



níveis, da graduação à pós-graduação, ministrado em estabelecimentos oficiais, tendo como única limitação a sua competência intelectual.

Note-se que, ao afirmar que a *única* limitação ao ingresso do cidadão na universidade é sua competência intelectual, o ministro entende que a gratuidade no ensino superior não é uma finalidade, mas sim uma norma-comando, que se expressaria em: “são proibidas limitações financeiras ao ingresso no ensino superior”.

### **13. Benefício previdenciário a cônjuge masculino**

No RE 204.193, o STF discutiu acerca da existência do direito de o marido ser incluído como dependente da mulher e, em tal situação, ser beneficiário de pensão, nos casos especificados em lei. O art. 9º, inciso I da Lei n.º 7.672/82 do Rio Grande do Sul, objeto de análise, dispõe sobre o Instituto de Previdência do Estado, e considera apenas a esposa como sendo dependente do segurado.

#### **13.1 “Occasio legis”**

Para o ministro Carlos Velloso, relator do recurso,

é necessário reconhecer, em termos sociológicos, que o marido sempre foi considerado o provedor da família. O trabalho da mulher, de regra, é executado como auxílio no sustento da família. De regra, portanto, o homem não depende, economicamente, da mulher; o contrário é o que ocorre, de regra. É claro que essa situação, modernamente, vem se alterando. Mas ela não se alterou, ainda, no sentido de tornar-se a regra.

Dessa forma, segundo o ministro,

a presunção de dependência da viúva pode ser afirmada, em linha de princípio. O contrário não tem sido a regra. Esse dado sociológico é muito importante na elaboração legislativa. É claro que essa situação, principalmente entre a classe média, nas grandes cidades, tem sofrido alterações. (...) O que é certo, entretanto, é que é preciso lei específica dispor a respeito, porque o dado sociológico acima indicado sempre foi considerado no custeio do benefício.

Note-se que o ministro procede à análise da *occasio legis*. Há uma investigação dos motivos fáticos que levaram à edição da norma discriminativa atacada, a qual permite a concessão de benefício apenas aos dependentes do sexo feminino. A independência

econômica do marido em relação à esposa e a dependência da esposa em relação ao marido são generalizadas e consideradas elementos justificantes do tratamento diferenciado.

### **13.2 Desigualdade material e tratamento diferenciado: o papel da “*occasio legis*” e da finalidade**

Quando se trata de igualdade e desigualdade materiais, é assaz importante a distinção entre *pressuposto fático* e *finalidade* da diferenciação levada a efeito pela norma.

Embora sempre deva ter como *motivo fático* uma desigualdade material, o tratamento diferenciado pode ou não figurar como meio de promoção da igualdade material (*finalidade*)<sup>250</sup>. O sistema de reserva de cotas de vagas para deficientes físicos em concursos públicos, *e.g.*, figura como um tratamento diferenciado que visa a integrar ao mercado de trabalho aqueles indivíduos que encontram maiores dificuldades para essa integração. A diferenciação serve aqui como um meio de promoção da igualdade material: paridade de oportunidades profissionais entre as pessoas. O mesmo se diga do benefício da justiça gratuita aos reconhecidamente pobres, que visa a propiciar igualdade de condições de acesso ao Judiciário. De outra feita, a imunidade tributária de templos, a dispensa da prestação de serviço militar às mulheres e o tratamento especial de crianças e adolescentes são exemplos de diferenciações que não visam a promover a igualdade material, mas sim alguma outra finalidade (no primeiro exemplo, a liberdade de religião), podendo consistir até mesmo em um imperativo de equidade (no segundo e no terceiro exemplos).

Assim, nem sempre uma norma discriminatória que tenha como motivo a desigualdade material terá como finalidade a igualdade material.

No caso em tela, a *occasio legis* da norma – configurada como a existência de desigualdade material entre homens e mulheres, consistente na dependência econômica apenas destas – é que autoriza o tratamento diferenciado, e não a finalidade de equalização material. Seria difícil sustentar que a norma concede benefício à mulher e nega-o implicitamente ao homem porque visa a corrigir uma desigualdade material entre eles. A norma concede o benefício às mulheres porque entende que elas necessitem dele, ao

---

<sup>250</sup> A igualdade material aparece como uma finalidade enquanto *estado de coisas*. É nesse sentido que Ritinha Georgakilas afirma que “(...) a instauração da igualdade material é um princípio programático, contido em nosso Direito Constitucional, que se manifesta através de numerosas normas constitucionais positivas (...)”. Cf. *Isonomia e igualdade material na Constituição brasileira*, in Revista de Direito Público, n. 72, outubro-dezembro de 1984, p. 126.

mesmo tempo em que o nega aos homens por presumir que eles dele prescindam. Trata-se tão só de uma consideração das necessidades individuais, sem objetivos igualitários.

É certo que tal norma possui uma finalidade, consistente em dotar de condições materiais para uma vida minimamente digna os cônjuges femininos daqueles que contribuíram com seu trabalho e esforço para o Estado. Mas é importante observar que tal finalidade, por si só, não autoriza qualquer tratamento discriminatório entre homens e mulheres.

O mesmo ocorre, *e.g.*, em um concurso público em que seja necessária a avaliação da capacidade física dos candidatos. Neste caso, uma norma que institua critérios de avaliação diferenciados para homens e mulheres possui como pressuposto fático uma desigualdade material entre os sexos, mas não tem como finalidade, obviamente, sua equalização material. A finalidade aqui é tão só dispensar um tratamento justo aos concorrentes, promovendo a equidade ao tratar os desiguais desigualmente.

### 13.3 Mudança social e segurança jurídica

A primeira discussão que vem à tona, nesse âmbito, é aquela acerca da possibilidade de a lei excepcionar o princípio da igualdade formal com base em presunções fáticas. Trata-se de saber se, quando uma lei ou norma legal possui como motivo de tratamento diferenciado determinadas características de situações sociais frequentes, pode aplicar-se tal diferenciação também às situações que não apresentam aquelas características. O tema dos motivos fáticos da lei ou da norma legal suscita assim um peculiar e complexo problema quando se está diante de restrições à igualdade formal.

Desde logo, faz-se pertinente observar que a *aplicação* de uma norma é deveras distinta da *incidência* da norma. Enquanto esta é automática, ocorrendo em um plano puramente normativo e ideal, a aplicação é a transformação do direito em realidade pelos seus operadores estatais e não estatais, deixando o plano do dever-ser para se incorporar no plano do ser<sup>251</sup>.

---

<sup>251</sup> Cf. RAMOS, Elival da Silva, *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 20. De forma semelhante, Pontes de Miranda ensina: “A incidência das regras é infalível. Não se dá o mesmo com a sua realização. A regra jurídica somente se realiza quando, além da coloração, que resulta da incidência, os fatos ficam efetivamente subordinados a ela”. Cf. *Comentários (...)*, ob. cit., p. 299. No mesmo sentido, mas utilizando termos diversos (aplicabilidade *interna* e aplicabilidade *externa*), cf. NAVARRO, Pablo, *Acerca del razonamiento (...)*, ob. cit., p. 77. Esse mesmo autor, em outro texto, esclarece que a aplicabilidade interna é um problema de *alcance* da norma (conjunto de casos aos quais ela se aplica), enquanto que a externa é um problema de *força* da norma para impor uma solução. Cf. *Acerca de la inevitabilidad (...)*, ob. cit., p. 107.

Com isso, se uma norma incide no caso concreto, ela só não poderá ser aplicada caso seja inconstitucional. Em outros termos, saber se uma determinada norma legal deve ser aplicada ou não a determinado caso concreto, embora sobre ele incidente, é saber se essa norma é ou não inconstitucional para aquele caso. O STF tem jurisprudência consolidada no sentido de que o pressuposto para a não aplicação da lei é a declaração de sua inconstitucionalidade; ou seja, afastar a aplicação da lei no caso concreto é declarar a sua inconstitucionalidade<sup>252</sup>.

Como já vislumbrado, no presente caso, o que há é uma espécie de incongruência entre o pressuposto fático considerado pelo legislador – dependência econômica generalizada da mulher e independência generalizada do homem – e o âmbito de incidência da lei. A proibição implícita de concessão do benefício aos homens incide também em situações que não apresentam a característica social considerada pelo legislador, quais sejam, aqueles casos em que o homem é economicamente dependente. A questão é inversa à do tratamento igualitário de situações diferentes. Nesta, o que está em jogo é a ausência de diferenciação<sup>253</sup>. Já aqui, discute-se a correção do critério de discrimine eleito pelo legislador para diferenciar.

A partir disto, é de se indagar se, em um caso concreto submetido à apreciação judicial, pode o órgão julgador considerar a lei inconstitucional por não restar presente, naquele caso, a situação fática que o legislador pressupôs para a edição da lei.

Esse problema precisa ser analisado levando-se em consideração uma finalidade constitucional de suma importância no Estado de Direito: o valor da *segurança jurídica*.

A esse respeito, Philipp Heck já ensinava que “*o ideal da adequação [ao caso] não é o único do direito. Em muitos âmbitos vitais é muito mais importante a segurança jurídica do que a decisão correta*”<sup>254</sup>. A segurança jurídica aparece assim como um valor da ordem jurídica como um todo, exercendo a função de elemento de pacificação e tranquilização sociais. A ideia de confirmação de expectativas surge como fator estabilizador das relações sociais baseadas no direito.

---

<sup>252</sup> Cf. RE 179.170; Ag. Reg. no Ag. Inst. 477.954-8; Ag. Inst. 610.553-1. Em sentido contrário a esse posicionamento, cf. SILVA, Luis Virgílio Afonso da, *O conteúdo (...)*, ob. cit., p. 62.

<sup>253</sup> No caso do tratamento igualitário de situações desiguais, as presunções são, obviamente, possíveis – e necessárias. É da índole da atividade legislativa desprezar desigualdades fáticas juridicamente irrelevantes. A generalidade, enquanto característica intrínseca à lei, mostra-se, de certa forma, como uma expressão da presunção de igualdade. As diferenciações só serão permitidas se houver motivo, e desde que seja um motivo constitucionalmente aceito.

<sup>254</sup> Cf. *El problema (...)*, ob. cit., p. 57. Mas o próprio autor admitia que “em muitos casos particulares é muito difícil decidir entre os ideais da segurança jurídica e da adequação” (p. 54).

Assim, embora não esteja expressa em dispositivo da Constituição, a segurança jurídica tem sido considerada pelo pensamento constitucional contemporâneo como intrínseca ao Estado de Direito<sup>255</sup>. No mais, ela pode ser abstraída de outros princípios constitucionais, tais como o da legalidade, o da irretroatividade das leis, o da igualdade, o da universalidade da jurisdição etc<sup>256</sup>.

Outrossim, o valor da segurança jurídica figura como um vetor contrário à desaplicação da lei no caso concreto. Afastar a aplicação da lei em um determinado caso em razão de certas características *daquele* caso concreto introduz a *imprevisibilidade* na dinâmica jurisdicional, restringindo sobremaneira o valor em tela.

É de se observar que, no que tange à segurança jurídica, faz-se aqui uma consideração finalística, não propriamente da *lei* objeto de análise, mas da *decisão* a ser proferida em sede de controle difuso. A existência ou não de prejuízo à segurança jurídica não é discutida enquanto efeito da lei, mas sim enquanto efeito da decisão: é esta que poderá acabar desaplicando a norma, em prol de outros valores mais importantes ao caso concreto. Estes últimos valores sim, são restringidos de forma demasiada pela lei no caso concreto.

Para Humberto Ávila, deixar de aplicar a norma legal em uma decisão individualizada não prejudica a segurança jurídica quando houver “*pouca probabilidade de reaparecimento freqüente de situação similar, por dificuldade de ocorrência ou de comprovação*”<sup>257</sup>. Assim, “*o grau de promoção do valor segurança está relacionado à possibilidade de reaparecimento frequente de situação similar*”, eis que “*a decisão individualizante de superar uma regra deve sempre levar em conta seu impacto para aplicação das regras em geral*”<sup>258</sup>.

Ocorre que, no presente caso, há precisamente o quadro inverso: a situação tende justamente a reaparecer, e de forma cada vez mais frequente.

Pode notar-se que a desaplicação a que se refere Ávila é uma desaplicação “por exceção”. Ela é estritamente influenciada pelas peculiaridades do caso concreto isolado, e tem como fator decisivo a baixíssima frequência de situações similares. Já a desaplicação de que aqui se trata figura como uma desaplicação “por generalização”, que é influenciada

---

<sup>255</sup> Nesse sentido, cf. SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*, in Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 57, outubro-dezembro de 2006, p. 10.

<sup>256</sup> Assim entende Paulo de Barros Carvalho. Cf. *O princípio (...)*, ob. cit., p. 124.

<sup>257</sup> Cf. *Teoria (...)*, ob. cit., p. 117.

<sup>258</sup> Cf. *Teoria (...)*, ob. cit., p. 118.

pela conjuntura social como um todo, e cujo fato decisivo é a alta frequência das situações em destaque. Enquanto na primeira desaplicação a referência empírica é apenas o caso, na segunda ela é também a realidade social globalmente considerada.

Essa desaplicação por generalização, ao contrário daquela sugerida por Ávila, indiscutivelmente acarreta restrição à segurança jurídica, pois é muito provável que a situação em questão ocorra novamente.

Tal restrição, no entanto, não pode desde logo ser taxada de injustificada. Isso porque, após certo tempo de duração da norma, o valor da segurança jurídica pode passar a conflitar com outros valores da Constituição. Surge um conflito entre finalidades da Constituição em um momento posterior à entrada em vigor da norma. Certas finalidades passam a entrar em crescente conflito com aquela primeira finalidade inicialmente preservada, eis que, com o tempo, a restrição a elas passa a ser cada vez mais intensa. Isso acontece em decorrência de mudanças na *occasio legis*, o que perfaz o tema da “inconstitucionalidade superveniente”.

#### **13.4 Inconstitucionalidade superveniente e lei ainda constitucional**

Como aventado acima, a chamada “inconstitucionalidade superveniente” constitui reflexo da mudança, ao longo do tempo, de um determinado estado de coisas, no qual se baseou o legislador para editar a lei (*occasio legis*), para outro estado de coisas diverso. Em face do estado de coisas contemporâneo à edição da lei, esta se mostrava hígida perante a Constituição; mas em face do novo estado de coisas, ela passa a violar normas constitucionais. Quando da primeira situação, a Constituição pede determinado regramento legal; já no momento da segunda situação, a Carta Maior pede outro regramento.

Dessa forma, na inconstitucionalidade superveniente, a norma legal se torna incompatível com a Constituição em razão de subsequentes modificações no estado de fato<sup>259</sup>. O contraste entre a lei ordinária e o preceito constitucional ocorre em momento sucessivo ao da entrada em vigor da primeira<sup>260</sup>. A chamada “lei ainda constitucional”, por

---

<sup>259</sup> Cf. ZAVASCKI, Teori Albino, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 113.

<sup>260</sup> Cf. PINARDI, Roberto, *La corte, i giudici ed il legislatore – il problema degli effetti temporali delle sentenze d’inconstituzionalità*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1993, p. 43. Anote-se que, no direito português, diversamente, a expressão “inconstitucionalidade superveniente” é reservada para caracterizar a incompatibilidade entre lei anterior (direito pré-constitucional) e a Constituição posterior a ela. Cf., por todos, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional*, ob. cit., pp. 1108 e segs. O STF tem jurisprudência consolidada de que, nessas hipóteses, há simples revogação, conforme consta do julgamento da ADI 74, em cuja ementa se lê: “A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo

outro lado, representa a fase anterior à inconstitucionalidade superveniente, em que a lei, embora vigente, ainda não se tornou viciada.

A possibilidade de reconhecimento judicial da inconstitucionalidade superveniente reside no fato de que a Constituição, com o passar dos tempos, pode assumir, “(...) *por via interpretativa, significados e valores diversos, de acordo com a mudança do aspecto econômico e social (...)*”<sup>261</sup>. Para tanto, o parâmetro deve ficar aberto para “*acolher e incorporar progressivamente, com agilidade e plasticidade, interpretações atualizadas às realidades e exigências da vida moderna*”<sup>262</sup>.

A partir disto, de acordo com Roberto Pinardi, a inconstitucionalidade superveniente pode ser de dois tipos.

No primeiro tipo, o vício surge atribuível a um acontecimento pontual e bem determinado, em um preciso momento temporal. Em geral, são os casos em que há a adoção de uma nova lei<sup>263</sup>. Por isso, não erraríamos se chamássemos tal vício de *inconstitucionalidade superveniente instantânea*.

A esse respeito, mostra-se relevante a referência ao RE 147.776-8, em que se decidiu que a norma que atribui ao Ministério Público a atividade de assistência judiciária seria constitucional até que a Defensoria Pública fosse instituída e implementada nos moldes da Constituição<sup>264</sup>. Assim consta de trecho do voto do ministro Sepúlveda Pertence:

(...) a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada –, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

(...)

Estou em que, no contexto da Constituição de 1988, essa atribuição deva efetivamente reputar-se transferida do Ministério Público para a defensoria: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado – se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. Será considerado ainda vigente.

---

ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores”.

<sup>261</sup> Cf. REDENTI, Enrico, *Legittimità delle leggi e corte costituzionale*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1957, p. 80.

<sup>262</sup> Cf. BIDART CAMPOS, German J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 103.

<sup>263</sup> Cf. PINARDI, Roberto, *La corte (...)*, ob. cit., p. 46.

<sup>264</sup> “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

Como se observa, a completa implementação da Defensoria, com sua prontidão para começar a atuar, ocorrerá em um marco temporal específico, mais ou menos bem delimitado. Quando esse momento suceder, a lei deixará de ser constitucional, e instantaneamente se tornará viciada.

É de se notar a importância que o elemento teleológico possuiu nessa decisão, tendo em vista as condições fáticas existentes, chegando mesmo a se sobrepor a uma norma-comando da Constituição. Embora o Ministério Público não pudesse, para a Carta Maior, exercer a atividade de assistência judiciária prevista no art. 68 do CPP, mas tão só a Defensoria Pública, a finalidade de acesso à justiça por parte dos necessitados<sup>265</sup> “salvou”, ao menos temporariamente, a norma legal em tela, que a promovia.

Já no segundo tipo de inconstitucionalidade superveniente,

a insurgência do vício de inconstitucionalidade parece depender não tanto de um evento específico e bem individualizado, quanto de acontecimentos para cuja maturação se tornou necessário o decurso de um certo período de tempo<sup>266</sup>.

Pode-se aqui dizer que se trata de uma *inconstitucionalidade superveniente progressiva*, em que há um processo gradual de inconstitucionalização da norma.

Como observa Elival da Silva Ramos, estabelece-se, na inconstitucionalização progressiva,

um procedimento de controle em dois momentos: no primeiro deles, se declara a lei válida, mas em vias de se tornar inconstitucional se não for adaptada pelo legislador às exigências que ora se extraem das normas paramétricas; no segundo momento, caso o legislador tenha permanecido inerte, será imposta a sanção de anulabilidade, porém com efeitos retroativos à data fixada para servir de termo final do processo de inconstitucionalização<sup>267</sup>.

É nesse âmbito que se enquadra o art. 9º, inciso I da Lei estadual n.º 7.672/82 inicialmente comentado. O raciocínio do Ministro no RE 204.193 parece invocar, sem alusão expressa, um processo de inconstitucionalização da norma, ante a referência a mudanças sociais que vêm alterando o quadro fático justificativo da discriminação por ela operada.

---

<sup>265</sup> “Art. 5º. (...) inciso LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (...)”.

<sup>266</sup> Cf. PINARDI, Roberto, *La corte (...)*, ob. cit., p. 49.

<sup>267</sup> Cf. *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, tese de titularidade, São Paulo, 2005, p. 321.



No estado de coisas em que se deu a lei – dependência econômica generalizada da mulher e independência generalizada do homem, de acordo com o ministro –, a restrição ao valor constitucional da igualdade formal era justificada por uma desigualdade material. Ao longo do tempo, com a mudança gradual nesse estado de coisas, consistente na redução progressiva da desigualdade material, a restrição passa a ser crescentemente censurada, pois aos poucos vai deixando de ser justificada. Mas como se pode inferir da decisão do ministro, a referida norma ainda não se tornou inconstitucional.

Ante a mudança fática progressiva presente no caso em tela, o processo de inconstitucionalização não se coaduna aqui com uma classificação dicotômica, em que se contenha apenas o “completamente constitucional” e o “completamente inconstitucional”, como se, ao deixar de ser constitucional, a norma transpusesse um limite matemático à higidez constitucional, e se precipitasse de sobressalto no abismo da inconstitucionalidade. Na tentativa de compatibilizar os postulados da supremacia da Constituição e do legislador democrático, mostra-se mais adequado entender que, em certas ocasiões como a presente, o processo de inconstitucionalização é contínuo, devendo ser tomadas medidas de combate ao “vício em crescimento”, na proporção de sua intensidade em determinado momento.

Seria assim possível falar em “graus” de restrição ao princípio da igualdade formal. Há tratamento diferenciado em uma norma que permita a concessão indiscriminada de benefício às esposas dos segurados e, ao mesmo tempo, exija dos maridos das seguradas, para terem direito ao benefício, a prova de dependência econômica. Trata-se de uma presunção absoluta (“iure et de iure”) da *dependência* da mulher e de uma presunção relativa (“iuris tantum”) da *independência* do homem. Mas é inegável que essa discriminação é menor do que aquela da norma legal em questão, que presume, de forma absoluta, tanto a dependência da mulher como a independência do homem. O tratamento diferenciado “atenuado” situa-se assim no meio do caminho entre a diferenciação severa e a indiferenciação, mostrando-se uma opção válida no âmbito do processo de inconstitucionalização.

Conforme varie a situação fática, a norma tende a se modificar para acompanhá-la, de modo a se manter com ela coerente. Observem-se os três exemplos hipotéticos a seguir, consistentes em uma evolução que vai da situação A até a situação C, passando pela situação B, e na qual cada pressuposto fático possui uma norma a ela adaptada:

*Pressuposto A:* dependência econômica de *todos* os cônjuges femininos e independência econômica de *todos* os cônjuges masculinos.

<i>Norma A'</i> :	obrigação do Estado de conceder benefício apenas aos cônjuges femininos, incondicionalmente.
<i>Pressuposto B</i> :	dependência econômica de <i>todos</i> os cônjuges femininos e de <i>alguns</i> cônjuges masculinos
<i>Norma B'</i> :	obrigação do Estado de conceder benefício aos cônjuges femininos, incondicionalmente, e aos cônjuges masculinos que comprovem dependência econômica
<i>Pressuposto C</i> :	dependência financeira de <i>alguns</i> cônjuges, femininos e masculinos
<i>Norma C'</i> :	obrigação do Estado de conceder benefício aos cônjuges que comprovem dependência econômica

Como se pode notar, a exigência de coerência entre pressuposto fático e norma faz com que a mudança de pressuposto fático seja acompanhada de uma mudança da norma. Nas hipóteses em questão, há um tratamento normativo bastante diferenciado no pressuposto A; um tratamento normativo medianamente diferenciado no pressuposto B; e um tratamento normativo nada diferenciado no que toca ao homem e mulher no pressuposto C.

Com isso, parece possível afirmar que uma norma legal, para estabelecer tratamento diferenciado, pode sim fazer presunções com base na observação da constância e repetição de determinada situação no seio social, a qual passa a se situar dentro do âmbito da *normalidade*. Entretanto, na hipótese de ser esse pressuposto fático o único motivo do tratamento diferenciado, faz-se presente a necessidade de previsão da não incidência da diferenciação aos casos em que aquela determinada situação justificadora não se mostrar presente, máxime quando estes casos revelarem-se progressivamente frequentes. O tratamento diferenciado continua presente, pois ainda se faz uma presunção com base naquilo que normalmente ocorre, mas essa diferenciação é atenuada em razão das mudanças sociais que passam a excepcionar, de forma crescente ao longo do tempo, aquela normalidade.

## CAPÍTULO VI. O “DESVIO DE PODER LEGISLATIVO”

### 1. O abuso de direito

Em se considerando o ato legislativo puramente enquanto ato jurídico<sup>268</sup>, a questão relativa à juridicidade do desvio e do abuso de poder assemelha-se à antiga problemática da juridicidade do abuso de direito.

O pensamento jurídico hodierno parece ter superado as dificuldades que cercavam a suposta contradição “*entre o direito e o direito; os atos simultaneamente lícitos e ilícitos*”<sup>269</sup>. De fato, o reconhecimento de que as finalidades das normas e dos atos jurídicos são também figuras jurídicas, susceptíveis de figurar juridicamente como parâmetro e como objeto de apreciação, permite imprimir ao abuso de direito os contornos da ilicitude. Ademais, os ordenamentos jurídicos contemporâneos vêm se dedicando a dispor expressamente acerca de finalidades (e.g., artigos 421 e 1.228, § 1º do Código Civil<sup>270</sup>).

É de relevo anotar que o fato de terem tornado-se úteis na verificação dos abusos não implica a possibilidade de utilização irrestrita das finalidades como parâmetro de juridicidade. Depõe a favor desse entendimento a posição doutrinária que rejeita o “interpretativismo” na identificação do abuso<sup>271</sup>.

De acordo com tal posição, a verificação concreta do abuso de direito, em geral, não se reduz apenas a um problema de interpretação da disposição. É certo que, como a existência do abuso de direito qualifica-se pelo descompasso entre o ato e a finalidade da disposição sob a qual foi praticado o ato, a identificação da finalidade é condição para se verificar o abuso. Ora, se o abuso de direito se resumisse a uma questão de interpretação,

---

<sup>268</sup> Conforme anota Francesco Carnelutti, o ato legislativo pertence ao grupo dos atos jurídicos, tanto como os atos processuais e os atos administrativos. Cf. *Eccesso di potere legislativo*, in *Rivista di Diritto Processuale*, v. II, parte II, 1947, pp. 194.

<sup>269</sup> Cf. MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso de direito e o ato ilícito*, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 140.

<sup>270</sup> “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

(...)

Art. 1.228 (...) § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

<sup>271</sup> Assumindo tal posição, cf. SÁ, Fernando Augusto de, *Abuso de direito*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos do Ministério das Finanças, 1973, pp. 337 e segs.; GESTRI, Marco, *Abuso del diritto e frode alla legge nell’ordinamento comunitario*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 2003, pp. 203 e segs.

então a interpretação deveria ser capaz de identificar a finalidade, elemento imprescindível para a configuração do abuso. Ocorre que, se a finalidade pudesse ser obtida por mera interpretação da disposição, e partindo do pressuposto de que o resultado da interpretação é uma norma, ter-se-ia de admitir que, a partir das disposições envolvidas, poderiam ser sempre obtidas normas cujos *conteúdos* compõem-se de finalidades, ou seja, *normas-fim*.

Com isso, caso se adotasse aquela teoria, restariam apenas duas alternativas. Pela primeira, a identificação do abuso de direito se restringiria apenas aos casos que envolvessem disposições-fim. O abuso não poderia ser verificado quando estivessem presentes as disposições-comando. Já pela segunda, caso não se desejasse restringir tanto assim o âmbito de possibilidade de verificação do abuso, seria preciso admitir que todas as disposições permitem a obtenção de normas-fim.

A primeira opção diminuiria gravemente a utilidade da figura do abuso, eis que excluiria de seu espectro de surgimento a alta gama de disposições que só permitem a obtenção de normas-comando. De outra feita, a segunda opção, contrariando um pressuposto do presente trabalho, acarretaria o perigo de um ativismo interpretativo insuportável, ante a tendência de se fazer predominar a obtenção de normas-fim sobre a obtenção de normas-comando da mesma disposição, tornando-as o parâmetro de juridicidade. As normas-comando correriam o sério risco de se tornarem mera e absolutamente instrumentais àquelas finalidades contidas nas normas-fim. A se aplicar entendimento similar no âmbito do direito constitucional, as finalidades da Constituição é que passariam a imperar, relegando as normas-comando constitucionais à condição de simples meios. Talvez aí sim estivéssemos próximos – ou diante – daquilo que Manuel Gonçalves Ferreira Filho chamou de “telocracia” ou “supremacia do fim”, em prejuízo da segurança individual, e até da liberdade <sup>272</sup>.

## 2. O “desvio” de poder legislativo

À semelhança da teoria do abuso de direito, que procura dar relevo ao aspecto teleológico das leis e negócios jurídicos para a identificação de atos contrários ao direito, a teoria do “desvio” de finalidade ou de poder legislativo tenta acentuar o aspecto

---

<sup>272</sup> Cf. *Do processo legislativo*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 130. Na telocracia, da mesma forma que a autoridade judicial diria que “as *permissões* constitucionais ao legislador só valem quando servirem para atingir seus fins”, diria também que “as *proibições* constitucionais ao legislador só valem quando servirem para atingir seus fins”.

teleológico da Constituição e das leis para a identificação de vícios de inconstitucionalidade.

Caio Tácito, em suas análises pioneiras daqueles “desvios”, tende a compreendê-los tomando como base a noção de atribuição de competência legislativa por parte da Constituição. Assim, afirma ele que o fenômeno

é vício especial de inconstitucionalidade da lei pelo divórcio entre o endereço real da norma atributiva da competência e o uso ilícito que a coloca a serviço de interesse incompatível com sua legítima destinação<sup>273</sup>.

Em verdade, a teoria do desvio de poder foi tradicionalmente desenvolvida no âmbito dos atos administrativos. E como esses atos reportam-se imediatamente às leis, aquela teoria edificou-se com base nas relações entre ato administrativo e lei.

Ocorre que, nas normas legais sob cuja regência se praticam os atos administrativos, não é incomum a previsão de hipóteses fáticas, tipos específicos de atos e finalidades vinculadas a cada um desses tipos. Some-se também o fato de que as competências em direito administrativo são, em geral, especificadas pela lei de forma precisa. Além disso, em grande parte das vezes, o ato administrativo é praticado por autoridade singular, o que facilita a perquirição de seus móveis psicológicos. No mais, os pressupostos fáticos que motivam a edição do ato apresentam-se muito mais restritos e identificáveis do que aqueles que geralmente motivam a edição das leis.

Essas características são determinantes para a definição que geralmente se faz de desvio de poder em direito administrativo. Assim, *e.g.*, Celso Antônio Bandeira de Mello preceitua que há duas modalidades de desvio de poder: em uma, o agente busca uma finalidade alheia a qualquer interesse público (como o fim pessoal), e em outra, ele persegue uma finalidade pública que não é própria da competência utilizada<sup>274</sup>. Também claramente lastreado em tais características é o magistério de José Cretella Jr., para quem, no desvio de poder, a autoridade usa de sua competência para exercer o poder que lhe é posto em mãos, mas não para perseguir o fim previsto na lei, e sim para fim diverso daquele que a lei lhe fixara<sup>275</sup>.

---

<sup>273</sup> Cf. *Desvio de poder legislativo*, ob. cit., p. 68.

<sup>274</sup> Cf. *Discricionariedade (...)*, ob. cit., pp. 58 e segs. Bastante semelhante é definição feita por Afonso Rodrigues Queiró, para quem o desvio tem dupla natureza jurídica: “ou cabe na incompetência, e se situa no domínio da *ilegalidade*”, como o caso do exercício de poder de polícia para fins financeiros ou fiscais; “ou se refere à discricionariedade (e é o caso de desvio de poder com um fim de animosidade pessoal, de caráter privado, etc.)”. Cf. *A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo*, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 7, janeiro-março de 1947, p. 77.

<sup>275</sup> Cf. *O “desvio de poder” na administração pública*, 4 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997.

O mesmo Cretella Jr., em outro de seus escritos de direito administrativo, chega mesmo a associar o desvio de poder à subjetividade da autoridade emissora do ato desvirtuado, afirmando que tal desvio “*ocorre quando a má-fé ou qualquer sentimento pessoal informa a edição do ato*”<sup>276</sup>.

Por tais razões, a transposição, para os atos legislativos, daquelas teorias do desvio de poder, carrega uma tendência de trabalhar essencialmente com as ideias de competência, de finalidade vinculada a matéria, de “prova” do desvio, de motivos nitidamente ilícitos aos quais a repulsa é manifesta, valendo-se de situações temporais mais ou menos bem configuradas – conforme se nota da definição feita por Caio Tácito e acima transcrita.

É justamente por tais razões que apresenta menor dificuldade a aplicação daquela teoria aos atos legislativos de efeitos concretos, os quais são leis apenas sob o aspecto formal, já que lhes faltam as características da abstração e da generalidade. Seu caráter individual e concreto permite que, à semelhança dos atos administrativos, suas finalidades sejam melhor identificadas, principalmente pela análise do elemento histórico. Como exemplo, tem-se a lei de organização judiciária na qual se inseriu emenda em benefício de determinado serventuário. No caso, o STF entendeu que havia afronta ao princípio da igualdade formal perante a lei<sup>277</sup>.

Já aplicada a teoria em questão às leis em sentido material, podem surgir alguns problemas em decorrência das especificidades da relação entre lei e Constituição. Em primeiro lugar, no ato legislativo, passa a ser de pouca relevância – ao menos imediata – as considerações acerca dos chamados “efeitos jurídicos concretos” do ato. Em segundo, a lei é emitida por uma pluralidade de indivíduos, complicando significativamente as ideias de intenção, móvel psicológico e subjetividade do emissor do ato. Em terceiro, as leis não se diferenciam em “tipos” quanto a sua finalidade<sup>278</sup>. Em quarto, a relação existente entre legislador e Constituição é sensivelmente diferente da relação que há entre administrador e lei: enquanto o legislador encontra-se diante de vasto âmbito material na elaboração de normas, devido ao caráter genérico e amplo dos preceitos constitucionais e das competências a ele atribuídas, o administrador está adstrito a limites bem mais precisos e

---

<sup>276</sup> Cf. *A prova no “desvio de poder”*, in Revista de Direito Administrativo, n. 230, outubro-dezembro de 2002, p. 197.

<sup>277</sup> Cf. RMS 16.912.

<sup>278</sup> Conforme nota Livio Paladin, à diferença da atividade administrativa, na atividade legislativa não está presente o princípio da especialidade funcional. Cf. *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico, v. VI, Milão, 1956, p. 1026. Na temática das competências legislativas, pode até haver alguma referência a finalidades previamente fixadas, as quais, entretanto, não permitem uma classificação propriamente quanto ao tipo de ato legislativo emanado.

rígidos – aqueles fixados pelo conteúdo da lei. E em quinto, o legislador pode conferir direitos e impor obrigações aos cidadãos, ao passo que o administrador não possui essa capacidade<sup>279</sup>: o chefe da administração pública apenas regula ou executa o conteúdo da lei<sup>280</sup>.

É importante ressaltar que toda a construção teórica que sustenta o desvio de poder do ato administrativo foi erigida justamente com o fito de constranger a Administração Pública à obediência ao princípio da legalidade. A dissecação de um ato jurídico em diversos elementos o expõe a uma apreciação detalhada e rigorosa, cercando eventuais tentativas de desvios e dissimulações aos imperativos das normas que o regem.

Mas a importância conferida ao princípio democrático, consubstanciado na representatividade dos parlamentos, afasta controles tão severos do ato legislativo, conferindo ao legislador um “espaço” de liberdade dentro do qual possa expressar com fidedignidade a vontade do povo ou da nação.

Com isso, a *ratio* da atribuição de discricionariedade ao administrador é essencialmente diversa da *ratio* da atribuição de liberdade ao legislador. A discricionariedade administrativa serve precisamente à norma superior que a estabelece. Ela é um instrumento para a melhor execução da lei, e só possui razão de ser enquanto tiver essa utilidade<sup>281</sup>. Já a liberdade de conformação do legislador não é apenas um instrumento para uma aplicação otimizada da Constituição. Sua existência não se justifica apenas na medida em que puder prestar-se à realização dos fins constitucionalmente previstos. As Constituições do Estado social diminuíram sobremaneira esse espaço de liberdade, mas não a tal ponto de torná-lo absolutamente instrumental em relação à Constituição.

Feitas essas considerações, cabe consignar que não se pretende, no presente trabalho, rejeitar a teoria do desvio de poder legislativo, contestando sua validade, mas sim, ao reconhecer sua importância, procurar contribuir para seu aperfeiçoamento e sua maior aplicabilidade. Nesse diapasão, procurar-se-á analisar e classificar os casos usualmente referidos pela doutrina como exemplos de abuso ou desvio de poder

---

<sup>279</sup> Ressalve-se aqui a discussão doutrinária acerca da competência normativa que vem sendo atribuída por lei às agências reguladoras.

<sup>280</sup> Exceto naquelas hipóteses em que os atos emitidos pela Administração Pública figuram como atos normativos primários, o que remete, no direito pátrio, ao tema dos chamados “regulamentos autônomos”.

<sup>281</sup> Como observa Ernst Forsthoff, “a discricionariedade é uma questão de execução da lei”, e por isso, eventual “discricionariedade legislativa” converteria a legislação em execução da Constituição. Cf. *El Estado (...)*, ob. cit., p. 241.

legislativo, com o cuidado de não transportar para a lei e para sua relação com a Constituição fenômenos típicos do ato administrativo e da sua relação com a lei.

## 2.1 Violação a finalidade (ou norma-fim) constitucional genérica

Primeiramente, no âmbito da caracterização teórica do abuso ou desvio do poder, mostra-se relevante indagar se, naqueles casos que envolvem finalidades constitucionais genéricas – ou seja, finalidades da Constituição que não estão atreladas a determinados atos legislativos –, a *matéria*<sup>282</sup> das normas exerce algum papel na verificação de eventual vício.

Determinada lei estadual – no caso, de efeitos concretos – criou numerosos cargos públicos desnecessariamente, ao final do mandato do chefe do Executivo, com o intuito de favorecimento pessoal de seus correligionários<sup>283</sup> e de dificultar a administração do mandatário seguinte – trata-se dos chamados “testamentos políticos”.

Comentando essa lei, Caio Tácito assim se manifesta:

A competência legislativa para criar cargos públicos visa ao interesse coletivo da eficiência e continuidade da administração. Sendo, em sua essência, uma faculdade discricionária, está, no entanto, vinculada à finalidade, que lhe é própria, não podendo ser exercida contra a conveniência geral da coletividade, com o propósito manifesto de favorecer determinado grupo político, ou tornar ingovernável o Estado, cuja administração passa, pelo voto popular, às mãos adversárias.

Tal abandono ostensivo do fim a que se destina a atribuição constitucional configura autêntico desvio de poder (...) <sup>284</sup>.

Conforme se depreende do raciocínio do autor, a *matéria* sobre a qual a Constituição permite que a lei disponha (criação de cargos públicos) já está afeta, de antemão, a certas *finalidades* (eficiência e continuidade da Administração). Assim, a lei que contenha aquela matéria não poderia perseguir outras finalidades, como o favorecimento de interesses partidários ou a ingovernabilidade.

Ao que parece, entretanto, a censura àquela lei não se dá tanto porque perseguiu *finalidades diversas*, mas porque perseguiu *finalidades que contrariavam finalidades da*

---

<sup>282</sup> A *matéria* de uma norma não se confunde com seu objeto, e muito menos com sua finalidade. A matéria vem a ser uma categoria de assunto. Ela é identificada na lei por um processo de enquadramento de seu conteúdo em classificações genéricas pré-estabelecidas de assuntos. A matéria da norma, assim, também não se confunde com o conteúdo da norma: trata-se de uma *qualificação* do conteúdo, e não o próprio conteúdo.

<sup>283</sup> Cf. RMS 7.243.

<sup>284</sup> Cf. *Comentário – anulação de leis inconstitucionais*, in Revista de Direito Administrativo, n. 59, janeiro-março de 1960, pp. 347-348.



*Constituição*<sup>285</sup>. Entre as finalidades legais e as finalidades da Constituição, surge uma relação de *oposição*.

A ingovernabilidade é uma finalidade que fere frontalmente a finalidade constitucional da eficiência da administração pública, sendo a esta diametralmente oposta, eis que um Estado ingovernável é necessariamente um Estado ineficiente. Já o favorecimento de grupos políticos é uma finalidade que atenta contra duas outras finalidades inscritas na Constituição: a moralidade e a impessoalidade da administração pública<sup>286 e 287</sup>.

Não parece necessário afirmar, nesse caso, que a matéria está vinculada a certas finalidades. Em verdade, aquelas finalidades já projetam de antemão sua força sobre a lei, *independentemente da matéria desta*. Afirmar que as leis cuja matéria seja “administração pública”, ou mais especificamente, a “criação de cargos públicos na administração”, devem perseguir a finalidade “eficiência” em razão de possuírem aquela matéria, representa apenas uma decomposição das finalidades “eficiência da administração pública” e “eficiência na criação de cargos públicos”. Em outros termos, a matéria já está contida na finalidade, não havendo motivo suficiente para separá-la e logo depois vinculá-la à finalidade.

Note-se ainda que, identificar precisamente qual a matéria de uma lei, frequentemente apresenta dificuldades, razão pela qual recorrer àquele artifício é introduzir mais uma complexidade. E no mais, dizer que determinada matéria está vinculada a certas finalidades pode sugerir que matérias diversas não o estão, diminuindo assim o âmbito de incidência daquelas finalidades.

Em outro exemplo, determinada MP limitou a concessão de liminares em ações judiciais propostas pelos particulares contra atos do Presidente da República.

Para Carlos Ari Sundfeld, restou configurada a invalidade da norma por desvio de finalidade ou de poder, eis que ela visou “*alcançar fim diverso daquele ao qual está preordenado*”. Assim, para o autor, “*embora seja lícito legislar sobre a concessão de*

---

<sup>285</sup> Parte-se aqui do pressuposto que as finalidades constitucionais da eficiência, da moralidade e da impessoalidade não se restringem apenas ao exercício da administração, mas abrangem também as normas que condicionam tal exercício. Seria insustentável, por contrariedade ao princípio da supremacia da Constituição, alegar que aquelas finalidades dispostas expressamente no texto constitucional não vinculassem também o legislador, mas tão só o administrador.

<sup>286</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

<sup>287</sup> Importante ressaltar que tais finalidades não constam expressamente da Constituição de 1946, sob a égide da qual foi editada a lei em questão.

*liminares, esse poder não pode ser usado com a finalidade de livrar do controle judicial certos atos do Poder Executivo*”<sup>288</sup>.

A linha de raciocínio do autor dá a entender que a matéria “concessão de liminares” está previamente vinculada a certa finalidade da Constituição, a qual o autor não explicita, mas que certamente é a inafastabilidade do controle judicial<sup>289</sup>. Ao legislar sobre aquele assunto, não se poderia perseguir finalidade diversa ou contrária à finalidade constitucional em questão<sup>290</sup>.

Em primeiro lugar, é preciso ressaltar a desnecessidade de, no presente caso, indagar qual a finalidade da lei. Cabe notar que o autor refere-se à finalidade *comum* a toda e qualquer lei, qual seja, a de ser aplicada. “Livrar do controle judicial certos atos do Poder Executivo” não é a finalidade *própria* da presente MP. Sob o ponto de vista da finalidade própria, a norma em tela não *visa a livrar* do controle judicial certos atos do Executivo – ela *livra* do controle judicial certos atos do Executivo. Trata-se de um efeito jurídico imediato da norma, verificável em seu conteúdo, e não a sua finalidade. A sua finalidade é outra: o exercício desembaraçado e eficiente de certas funções executivas, o que parece até ser uma finalidade *de per se* compatível com a Constituição.

Em segundo, na esteira do que se afirmou no caso anterior, tem-se que a inafastabilidade do controle judicial não é uma finalidade que a Constituição vincula a matérias específicas como “concessão de liminares”, mas sim abrange toda e qualquer lei, independentemente de sua matéria.

Portanto, tanto no primeiro caso, em que a finalidade da lei – de efeitos concretos – é relevante, quanto no segundo, em que o conteúdo da lei é que é relevante, e não sua finalidade, a violação a finalidades da Constituição pode ser verificada com a utilização dessas próprias finalidades, sem precisar recorrer à ideia de *matéria* da lei. Essa espécie de violação é típica dos atos legislativos não vinculados a matéria ou finalidade constitucional específica.

---

<sup>288</sup> Cf. *Fundamentos de direito público*, 4 ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 164-165. Ressalte-se que o autor não faz referência às peculiaridades que regem a edição de medidas provisórias, mas sim se refere indiscriminadamente a todos os atos legislativos.

<sup>289</sup> “Art. 5º. (...) inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>290</sup> O autor apresenta entendimento semelhante em outra obra. Cf. *Inconstitucionalidade por desvio de poder legislativo*, in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 8, julho-setembro de 1994, em que se lê: “(...) o legislador campineiro, decidindo tratar das vantagens funcionais dos servidores locais, estava vinculado aos limites decorrentes das finalidades constitucionalmente vinculadas, de modo implícito ou explícito, para sua atividade”, não possuindo assim autorização para empregar o poder de regular a ascensão dos servidores em suas carreiras “na realização de intentos pessoais, divorciados dos interesses públicos justificadores de leis de espécie” (p. 142).

## 2.2 Atos legislativos vinculados a matéria

De outra feita, nos atos legislativos vinculados à matéria, é preciso distinguir entre as hipóteses em que é necessário analisar finalidades para a caracterização de eventual vício e os casos em que a alusão a finalidades é irrelevante.

### 2.2.1 Problema de matéria, e não de finalidade

O art. 58 da CF de 1967 dispunha que apenas sobre duas matérias poderia o Presidente da República expedir decretos com força de lei: segurança nacional e finanças públicas<sup>291</sup>. Nesse diapasão, no RE 62.731, conforme lembrado por Caio Tácito<sup>292</sup>, foi considerado inconstitucional decreto-lei que vedava a purgação da mora em locações, por se tratar de “*assunto miúdo de direito privado*”, não se incluindo no conceito de segurança nacional.

O decreto-lei aparecia assim na Constituição anterior como espécie de ato legislativo (ou com força de lei) com matérias predeterminadas pela Constituição. No caso em tela, a matéria que qualifica a purgação da mora em locações (direito contratual) não está incluída na matéria “segurança nacional”.

Note-se que, para a verificação do vício, não há qualquer necessidade de se indagar a finalidade, seja da lei, seja da Constituição. Do texto constitucional se obtém a norma-comando pela qual os decretos com força de lei estão proibidos de versarem sobre outras matérias que não a segurança nacional e as finanças públicas. Não entra em jogo a finalidade dessa proibição (que tem a ver com a separação de Poderes e a predominância do Poder Legislativo na edição das leis). Por outro lado, também não está em questão a finalidade da norma atacada. Pouco importa a finalidade a que se visava com a proibição da purgação da mora em locações.

Há assim uma contrariedade entre uma norma-comando legal e uma norma-comando constitucional, não restando presente o controle de constitucionalidade finalístico.

---

<sup>291</sup> “Art. 58. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias: I - segurança nacional; II - finanças públicas”.

<sup>292</sup> Cf. *O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais*, in Revista de Direito Administrativo, n. 188, abril-junho de 1992, pp. 6-7.

Justamente por existir vício para cuja verificação prescinde-se do exame de finalidades, não parece correta aqui a alusão a finalidades na definição de tal vício, tal como “desvio de finalidade” e “desvio de poder”. Seria possível redarguir que a Constituição, ao conferir ao Presidente o poder de editar decretos com força de lei, fê-lo com a finalidade de que ele exercesse tal poder apenas dentro dos limites materiais traçados. Ora, essa é a finalidade *comum* do direito – a finalidade que toda norma possui de ser observada –, e não uma finalidade *própria* das normas envolvidas. Se essa finalidade passasse a ser considerada pelos operadores do direito para a caracterização de vícios, qualquer descumprimento da lei, qualquer ilegalidade, qualquer inconstitucionalidade teriam de ser considerados desvios de finalidade, o que não parece ser o intuito da expressão.

Esse entendimento alcança também, sob a Constituição de 1988, as medidas provisórias editadas sem que esteja presente o requisito da relevância ou da urgência<sup>293</sup>. Também aqui o ato legislativo (ou com força de lei) é condicionado pela Constituição, agora não pela *matéria*, mas sim por *hipóteses fáticas* (relevância e urgência): obtém-se do art. 62 norma-comando pela qual a edição de medidas provisórias está proibida caso não se verifique, na realidade fática, a existência efetiva de ambas aquelas hipóteses. A utilização de tal instrumento normativo sem que estejam presentes um ou ambos os requisitos não envolve questão de finalidade, seja da Constituição, seja da própria MP, mas sim problema de descumprimento de comando constitucional. Outrossim, mostra-se impróprio, nestes casos, o uso do termo “desvio de finalidade”, tal como o faz Ives Gandra Martins<sup>294</sup>.

### 2.2.2 Problema de violação a finalidade constitucional específica

Há casos, entretanto, de leis cuja matéria encontra-se predeterminada na Constituição, mas que violam não uma norma-comando constitucional, e sim uma finalidade ou norma-fim da Constituição atreladas àquela competência constitucionalmente prevista.

Certa lei municipal subordinava a permissão de funcionamento de estabelecimentos comerciais aos sábados e domingos à prévia aprovação pelos órgãos sindicais.

---

<sup>293</sup> “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

<sup>294</sup> Cf. *Medidas provisórias – Desvio de finalidade e abuso do poder de legislar – Zona Franca de Manaus – Impossibilidade de redução de benefício pela concessão por MP de isenção setorial*, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 56, maio de 2000, p. 107. Anote-se que o ministro Sepúlveda Pertence, na ADI 1.753-2, entendeu tratar-se de hipótese de “abuso de poder”.

Para Caio Tácito, o legislador municipal teve em mira o fortalecimento do sistema sindical, finalidade que é estranha a sua esfera de atuação, eis que o tema “*se inscreve no âmbito da competência privativa da União, (...) porque cuida ratione materiae de assunto pertinente ao direito do trabalho (...)*”. Assim, por visar a beneficiar o movimento sindical, a lei incorreria em desvio de finalidade<sup>295</sup>.

A competência municipal que aqui interessa vem inscrita no art. 30, inciso I da CF<sup>296</sup>, eis que as demais competências dispostas nos outros incisos desse artigo nitidamente não se relacionam à hipótese analisada. De acordo com aquela disposição, o município tem competência para editar leis cuja matéria seja assunto de interesse local<sup>297</sup>.

As normas legais que cuidam do período de funcionamento de estabelecimentos comerciais possuem *conteúdo* que se enquadra naquela *matéria* de que dispõe o art. 30, inciso I, pois essa espécie de regulação é algo que interessa à população local. O STF possui entendimento pacífico nesse sentido, conforme se observa na Súmula 645: “*É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial*”.

Nesse caso, para se verificar o desvio a que se refere Caio Tácito, não basta analisar se a *matéria* da lei subsume-se à *matéria* prevista na norma constitucional atributiva de competência – é necessário recorrer às *finalidades* de ambas as normas, constitucional e municipal. Ao contrário dos exemplos do item anterior, aqui ganha relevo a finalidade para cuja persecução a Constituição vinculou aquela espécie de ato legislativo (lei municipal) – qual seja, a *satisfação do interesse local*.

Assim, muito embora a *matéria* da norma legal municipal (horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais) enquadre-se na *matéria* prevista na norma constitucional de competência (assuntos de interesse local), a *finalidade* daquela norma municipal (fortalecimento do sistema sindical) não se coaduna com a *finalidade* exclusiva que norma constitucional impõe para o exercício daquela competência (a satisfação do interesse local). O legislador tem competência para legislar sobre assuntos de interesse local (*matéria*), desde que persiga exclusivamente a satisfação do interesse local (*finalidade*).

---

<sup>295</sup> Cf. *Lei municipal – horário de trabalho – desvio de poder*, in Revista de Direito Administrativo, n. 164, abril-junho de 1986, p. 460.

<sup>296</sup> “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; (...)”.

<sup>297</sup> Como ressalta a doutrina autorizada, a CF faz alusão a assuntos de *predominante* interesse local. Cf., por todos, ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, 3 ed., São Paulo, Atlas, 2005, p. 116.

Note-se que o motivo pelo qual a finalidade constitucional censurou a norma municipal foi o fato de esta perseguir finalidade diversa. Entretanto, ainda há um segundo motivo de censura por parte da mesma finalidade. Ao conferir aos órgãos sindicais o poder de aprovar e desaprovar o horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, o município demite-se de sua competência de controle, transferindo-a àquelas entidades. Com isso, abre mão da prática de uma parcela de atos que contribuem para a satisfação do interesse local. A norma legal, dessa forma, passa a autorizar um comportamento omissivo da administração municipal, em claro prejuízo à finalidade constitucional.

### 3. Irrazoabilidade interna

Na *irrazoabilidade interna*, a lei se mostra viciada não propriamente por desrespeitar uma das finalidades da Constituição, mas sim por desvirtuar de finalidades ínsitas ao próprio exercício da função legislativa genericamente considerada. Por isso, trata-se de um subtipo de desvio de poder legislativo que merece tratamento à parte.

Assinala Franco Modugno que, como a lei é expressão da função legislativa, ela é definida

em razão da atribuição de um poder ou de uma faculdade legislativa a uma divisão (*ufficio*), para a determinação de atos formalizados, versando sobre certo objetivo, ainda que às vezes livremente escolhido em vista da realização de certo fim<sup>298</sup>.

Nesse aspecto, a ofensa à Constituição se dá pelo desrespeito a certas características e fins gerais que ela atribui ao exercício da função legislativa.

No primeiro tipo de irrazoabilidade interna, a lei passa a perseguir finalidades estranhas a sua função de veicular normas gerais e abstratas de conduta. Como exemplo, tem-se o caso do decreto-lei federal que se utilizou do bloqueio de contas bancárias de estados-membros como meio de cobrança regressiva de avais por eles conferidos a empréstimos externos.

Caio Tácito, após explicar que aquela indisponibilidade, ainda que temporária, leva a um imobilismo das funções públicas do estado-membro, em prejuízo da ordem pública, afirma que tal medida não implica legislar, mas sim usurpar função jurisdicional mediante a prática de atos administrativos executórios. Isso porque sua finalidade seria a execução forçada de crédito da União enquanto garantia de empréstimo externo não cumprido no

---

<sup>298</sup> Cf. *L'invalidità della legge*, v. II, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1970, p. 326.

prazo pelo devedor. A função legislativa foi assim colocada a serviço de finalidade incompatível com a sua<sup>299</sup>.

É de se observar que, aqui, a lei – ou melhor, decreto-lei – possui finalidade que não é própria da função legislativa: a execução forçada de créditos, que não se realiza por meio da atividade legislativa, mas sim pela atuação da função jurisdicional. Desrespeita-se a distribuição de funções feita pela Constituição aos diversos entes estatais.

Anote-se que Caio Mário chama tal vício de “desvio de poder”. De forma diferente, Livio Paladin entende que eventual defeito da lei que se funda sobre o princípio da divisão dos poderes não passa a ideia de desvio ou excesso, mas sim é semelhante à incompetência. Haveria assim um vício de “transbordamento” de poder legislativo<sup>300</sup>. De qualquer forma, enfim, é preciso recorrer a finalidades para a verificação de eventual vício.

Já o segundo tipo de irrazoabilidade interna figura como um vício de *oposição* entre a finalidade de uma norma legal e a finalidade da lei que a contém<sup>301</sup>. Surge, assim, verdadeira contradição interna ao sistema legal.

Anote-se que a função legislativa é limitada *ab intra* pelo fim que ela própria se põe concretamente a cada momento. Neste tipo de vínculo teleológico, há uma relação do conteúdo do ato legislativo – ou seja, as disposições por ele postas – e o “*fim perseguido em concreto pelo ato como um todo, dotado de significado, na sua completude (...)*”<sup>302</sup>. O contraste se dá entre uma singular disposição e o “*significado total resultante do contexto de todas as disposições, enquanto globalmente aprovadas*” – a “*mens legis*”, o “*espírito da lei, que é a expressão mais alta da sua unidade*”<sup>303</sup>.

Nas palavras de Canotilho, as limitações teleológicas que a lei coloca a si própria figuram como “*determinantes legais autônomas*”. A função legislativa estaria vinculada internamente “*pelo fim que a lei, de cada vez e concretamente, a si mesma se impõe*”<sup>304</sup>.

Como demonstrado no Capítulo IV, Item 5, embora o *ato legislativo globalmente considerado* possa ser unidirecional – ou seja, persiga uma única finalidade –, o *conteúdo*

---

<sup>299</sup> Cf. *Estado-membro – bloqueio de contas bancárias – desvio de poder legislativo*, in Revista de Direito Administrativo, n. 172, abril-junho de 1988, pp. 242-244.

<sup>300</sup> Cf. *Osservazioni (...)*, ob. cit., pp. 1034-1036.

<sup>301</sup> Para Canotilho, aqui se trata do “excesso” de poder legislativo: “não se pretende tanto confrontar a lei com um parâmetro e daí deduzir a sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade, mas confrontar a lei consigo mesma, tendo em especial atenção os fins por ela prosseguidos”. Cf. *Direito constitucional*, ob. cit., p. 1015.

<sup>302</sup> Cf. MODUGNO, Franco, *L'invalidità (...)*, ob. cit., p. 328.

<sup>303</sup> Cf. MODUGNO, Franco, *L'invalidità (...)*, ob. cit., p. 329. O autor lembra ainda que a motivação do ato legislativo pode demonstrar um indício ou “sintoma” desse tipo de vício, em especial no que diz respeito “a eventual divergência das suas disposições em relação à situação de fato que se pretendia regular ou às circunstâncias de interesse público a que se refere” (p. 333).

<sup>304</sup> Cf. *Constituição (...)*, ob. cit., pp. 258-259.

*do ato legislativo* é, em geral, pluridirecional, pois cada norma legal pode possuir sua própria finalidade. Essa mera discrepância entre as finalidades do ato e das suas normas, como visto, é válida e inerente à atividade legislativa, e até conveniente do ponto de vista operativo. Assim, a lei que tem como finalidade a maior satisfação do consumidor contém disposição que isenta o fornecedor de responsabilidade em determinadas hipóteses<sup>305</sup>, disposição essa cuja finalidade claramente não coincide com aquela primeira.

O que não pode ocorrer é uma *oposição* entre a finalidade do ato e a finalidade da norma, ou seja, uma contradição *in abstracto*, pois isso romperia a sistematicidade do ordenamento. Uma lei que vise a estimular a ocupação de certas áreas não pode conter disposições que visem a desestimular a ocupação daquelas mesmas áreas. Tal contradição representaria, ademais, forte ofensa à segurança jurídica.

Esse defeito, entretanto, não ocorre caso a oposição não seja *in totum* – *e. g.*, a lei visa a *estimular a ocupação* de certas terras por parte de *indígenas* e uma disposição legal sua visa a *estimular a desocupação* por parte de *agricultores*. Nesse caso, não há contradição, eis que “ocupação” e “desocupação” recaem sobre grupos diversos de pessoas. Parece mesmo que, na maior parte das vezes, as oposições são apenas de caráter parcial, o que dificulta a identificação de jurisprudência sobre o tema.

Por fim, há ainda o problema consistente em se descobrir qual é o “espírito” que rege o ato legislativo como um todo. Isso porque não é incomum que uma mesma lei persiga diferentes finalidades, algumas das quais eventualmente até conflitantes entre si na prática. A questão – que este trabalho assumidamente deixa em aberto – residiria em saber qual a finalidade predominante, a caracterizar com maior preponderância o ato como um todo.

#### **4. Por uma conceituação de desvio de poder legislativo**

Em sentido amplo, a expressão “desvio de poder legislativo” suscita um erro, por parte do legislador, na estipulação dos efeitos e consequências de seus atos, bem como no manejo dos fins destes. Esse erro pode estar presente porque se exagerou na restrição a uma finalidade (desproporcionalidade); porque não se soube perseguir uma finalidade (inadequação); ou porque se perseguiu outra finalidade. Nessa terceira hipótese, surge uma ideia mais restrita de desvio de poder.

---

<sup>305</sup> “Art. 14. (...) § 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.



Em tal sentido restrito, “desvio” sugere uma *mudança de caminho ou de direção*. Com isso, ele já pressupõe determinada direção pré-estabelecida. Se utilizado com fins de censura, passa a sugerir a mudança da direção (ou finalidade<sup>306</sup>) “correta” para direção (ou finalidade) “errada”. Aqui, a ideia de “desvio” supõe, dessa forma, um conjunto de finalidades corretas e um conjunto de finalidades incorretas.

Parece, assim, mais apropriado utilizar a expressão *desvio “stricto sensu” de poder legislativo* quando se está diante do binômio *finalidade(s) correta(s) / finalidade(s) incorreta(s)*. Isso exclui do âmbito da caracterização do desvio as hipóteses de controle finalístico em que estão em jogo apenas finalidades “corretas” – ou seja, aqueles casos em que há conflito entre finalidades previstas ou aceitas pela Constituição, com restrições e promoções simultâneas, a exigir ponderação. No desvio “stricto sensu”, *só uma finalidade funcionará como parâmetro (a “correta”)*; na ponderação, *há duas ou mais finalidades (“corretas”) funcionando como parâmetro*.

A partir disso, as hipóteses de desvio “stricto sensu” de poder de legislativo podem ser divididas em três grupos.

No primeiro grupo, há aqueles casos em que a Constituição já vincula certa categoria de atos legislativos à persecução de finalidade pré-estabelecida explícita ou implicitamente pela própria Constituição. Em tais hipóteses, caso o ato persiga finalidade diversa daquela prevista, estará perseguindo uma finalidade “incorreta”, mesmo que se trate de uma finalidade admitida ou mesmo prevista pela Constituição (ou seja, finalidade que outros atos legislativos podem perseguir).

No segundo grupo, encontram-se os casos em que a finalidade da lei é uma finalidade não aceita pela Constituição, o que inclui as finalidades *opostas* a finalidade da Constituição. Todo o conjunto composto pelas finalidades previstas na Constituição e pelas finalidades aceitas pela Constituição figura como o espaço das finalidades “corretas”, ao passo que as finalidades não aceitas pela Constituição pertencem ao âmbito das finalidades “incorretas”.

No terceiro grupo, não apenas determinados atos legislativos, mas sim a própria função legislativa já está vinculada a certas finalidades – individualmente consideradas – que lhe são inerentes. Assim, na chamada irrazoabilidade interna, a lei ou norma legal perseguem uma finalidade que não é aquela típica do exercício da atividade legislativa, ou então a norma legal persegue finalidade oposta àquela da lei em que está contida.

---

<sup>306</sup> Tal como se observou no Capítulo IV, Item 5, pode associar-se a ideia de “direção” à ideia de “finalidade”.

## **CAPÍTULO VII. IMPLICAÇÕES EM OUTROS TEMAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

### **1. Controle de constitucionalidade finalístico incidental**

Até o presente momento, este trabalho procurou analisar o controle de constitucionalidade finalístico genericamente considerado, tendo sido desenvolvidas as ideias essencialmente sob a égide do controle abstrato e por via principal, que lida apenas com normas constitucionais e legais, e para o qual os litígios concretos adquirem importância secundária e acessória.

Ocorre que, no sistema brasileiro, convive com essa modalidade de controle, efetuado pelo Supremo Tribunal Federal, o controle concreto e por via incidental, a cargo de todos os órgãos judiciais<sup>307</sup>. Torna-se relevante, com isso, explorar algumas relações que essa última modalidade de controle parece nutrir com o controle de constitucionalidade finalístico desenvolvido na presente dissertação. Para tanto, apenas com o fito de suscitar alguns problemas, optou-se por explorar duas questões principais, uma metodológica e uma estrutural.

#### **1.1 Controle incidental e o problema do “iter” de identificação do vício**

No controle incidental, a inconstitucionalidade da lei é arguida no curso de um processo judicial instaurado para a resolução de um litígio concreto. Já há uma lide comum envolvendo duas partes, principiada por uma ação que tem como objetivo precípuo a resolução do litígio, e a inconstitucionalidade de determinada lei é levantada pelo autor ou pelo réu apenas como um argumento a embasar sua pretensão.

O foco principal do processo não está na dúvida acerca da constitucionalidade da norma legal, mas sim no conflito real de interesses particularizados. Por isso, o que importa para o caso concreto, em última análise, é a *norma individual e concreta* da parte dispositiva da sentença. É essa norma que solucionará a lide e sobre a qual se voltam precipuamente os interesses das partes.

---

<sup>307</sup> Para as vantagens e desvantagens do controle principal e do incidental, bem como as atenuações a essas desvantagens, efetuadas pelos diferentes países que os adotam, cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 34, dezembro de 1990, pp. 30-33.

O controle é feito assim *in concreto*, eis que exercido a partir de uma situação real levada a juízo. Além disso, a decisão do juiz que declarar a inconstitucionalidade da lei vale somente entre as partes – pois não se concebe, a princípio, a possibilidade de tal decisão afetar situações jurídicas daqueles que não integraram aquela lide.

A razão de ser deste sistema, em que o controle é exercido por qualquer juiz, decorre naturalmente da atividade jurisdicional de aplicação da lei ao caso concreto: quando há conflito de leis, o julgador deve escolher a que prevalece; em face de disposições de diferente força normativa, aplica-se o princípio *lex superior derogat legi inferiori*<sup>308</sup>.

Em consequência, no controle incidental (concreto) de constitucionalidade, à diferença do controle principal (abstrato), são as peculiaridades do caso concreto que guiarão *a)* a identificação do paradigma<sup>309</sup> e *b)* a identificação do vício. O controle de constitucionalidade *in concreto* aparece assim como um “controle dirigido”.

Nesse âmbito, o controle de constitucionalidade finalístico ocorrerá, em geral, quando estiverem presentes, no decorrer da resolução do litígio concreto, normas-fim e finalidades da Constituição. De um lado, incidem sobre o caso certas normas-comando legais; de outro lado, há normas-fim e finalidades da Constituição que também apresentam alguma relação com o caso.

Surge, desde logo, a dificuldade de saber quais normas-fim e finalidades possuem relação com o caso. Uma simples ação de despejo, por exemplo, pode envolver, de acordo com suas peculiaridades, uma pluralidade de finalidades da Constituição, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a solidariedade (art. 3º, inciso I), o desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II), a erradicação da pobreza (art. 3º, III), a função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII e art. 170, inciso III), a moradia (art. 6, *caput*), a livre iniciativa (art. 170, *caput*) etc. Isso ocorre pois frequentemente é muito difícil especificar quais valores estão em jogo em um conflito social. Cada ponto de vista possível e cada distinta concepção sobre um mesmo problema já são aptos a revelar um ou mais valores a ganhar cores na análise do caso.

---

<sup>308</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1973, p. 60.

<sup>309</sup> Nesse sentido, cf. LUCIANI, Massimo, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984, pp. 239-240. Sobre a prejudicialidade da questão de inconstitucionalidade no controle concreto, cf. MIRANDA, Jorge, *Controlo da constitucionalidade e direitos fundamentais em Portugal*, in GARCIA BELAUNDE, D. e SEGADO, Francisco F. (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*, Madri, Dykinson, 1997, p. 870.

Estando diante das normas-comando legais e das normas-fim ou finalidades da Constituição relacionadas ao caso, o julgador que se deparasse com uma dúvida acerca da constitucionalidade das primeiras possuiria, hipoteticamente, dois caminhos distintos para solvê-la.

Pelo primeiro caminho, o juiz verificaria, em abstrato, se a norma-comando legal seria constitucional em face das finalidades e normas-fim da Constituição, levando em consideração os pesos da promoção e da restrição efetuadas pela norma legal em face dos fins constitucionais. Caso fosse considerada desproporcional abstratamente em sua “dosagem de pesos”, a norma não seria aplicada ao caso.

Já pelo segundo caminho, o juiz, unicamente a partir das finalidades ou normas-fim da Constituição, encontraria a resposta que esta dá ao caso. O julgador, assim, teria de obter uma norma-comando a partir da concretização e da ponderação direta daquelas finalidades, levando em consideração as peculiaridades do caso. Se essa norma-comando obtida conflitasse com a norma-comando legal, esta seria considerada inconstitucional, e a primeira é que resolveria a questão concreta.

É de se notar que nem sempre ambos os caminhos levarão à mesma conclusão quanto à constitucionalidade da lei, podendo até conduzir a soluções distintas – e contraditórias – para o mesmo caso. Uma lei pode ser perfeitamente constitucional quando analisada *in abstracto*, mas a aplicação direta da Constituição ao caso concreto pode oferecer uma solução totalmente diversa.

Difícilmente se poderia sustentar a inconstitucionalidade do art. 233 do Código Penal, que proíbe a prática de ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público. Em abstrato, parece praticamente certo que tal norma legal é considerada constitucional. No entanto, e se o ato, não obstante obsceno, for também um ato de manifestação do pensamento? Ele continuaria proibido?

No HC 83.996, o STF discutiu interessante caso. O diretor teatral Gerald Thomas, ao término da apresentação do espetáculo *Tristão e Isolda*, que dirigiu no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, após receber vaias e xingamentos da plateia, teria simulado, em reação àquelas atitudes, uma masturbação e, em ato contínuo, exibido as nádegas para os expectadores que ali se encontravam.

Para o ministro Carlos Velloso, a conduta do diretor atingiu o pudor das pessoas ali presentes, razão pela qual incidiria a citada norma penal tipificadora do ato obsceno.

O ministro Gilmar Mendes, entretanto, entendeu de forma diversa, conforme se destaca de trechos de seu voto:

No caso em apreço, ainda que se cuide, talvez, de manifestação deseducada e de extremo mau gosto, tudo está a indicar um protesto ou uma reação – provavelmente grosseira – contra o público.

(...)

Não se trata também, de um gesto totalmente fora do contexto da própria peça teatral.

(...)

Com efeito, não se pode olvidar o contexto no qual se verificou o ato incriminado.

O roteiro da peça, ressalte-se, envolveu até uma simulação de masturbação. Estava-se diante de um público adulto, às duas horas da manhã, no Estado do Rio de Janeiro.

Difícil, pois, nesse contexto admitir que a conduta do paciente tivesse atingido o pudor público.

A rigor, um exame objetivo da querela há de indicar que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada ou deseducada.

De resto, observe-se que a sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados a esse tipo de situação, como a própria crítica, sendo dispensável, por isso, o enquadramento penal.

(...)

Portanto, não estão configurados os elementos caracterizadores de ato obsceno.

Pelo que se pode notar, o ministro Gilmar Mendes, diversamente do ministro Carlos Velloso, afastou a incidência da norma penal ao caso concreto, pois entendeu que o ato em questão não se qualificava como obsceno.

No entanto, além dessas duas opiniões, não seria absurda uma terceira posição: entender que o ato em tela é obsceno e, *ao mesmo tempo*, um ato de expressão do pensamento, manifestado em um contexto de intenso embate entre concepções artísticas distintas. Haveria, sob tal entendimento, uma *dúplice qualificação* do ato.

Consoante se viu, caso se opte pelo primeiro caminho de verificação da constitucionalidade, a norma penal certamente será tida como constitucional, pois considerada em abstrato, e o ato praticado pelo diretor será afinal censurado. De outra feita, escolhendo-se o segundo caminho, serão diretamente ponderadas as duas finalidades divergentes relacionadas ao caso – quais sejam, o valor da livre manifestação do pensamento e o valor do pudor<sup>310</sup>. Neste caso, pode ocorrer que, ante as peculiaridades presentes no caso concreto, a livre manifestação do pensamento prevaleça sobre o pudor. Um caminho poderia levar, portanto, a solução diversa do outro.

Surge assim o problema. Certamente, a adoção do segundo caminho implica absoluto desprezo pelo legislador infraconstitucional democraticamente legitimado e

---

<sup>310</sup> Finalidade não expressa na Constituição, mas por ela aceita.

instituído pela própria Constituição. Mostrar-se-ia arbitrário admitir que um Poder de origem pouco democrática, quando bem entendesse, passasse a construir, a partir de sua própria visão da Constituição, e utilizando-se de valores altamente genéricos, à revelia da solução do legislador, normas específicas para reger os casos submetidos a sua apreciação – como se a Constituição fosse um “ovo de Colombo jurídico”<sup>311</sup>. No entanto, por outro lado, adotar o primeiro caminho pode levar, em alguns casos – embora raros, ao que parece –, à configuração da prevalência presumida *iuris tantum* de um valor sobre outro – na hipótese discutida, de um valor legal sobre um valor constitucional.

## 1.2 O problema político-estrutural

Como já aventado, em nosso sistema difuso, o controle de constitucionalidade incidental pode ser realizado por todos os órgãos do Judiciário. Surge, com isso, um problema político-estrutural.

Conforme anota a doutrina, independentemente do elemento teleológico, o controle difuso de constitucionalidade apresenta graves consequências, decorrentes da falta de uniformidade das decisões<sup>312</sup>.

A primeira decorrência principal dessa disparidade é a grave ofensa à isonomia<sup>313</sup>. Casos concretos substancialmente iguais ora são decididos de uma forma, quando a lei é considerada constitucional, ora de outra, quando a lei é tida por inconstitucional, em desrespeito ao postulado do tratamento igualitário. A pluralidade de leituras da Constituição conduz à sua aplicação diferenciada em hipóteses idênticas, ferindo com isso um de seus valores mais caros.

Outra consequência é a insegurança jurídica gerada pelas decisões proferidas em diferentes sentidos. Com ela, não apenas é severamente atingido o planejamento estatal, pela incerteza quanto à validade de seus instrumentos e pela imprevisibilidade de arrecadação tributária e da despesa pública, mas também o planejamento empresarial, em

---

<sup>311</sup> Ver nota de rodapé nº. 83.

<sup>312</sup> Sobre o problema da falta de uniformidade das decisões no controle difuso, cf. ARANTES, Rogério Bastos, *Judiciário e política no Brasil*, São Paulo, Educ/Fapesp/Idesp, 1997, pp. 204 e segs.; RAMOS, Elival da Silva, *Perspectivas (...)*, ob. cit., pp. 317 e segs. Sobre as soluções a esse inconveniente que buscaram os países adotantes do modelo difuso, cf. BREWER-CARIAS, Allan R., *La jurisdicción constitucional en America Latina*, in GARCIA BELAUNDE, D. e SEGADO, Francisco F. (coord.), *La jurisdicción (...)*, ob. cit., pp. 131-134.

<sup>313</sup> Nesse sentido, cf. RAMOS, Elival da Silva, *Perspectivas (...)*, ob. cit., p. 334.

razão da imprevisibilidade dos custos e limitações ao exercício das atividades econômicas<sup>314</sup>.

Esse cenário se agrava ainda mais quando o controle de constitucionalidade incidental utiliza-se das normas-fim e finalidades da Constituição, elevando significativamente a probabilidade de disparidade entre os juízos acerca da constitucionalidade de certa norma legal.

A alta carga axiológica que é inerente ao elemento finalístico impõe inafastavelmente um exacerbado subjetivismo do julgador, cujas concepções de mundo e convicções pessoais passam a fluir com expressiva força. Atraindo elementos da individualidade de cada juiz, as finalidades semeiam a diversidade das conclusões por eles obtidas.

Paradoxalmente, as leis, que se situam como o principal instrumento da ação governamental para atingir as finalidades previstas na Constituição, não conseguem muitas vezes cumprir tal papel em razão dessas mesmas finalidades. Em especial no que tange às chamadas normas constitucionais programáticas, que figuram de forma precípua como estados de coisas ideais a serem atingidos, só a ação estatal, expressa em conjuntos de normas gerais e abstratas a prever atos coordenados entre si, e devidamente planejada de acordo com a conjuntura social, econômica e financeira existente ao tempo de sua elaboração, é capaz de provocar mudanças efetivas e de ampla repercussão na realidade social. O controle difuso de constitucionalidade teleologicamente orientado impõe grandes obstáculos a essas pretensões, minando-as fragmentariamente. Cada juízo de constitucionalidade proferido em cada lide concreta traz em si embutido seu próprio “planejamento”, que é obviamente realizado sem atentar para aqueles fatores conjunturais mais amplos e complexos, pois leva em consideração apenas as limitadíssimas informações constantes do litígio. A ação estatal integrada e unidirecional traduzida em leis é prejudicada por uma pluralidade de atos isolados e de direções díspares. Aquelas finalidades programáticas podem até se concretizar na decisão judicial, mas não se *realizam*, pois sua efetivação é conduzida de forma pulverizada, e por isso, queda-se estéril globalmente.

---

<sup>314</sup> Cf. RAMOS, Elival da Silva, *Perspectivas (...)*, ob. cit., p. 335.

## 2. Controle de constitucionalidade finalístico e perspectiva teleológica dos efeitos da decisão de mérito proferida no controle

A lei considerada inconstitucional pode sofrer duas espécies de sanção: a de nulidade e a de anulabilidade. Ambas são mutuamente excludentes em um determinado ordenamento jurídico: ou este adota a primeira, ou adota a segunda. Isso porque cada teoria da inconstitucionalidade possui uma concepção distinta de Constituição como um todo, e também de sua relação com as normas infraconstitucionais<sup>315</sup>.

Como é cediço na maior parte da doutrina pátria, a Constituição de 1988, seguindo tradição do constitucionalismo brasileiro, adotou a teoria da nulidade das leis inconstitucionais<sup>316</sup>. Neste sistema, a regra geral é a invalidade *ab initio* da norma viciada, de modo que o órgão encarregado do controle, para proclamar a inconstitucionalidade da lei, terá de se reportar ao momento de sua entrada em vigor. O pronunciamento possui caráter meramente declaratório de uma sanção operada pelo próprio ordenamento naquele momento passado, ao contrário da sanção no sistema de anulabilidade, em que a decisão tem caráter constitutivo<sup>317</sup>.

Ocorre que, não obstante nula, a lei pode ter produzido impropriamente alguns efeitos práticos<sup>318</sup>, pois presumidamente era considerada constitucional. Por isso, nos sistemas que acolhem a teoria da nulidade, os órgãos de controle têm procurado resguardar certas situações subjetivas causadas por esses efeitos fáticos, em atenção a valores

---

<sup>315</sup> Em defesa da teoria da nulidade, cf. MARSHALL, John, *The Writings of John Marshall, late Chief Justice of the United States, upon the Federal Constitution*, Washington, William H. Morrison, 1890, p. 24-25; no Brasil, cf. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, *Constituição e constitucionalidade*, Belo Horizonte, Ed. Lê, 1991, pp. 149-150. Em defesa da teoria da anulabilidade, cf. KELSEN, Hans, *Teoria pura (...)*, ob. cit., p. 300 e segs. Para uma visão geral das duas teorias, cf. GALLOTTI, Maria Isabel, *A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos*, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 170, outubro-dezembro de 1987, pp. 19-25.

<sup>316</sup> Em seus arts. 97, *caput*, e 102, inciso III, letra *b*, a Constituição de 1988, confirmando tal entendimento, usa a expressão “declarar a inconstitucionalidade”. Sobre o caráter nulo da lei inconstitucional no direito brasileiro, cf. RAMOS, Elival da Silva, *A inconstitucionalidade das leis*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 119; BARBOSA, Rui, *Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Rio de Janeiro, Companhia Imprensa, 1893, p. 58; BUZUID, Alfredo, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1958, pp. 128-129. Em sentido contrário, cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5 ed., São Paulo, Revista dos tribunais, 2004, pp. 164 e segs.

<sup>317</sup> Para a distinção processual entre sentenças declaratórias e constitutivas, cf. SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, 16 ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 30 e segs. Defendendo, ao contrário do que é admitido neste trabalho, o caráter desconstitutivo da decisão judicial mesmo nos atos nulos, cf. MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico – plano da validade*, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 202-203.

<sup>318</sup> Elucidando o conceito de “eficácia do nulo”, no plano dos atos jurídicos, cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 49 e segs. Sobre a aplicação dos conceitos de validade e eficácia no regime publicístico e no tema da inconstitucionalidade das leis, cf. RAMOS, Elival da Silva, *A inconstitucionalidade (...)*, ob. cit., pp. 12-15 e 33 e segs.



constitucionais como a coisa julgada, a boa-fé, a dignidade humana, o direito à subsistência pelo trabalho etc. Não se reconhece qualquer eficácia à lei nula, nem se a convalida parcialmente, mas sim se preservam certas alterações na realidade em nome da própria Constituição<sup>319</sup>.

Não obstante, no ano de 1999, sobreveio a lei n.º 9.868, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e cujo art. 27 autoriza o STF a atenuar a rigidez da teoria da nulidade, permitindo que o tribunal atribua eficácia jurídica ao ato inconstitucional por tempo e sobre situações por ele fixados, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social<sup>320</sup>. Aquele tribunal passa a ganhar poderes para realizar uma convalidação, ainda que temporalmente limitada, da norma legal viciada<sup>321</sup>.

De qualquer forma, seja preservando certas situações concretas já consolidadas, seja convalidando parcialmente, *in abstracto*, a norma legal viciada, o que o STF faz na decisão de procedência proferida em sede de controle de constitucionalidade abstrato é submeter a própria *decisão* a uma análise sob o prisma teleológico. Não está mais em jogo a questão da constitucionalidade da lei, que já foi considerada viciada em face da Constituição. Enquanto no mérito do controle o objeto da perspectiva teleológica é a lei, aqui o objeto é a decisão.

Não havendo qualquer ressalva por parte da decisão declaratória de inconstitucionalidade, aquelas situações fáticas causadas pela norma não serão preservadas, eis que ficarão sem proteção e respaldo jurídicos. O efeito *natural* daquela decisão declaratória de reconhecimento da nulidade é assim a desconsideração das alterações na realidade concreta provocadas pela lei inconstitucional. Por outro lado, se houver aquelas ressalvas, a decisão passa a produzir também outros efeitos, que excepcionam aquele efeito natural<sup>322</sup>.

---

<sup>319</sup> Cf. RAMOS, Elival da Silva, *Perspectivas (...)*, ob. cit., pp. 278-279.

<sup>320</sup> “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

<sup>321</sup> Nesse sentido, cf. RAMOS, Elival da Silva, *Perspectivas (...)*, ob. cit., p. 279

<sup>322</sup> Note-se que, nos sistemas que adotam a teoria da anulabilidade, na qual a decisão tem caráter desconstitutivo, o efeito da decisão será totalmente “construído” pelo órgão controlador. Não há um efeito natural da decisão, previamente estabelecido em abstrato pelo ordenamento, mas sim um efeito modulado pelo agente decisório. Com a licença da linguagem metafórica, enquanto na sanção de nulidade com preservação de efeitos ou com convalidação “o pão já sai do forno assado e com forma definida, e só então o

A instituição desses efeitos excepcionais da decisão, por parte da Corte, é sempre realizada tendo em vista *finalidades*. Não entram em consideração normas-comando da Constituição, pois as situações fáticas são analisadas sob o prisma de valores e de estados de coisas a serem atingidos ou preservados. Por esse motivo, frequentemente se faz presente a necessidade de aplicar, nesse âmbito, o processo de ponderação<sup>323</sup>.

Na ADI 3.430, embora a considerando explicitamente inconstitucional, o STF decidiu manter em vigência, por mais sessenta dias, lei do estado do Espírito Santo que permitia a contratação temporária de funcionários para a área de saúde. Dentro daquele prazo, o governador do estado deveria apresentar um projeto de lei disciplinando a questão, em conformidade com a Constituição.

De acordo com os ministros, o principal motivo de conferir tal prazo foi a pandemia de gripe causada pelo vírus H1N1 (Influenza A), que já havia infectado, segundo dados do Ministério da Saúde, mais de 28 mil pessoas no país, provocando mais de 190 mortes.

O ministro Ricardo Lewandowski, relator, pontuou que a lei é claramente inconstitucional, por desrespeitar o artigo 37, IX, da Constituição Federal<sup>324</sup>. Tal norma diz que as contratações podem ocorrer em situações excepcionais, por tempo determinado, desde que a lei estabeleça os casos de excepcionalidade, o que não foi feito pela lei capixaba.

No entanto, como pontuou a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, declarar a inconstitucionalidade da lei exatamente no momento em que se agrava, a cada dia, a situação de emergência causada pela pandemia de gripe Influenza A, seria deixar o Espírito Santo sem ter como reagir e enfrentar o problema.

Note-se que a lei contraria uma norma-comando da Constituição, havendo assim um vício cuja detecção não envolveu a utilização do fator teleológico. Entretanto, em outra fase, ao deliberar acerca dos efeitos a excepcionar o efeito natural da declaração, o tribunal fez implicitamente uma ponderação entre diferentes finalidades: de um lado, a) a finalidade

---

tribunal irá modificá-lo”, na sanção de anulabilidade o tribunal “molda a massa ainda crua e disforme antes de colocá-la para assar”.

<sup>323</sup> Defendendo a utilização da ponderação nesse âmbito, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide*, in Revista Trimestral de Direito Público, n. 17, 1997, p. 103; MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, Universidade Católica, 1999, pp. 716 e segs.; SARMENTO, Daniel, *Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis*, in Revista de Direito Administrativo, n.º 212, abril-junho de 1998, pp. 36 e segs. Para este último autor, não é preciso – embora fosse conveniente – uma modificação na Constituição para a utilização dessa ponderação, podendo ela ocorrer mesmo no sistema da sanção de nulidade (p. 39).

<sup>324</sup> “Art. 37. (...) IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; (...)”.

que inspirou a referida norma-comando da Constituição e b) a finalidade que inspirou o constituinte a adotar a sanção de nulidade; e de outro, c) a finalidade de proteção emergencial à saúde da população capixaba. Permitir que a lei tivesse vigência por mais 60 dias implicou uma “concessão”, ainda que temporária (2 meses), das finalidades *a* e *b* à finalidade *c*: durante aquele período futuro, é esta última que predominaria.

Importante atentar para o papel crucial que exerceu a *occasio legis* nessa “prorrogação de vigência”<sup>325</sup>. Foi a grave situação de pandemia causada pelo vírus H1N1, de cunho emergencial, que autorizou temporariamente a produção de efeitos *pro futuro* de uma lei inconstitucional. A ponderação entre finalidades levada a cabo teve em vista aquela circunstância concreta bem definida e localizada.

É de se ressaltar que a ponderação envolveu a *decisão* que reconheceu a inconstitucionalidade, e não a lei<sup>326</sup>. Após o reconhecimento do vício, foi analisado o efeito natural da decisão declaratória. Consideraram-se as consequências *causais*, decorrentes daquele efeito natural, em relação à finalidade de proteção à saúde. Sem ressalvas, a declaração da nulidade da lei, com o reconhecimento de que ela não vigorará no futuro, acarretaria causalmente uma situação severamente nociva à saúde da população daquele estado, privando o governo de um importante instrumento para lidar com a gripe.

Como se vê, o juízo acerca da *constitucionalidade* da lei não sofreu interferência dos juízos acerca dos prejuízos da *ausência* da lei – tanto é que, ao longo do julgamento, o primeiro se realizou em momento distinto em relação aos segundos.

O tema da ponderação tendo em vista finalidades, no âmbito da decisão, também teve expressão por ocasião do julgamento do RE 559.882-9, em que o STF reconheceu, com base no art. 146, inciso III, *b* da Constituição Federal, que apenas lei complementar poderia dispor sobre normas gerais em matéria tributária, tais como as que regulam prescrição e decadência de contribuições sociais. Foi assim declarada a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que havia fixado em dez anos o prazo prescricional das contribuições da seguridade social.

---

<sup>325</sup> Note-se que houve aqui verdadeiramente uma convalidação parcial, em nítida aplicação do referido art. 27, eis que não se trata de preservar situações passadas.

<sup>326</sup> Diversamente, Nicola Occhicupo narra caso em que a Corte Constitucional italiana “salvou” da inconstitucionalidade a legislação vigente com base em razões fáticas expressas na motivação. As circunstâncias fáticas que envolveram a edição da lei foram classificadas por meio de expressões como “presente situação da ordem pública”, “alarmante recrudescimento da criminalidade”, “episódios que interessaram e perturbaram a opinião pública”. Aquela “salvação” foi assim justificada pela “excepcionalidade do momento, pela extraordinariedade e temporariedade da disciplina”. Nesse caso, a *occasio legis* serviu para verificar a constitucionalidade da lei, e não para dosar os efeitos da decisão. Cf. *La corte costituzionale come giudice di “opportunità” delle leggi*, in OCCHIUPO, Nicola (org.), *La corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, Cedam, 1984, pp. 43 e segs.

Entretanto, decidiu-se preservar os recolhimentos efetuados antes da data daquele julgamento e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa. Com isso, foram considerados insuscetíveis de restituição os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 e não impugnados antes da conclusão do julgamento do RE.

Para o ministro Gilmar Mendes, a base constitucional para tanto é a necessidade de outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade<sup>327</sup>:

É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. (...)

(...)

Daí parecer razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressalvando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos *sub judice*, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Essa ressalva assenta-se em razões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica.

Ressalte-se que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no recurso extraordinário sobre as decisões de outros órgãos judiciais nos diversos processos de controle concreto.

Acontece que a adoção da teoria da nulidade, em nosso sistema, sem qualquer exceção de nível constitucional, implica admitir que a Constituição de 1988 *instituiu uma norma-comando que proíbe o legislador de editar leis inconstitucionais, e cominou à desobediência dessa proibição a sanção de nulidade*. Dessa forma, o sancionamento se dá de pleno direito: a lei viciada é automaticamente expulsa do ordenamento logo ao ser editada. A teoria da nulidade dita, portanto, que as normas legais já em seu nascedouro sofrem o influxo do efeito nulificante das normas constitucionais, o que significa que *estas não dependem de um pronunciamento jurisdicional para produzirem aquele efeito jurídico*.

---

<sup>327</sup> O autor expõe entendimento semelhante em *A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro*, in MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.), *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, em que se lê que o princípio da nulidade “(...) somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social” (p. 443).

Ora, disso se deduz que o julgador não pode “afastar”, como diz Gilmar Mendes, tal efeito jurídico imediato. Este ocorre à sua revelia, independentemente do ato decisório, que apenas pode reconhecê-lo, e não modificá-lo.

O que o julgador pode é atenuar os *efeitos práticos* da nulidade.

Ao longo do período de sua aparente e presumida validade, a lei, mesmo viciada, causou alterações no estado de coisas existente à época de sua edição. O reconhecimento da nulidade implica “desfazer” essas modificações, de forma a se restaurar o *status quo ante*.

É certo que o retorno do novo estado de coisas ao estado de coisas original, ou então o total desprezo ao novo estado de coisas, pode acarretar certos sacrifícios, especialmente às finanças públicas e a interesses individuais, representando considerável restrição a finalidades tuteladas ou admitidas pela Constituição. Em nome de tais finalidades, o julgador pode reconhecer e preservar alguns aspectos deste novo estado de coisas, impedindo que haja seu total desfazimento. Aí sim se poderá falar em “afastar”, pelo *ato decisório*, não os *efeitos jurídicos* da nulidade, que são automáticos, mas sim alguns de seus efeitos práticos, o que pode ser feito, de acordo com o atual sistema da Constituição de 1988, por ressalvas a situações consolidadas.

A convalidação parcial prevista no art. 27 da lei n.º 9.868/99, por representar um afastamento dos efeitos jurídicos da nulidade, deveria vir expressa na própria Constituição, pois excepciona a norma-comando constitucional da nulidade. Por esse motivo, aquela previsão legal mostra-se eivada de inconstitucionalidade<sup>328</sup>.

### **3. A teoria da nulidade e o controle de constitucionalidade finalístico da lei**

No item anterior, foram já tecidas as características principais do sistema de nulidade das leis inconstitucionais. Cabe agora explorar sucintamente quais os problemas que a adoção deste sistema apresenta – ou intensifica – quando do controle de constitucionalidade finalístico.

O primeiro problema da teoria da nulidade no controle de constitucionalidade finalístico consiste no agravamento da insegurança jurídica.

Por representarem valores, as finalidades possuem uma imprecisão conceitual aguda, não fornecendo, por si próprias, elementos consistentes para especificação de seu

---

<sup>328</sup> Elival da Silva Ramos também chega a essa mesma conclusão. Cf. *Perspectivas (...)*, ob. cit., pp. 280.

sentido. Seja para serem concretizadas, seja para verificar se são restringidas ou promovidas, as finalidades muitas vezes exigem que o julgador se socorra também de fatores não estritamente normativos.

Com isso, há uma alta imprevisibilidade daquilo que pode decidir o juiz quando da utilização de finalidades como parâmetro de constitucionalidade. Pode não ser possível criar expectativas minimamente seguras acerca do entendimento do órgão controlador quanto à conformidade da lei à Constituição.

No sistema da nulidade, embora a lei seja presumidamente válida desde sua promulgação, o fato de não se poder prever qual decisão tomarão os julgadores no futuro causa dúvida e insegurança no presente: não se sabe se aquela lei *é* mesmo válida. A decisão pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade pode acabar tornando-se, praticamente, uma questão de “sorte ou azar” dos cidadãos que apostaram em um ou em outro sentido, aparecendo a conclusão dos juízes como um mero produto do acaso. A própria confiança na lei passa a ser uma questão de risco, acarretando em – mais – descrédito à atividade legislativa.

Some-se a isto o fato de que pode ter surgido, sob a égide da lei aparentemente válida, grande quantidade de relações jurídicas, cujo desfazimento mostra-se deveras traumático para a sociedade<sup>329</sup>.

Relacionado a essa problemática, encontra-se o problema referente à ação do Estado – legislativa e administrativa – de promoção de finalidades. Para a perseguição de certas finalidades, como aquelas constantes das normas programáticas, faz-se necessário complexo e coordenado planejamento estatal. Ao ser colocado em prática, o planejamento envolve elevado gasto de recursos com obras, compra de materiais, contratação de pessoal, serviços etc. A declaração de nulidade de um planejamento em fase de execução frustra todo o trabalho até então realizado. Mesmo que preservadas algumas das relações jurídicas, é bem possível que ocorra um dispêndio ineficaz do dinheiro público.

Já o terceiro problema consiste no desprezo nutrido pela teoria da nulidade à dinâmica de transformação da realidade social.

Ao ditar que a lei inconstitucional é nula de pleno direito, aquela teoria diz que a lei viciada já nasceu inválida, independentemente de quando nasceu e das circunstâncias sociais existentes à época em que nasceu. Por outro lado, caso a lei tenha nascido válida, ela será sempre válida, independentemente das circunstâncias sociais supervenientes e das

---

<sup>329</sup> Nesse sentido, cf. Cf. RAMOS, Elival da Silva, *Perspectivas (...)*, ob. cit., pp. 339.

posteriores modificações no ordenamento infraconstitucional – pois o único momento em que a Constituição poderia “matá-la” fora quando de seu nascimento.

No entanto, é preciso consignar que a realidade fática, ao se transformar, modifica também sua forma de relacionamento com o direito, sobretudo ao se ter presente a perspectiva teleológica.

Quando se trata de finalidades constitucionais, principalmente quando consideradas enquanto estados de coisas ideais, estão intimamente relacionados a Constituição, o ordenamento infraconstitucional como um todo, a lei objeto de análise e a realidade social. As especificidades dessa relação entre os quatro elementos são determinantes para se verificar a conformidade do terceiro elemento – a lei – ao primeiro – a Constituição. Uma lei pode não ser propícia para promover determinada finalidade diante das circunstâncias sociais X, mas pode sê-lo diante das circunstâncias Y. Da mesma forma, a restrição causal, por parte de uma lei, a determinada finalidade pode ser muito mais intensa em certo quadro social do que em outro.

Além disso, aquela relação é variável ao longo do tempo, seja em decorrência das inevitáveis mudanças na realidade empírica e no ordenamento infraconstitucional, seja em virtude da evolução das interpretações dos textos normativos. As chamadas “inconstitucionalização progressiva” e “inconstitucionalidade superveniente” só podem ser compreendidas caso se parta de tais pressupostos<sup>330</sup>.

Nesse panorama, a realidade social e a situação do ordenamento infraconstitucional dão a tônica das possibilidades e dos limites à concretização e à realização das finalidades, moldando as medidas do juízo de conformidade da lei à Constituição e situando-o historicamente.

---

<sup>330</sup> De forma semelhante, Elival da Silva Ramos preceitua: “O sistema de controle brasileiro, por conseguinte, em sua configuração atual, não é compatível com um enfoque dinâmico para o vício de inconstitucionalidade, próprio de um Estado transformador, como aquele que resulta na categoria doutrinária da inconstitucionalização progressiva”. Cf. RAMOS, Elival da Silva, *Perspectivas (...)*, ob. cit., p. 339.

## CONCLUSÕES

1. Deparando-se com normas constitucionais que expressam valores e objetivos políticos, ou seja, *fins*, ao jurista se abrem dois caminhos: ou negar o caráter jurídico dessas normas, passando então a conviver com a contradição intrínseca a tal entendimento, e assumindo suas consequências nocivas sobre a força e a importância da Constituição; ou procurar trabalhar com essa particular categoria de normas, buscando tecer construções teóricas e encontrar perspectivas que visem a integrá-las na dinâmica do direito e delimitar os seus efeitos.

A presente dissertação optou por este segundo caminho. E foi um pouco além: também procurou estudar os valores e objetivos não contidos nas normas, mas delas justificantes. Ao fazê-lo, não teve em vista a elaboração de uma fórmula para a verificação da constitucionalidade das leis quando estão envolvidos fins. Seus intentos restringiram-se à exposição de possíveis relações entre normas e finalidades, embora com alguns desenvolvimentos acerca da caracterização de possíveis vícios.

A opção por esse tortuoso caminho não representa, implica ou defende a linha de atuação e de compreensão do direito que se convencionou chamar de “ativismo judicial”. Antes, o objetivo foi encontrar fatores que ajudassem no estabelecimento de critérios de atuação judicial. Ao identificar certos elementos do sistema jurídico-constitucional, bem como determinadas estruturas do raciocínio jurídico, as ideias aqui desenvolvidas visaram a contribuir, ainda que de forma restrita, para a avaliação, se não das decisões propriamente consideradas, ao menos da coerência e das posturas assumidas pelos órgãos jurisdicionais diante da Constituição.

2. A preocupação do trabalho na delimitação da atividade jurisdicional, em particular no que tange ao controle constitucionalidade, revela-se em dois aspectos principais.

Por um lado, admite-se a existência de uma margem de liberdade na escolha e definição de fins por parte do legislador infraconstitucional. Esse pressuposto, em verdade, aparece como um corolário do princípio democrático. Compreender as finalidades presentes na Constituição como uma constelação de centros gravitacionais a atrair inexoravelmente a atividade legislativa e de cuja direção não pudessem escapar as normas infraconstitucionais, seria relegar a vontade popular legitimamente representada ao mero papel de execução de uma vontade constitucional pretérita. Nesse aspecto, certas críticas à



teoria da representação política, em especial aquelas consistentes na falta de vinculação das decisões dos representantes às vontades dos representados, não servem para tolher sobremaneira o legislador ordinário em face da Constituição, pois elas também se aplicam ao próprio legislador constituinte.

Por outro lado, parte-se do pressuposto de que todas as normas da Constituição que não instituem finalidades não podem ser afastadas pelo julgador com base em finalidades. Ao órgão jurisdicional controlador não é permitido considerar constitucional lei que contrarie frontalmente comando da Constituição sob o argumento de que ela vai ao encontro de determinada finalidade constitucional. A indagação e a descoberta do elemento teleológico no âmbito constitucional não põe em questão, e muito menos autoriza o desrespeito às formas e aos meios que a Constituição estabeleceu como corretos para a implementação de finalidades.

3. É possível fazer uma classificação entre controle de constitucionalidade envolvendo apenas comandos propriamente ditos e controle de constitucionalidade envolvendo finalidades. Este último tipo de controle é o chamado *controle de constitucionalidade finalístico*, sobre o qual visou a dissertar o presente trabalho.

4. Em tal estudo, podem ser identificados dois enfoques: o enfoque sobre as normas e suas finalidades, e o enfoque sobre a relação entre parâmetro e objeto.

4.1 Quanto ao primeiro enfoque, é possível distinguir entre *disposições normativas*, que são os enunciados expressos nos textos legais, e *normas*, que figuram como os significados obtidos por interpretação dos enunciados. A partir dessa distinção, podem dividir-se as finalidades em *finalidade visada pelo legislador com a edição da disposição normativa* e *finalidade da norma*. Para a obtenção da primeira, são de especial importância os elementos históricos de interpretação.

Já no que tange à finalidade da norma, faz-se necessário diferenciar entre as finalidades que compõem o *conteúdo* de normas (ou finalidades *explícitas*) e as finalidades que aparecem como o *fundamento* de normas (ou finalidades *implícitas*). As normas que *contêm* finalidades são *normas-fim*, em distinção às *normas-comando*, que *contêm* proibições, obrigações e permissões de ação. Tanto as normas-fim quanto as normas-comando *fundamentam-se* em finalidades.

A interpretação de uma mesma disposição normativa só pode levar à obtenção, *ou* de normas-comando, *ou* de normas-fim. Já a obtenção das finalidades fundamentadoras das normas se dá por *perquirição da ratio*. O processo inverso, qual seja, a obtenção de normas-comando a partir de finalidades, ocorre por *concretização*.

4.2 Sob o enfoque da *relação entre parâmetro e objeto*, observa-se no trabalho a diferença entre a hipótese em que o objeto são normas-comando e a hipótese em que o objeto são finalidades.

Na primeira hipótese, tem-se que as normas-comando podem promover ou restringir finalidades, sejam estas implícitas ou explícitas. A promoção e a restrição *conceituais* se fazem presentes, respectivamente, conforme a norma-comando afirme ou negue o valor representado pela finalidade. Já a promoção e a restrição *causal* ocorrem, respectivamente, na medida em que a norma-comando, na presença do estado de coisas contemporâneo ao seu nascimento (“*occasio legis*”), contribua para, ou obstaculize o alcance dos estados de coisas ideal e futuro que a finalidade pretende atingir.

Na segunda hipótese – quando o objeto do controle forem finalidades (explícitas ou implícitas) –, podem ser identificadas algumas relações. Haverá uma relação *promocional* quando a finalidade-objeto servir para alcançar a finalidade-parâmetro, ou então fundamentar-se nesta. Diferentemente, existirá relação de *divergência* entre finalidade-parâmetro e finalidade-objeto quando elas não conflitarem “in abstracto”, mas apenas em sua aplicação prática (“in concreto”). Por sua vez, restará configurada uma relação de *oposição* quando aquelas finalidades entrarem em conflito “in abstracto”, caso em que elas serão contraditórias. Por fim, ocorrerá relação de *identidade* quando finalidade-parâmetro e finalidade-objeto coincidirem.

5. A partir de algumas das relações entre objeto e parâmetro, podem ser vislumbradas três categorias de possíveis *vícios* passíveis de serem identificados no controle de constitucionalidade finalístico, que genericamente podem ser qualificados como *desvios “lato sensu” de poder legislativo*.

Pode ocorrer que uma norma-comando legal restrinja e promova, *ao mesmo tempo*, finalidades da Constituição, caso em que restará configurado um conflito “in concreto” entre finalidades constitucionais. O conflito poderá ser resolvido por *ponderação*, pela qual se verificará se a restrição *está ou não justificada* pela promoção, caracterizando, respectivamente, a *imunização* ou a *violação*. Restando configurada a violação, ou seja, caso a restrição pese mais que a promoção, pode falar-se em vício de *desproporcionalidade*. Aqui, duas ou mais finalidades aparecem como parâmetro.

Outrossim, é possível acontecer que a norma-comando legal não seja capaz de perseguir a finalidade pretendida, eis que não se mostra apta a modificar causalmente a realidade fática na direção do estado de coisas por ela visado. A norma passa a pecar por *inadequação* em face de uma determinada finalidade, mostrando-se inócua.

Mas também pode ocorrer que a norma legal possua finalidade *que a Constituição não admite que ela persiga*. Nesse caso, haverá vício de *desvio “stricto sensu” de poder legislativo*. Tal vício faz-se presente quando o ato legislativo, estando adstrito à perseguição de apenas uma ou algumas finalidades previamente vinculadas pela Constituição a ele, persegue finalidade diferente daquela(s); quando a lei persegue finalidade oposta a finalidade constitucional; ou quando a norma legal persegue finalidade distinta daquela inerente à função legislativa (vício de irrazoabilidade interna), seja porque desrespeitou a função genérica da atividade legislativa, seja porque sua finalidade é oposta àquela da lei na qual se encontra. Aqui, apenas uma finalidade aparece como parâmetro.

Esquemáticamente, temos:

	<b>Desvio <i>lato sensu</i> de poder legislativo</b>		
	<b>Desproporcionalidade</b>	<b>Inadequação</b>	<b>Desvio <i>stricto sensu</i> de poder legislativo</b>
<b><i>Objeto de controle</i></b>	Norma-comando legal	Norma-comando legal	Finalidade legal
<b><i>Parâmetro de controle</i></b>	Duas ou mais finalidades	Apenas uma finalidade	Apenas uma finalidade
<b><i>Tipo de relação</i></b>	Norma promove e restringe finalidades da Constituição	Norma não promove finalidade a que se propõe	Finalidade legal não é admitida pela Constituição
<b><i>Necessidade de ponderação</i></b>	Sim	Não	Não

6. A chamada “interpretação teleológica” adquire importância no âmbito do controle de constitucionalidade finalístico na medida em que a utilização de finalidades permite ao controlador manipular o *âmbito de incidência* das normas que são objeto de controle.

Com isso, é possível fazer uma “correção teleológica” da norma, nos limites de seu conteúdo, para evitar considerá-la inconstitucional. Aqui, em vez de funcionarem como parâmetro, as finalidades, sejam elas da Constituição ou da própria norma legal, contribuem para preservar a norma questionada.

7. Em sede de controle difuso, o controle de constitucionalidade finalístico traz uma implicação metodológica e uma político-estrutural. Pela primeira, surge, no âmbito do *iter* de verificação da constitucionalidade de norma legal em um caso concreto, o problema do conflito entre, de um lado, a adoção de caminho que desrespeita a segurança jurídica e o postulado do legislador democrático, e de outro, a adoção de caminho que configura a hierarquização de valores previstos na Constituição ou por ela aceitos.

Já pela implicação político-estrutural, nota-se que, no controle de constitucionalidade finalístico difuso, as decisões judiciais mostram-se mais imprevisíveis e tendem a diferir mais entre si, provocando maiores prejuízos à isonomia, à segurança jurídica e à ação estatal planejada.

8. O sistema de nulidade das leis inconstitucionais, adotado pela Constituição de 1988, dificulta o reconhecimento de figuras recorrentes do controle de constitucionalidade finalístico, como a inconstitucionalização progressiva e a inconstitucionalidade superveniente, eis que se revela conflitante com a dinâmica de transformação da realidade social. A associação entre o sistema da nulidade e o controle finalístico também agrava os problemas da diminuição da segurança jurídica e dos embaraços ao planejamento estatal.

9. Não se confundem, no âmbito do controle de constitucionalidade finalístico, a perspectiva teleológica da lei, que possui sua constitucionalidade verificada em face de finalidades, e a perspectiva teleológica da decisão, que pode ter seus efeitos naturais excepcionados por efeitos estabelecidos a partir de finalidades.

A sanção de nulidade figura como norma-comando constitucional que proíbe a edição de leis inconstitucionais, e culmina à desobediência a nulidade da norma viciada. Por ser uma norma-comando não excepcionada pela Constituição, seus efeitos jurídicos não podem ser afastados, mas apenas alguns de seus efeitos práticos. O mesmo ocorre com as demais normas-comando, interpretativamente obtidas da Constituição, que serviram para taxar de inconstitucional a norma legal (hipóteses essas em que não houve controle de constitucionalidade finalístico propriamente dito). A nocividade destes efeitos práticos só pode ser levada em consideração em sede de decisão, e não em sede de verificação da constitucionalidade da lei. Ademais, a autorização para que a decisão afaste também os efeitos jurídicos não pode ser prevista em lei, mas apenas pela própria Constituição, pois excepciona aquela norma-comando constitucional da nulidade, razão pela qual padece de inconstitucionalidade o art. 27 da lei n.º 9.868/99.

10. No que se refere à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, podem ser encontrados tipos de raciocínio desenvolvidos na dissertação, porém de forma nem sempre

consciente por parte dos ministros. Ter presentes as estruturas aqui reconhecidas e trabalhadas pode facilitar a análise da coerência na argumentação dos julgadores e melhor identificar o modo pelo qual se valem do texto constitucional para fundamentar suas decisões.

## BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, 2 ed., Colonia del Carmen, Fontamara, 2000.
- \_\_\_\_\_, *Derecho y acción – reflexiones sobre las acciones jurídicas colectivas*, in *Isonomía*, n. 8, abril de 1998, pp. 103-124.
- \_\_\_\_\_, *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*, in *Doxa*, n. 8, 1990, pp. 23-38.
- ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert, *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais do Estado de Direito Democrático*, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, julho-setembro de 1999, pp. 67-79.
- \_\_\_\_\_, *Derechos, Razonamiento jurídico y Discurso racional*, in *Isonomía*, n. 1, outubro de 1994, pp. 37-49.
- \_\_\_\_\_, *Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada*, trad. HECK, Luís Afonso, in *Revista dos Tribunais*, v. 809, março de 2003, pp. 54-73.
- \_\_\_\_\_, *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, setembro de 2000, pp. 294-304.
- \_\_\_\_\_, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madri, Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Teoria della'argumentazione giuridica*, trad. MAZZONI, Cosimo e VARANO, Vincenzo, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1998.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, 3 ed., São Paulo, Atlas, 2005.
- ARANTES, Rogério Bastos, *Judiciário e política no Brasil*, São Paulo, Educ/Fapesp/Idesp, 1997.
- ATALIBA, Geraldo, *Revisão constitucional*, in *Revista de Informação Legislativa*, n. 110, abril-junho de 1991, pp. 87-90.
- ATIENZA, Manuel, *Argumentación y Constitución*, in XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madri, 28-30 de março de 2007. Texto disponível em [[http://www2.uah.es/filder/manuel\\_atienza.pdf](http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf)].

- \_\_\_\_\_ e RUIZ MANERO, Juan, *Sobre principios e reglas*, in *Doxa*, n.º 10, 1991, pp. 101-120.
- ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 5. ed., São Paulo, Malheiros, 2006.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- BARBOSA, Rui, *Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Rio de Janeiro, Companhia Imprensa, 1893.
- BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 5. ed., Rio de Janeiro - São Paulo, Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_ e BARCELLOS, Ana Paula de, *O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 232, abril-junho de 2003, pp. 141-176.
- BAYÓN, Juan Carlos, *Causalidad, consecuencialismo y deontologismo*, in *Doxa*, n. 6, 1989, pp. 461-500.
- BETTI, Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2. ed., Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1971.
- BIDART CAMPOS, German J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987.
- BOBBIO, Norberto, *Hacia una teoría funcional del Derecho*, trad. CARRIÓ, Genaro, in CARRIÓ, Genaro (org.), *Derecho, Filosofía y Lenguaje – homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Ástrea, 1976, pp. 9-30.
- \_\_\_\_\_, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1955.
- BONAVIDES, Paulo, *O método tópico de interpretação constitucional*, in *Revista de Direito Público*, n. 98, 1991, pp. 5-11.
- BOROWSKI, Martin, *La restricción de los derechos fundamentales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 59, maio-agosto de 2000, pp. 29-56.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *La jurisdicción constitucional em America Latina*, in GARCIA BELAUNDE, D. e SEGADO, Francisco F. (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*, Madri, Dykinson, 1997, pp. 121-161.
- BULYGIN, Eugenio, *Sobre el problema de la aplicabilidad de la logica al derecho* (prólogo), in KELSEN, Hans e KLUG, Ulrich, *Normas jurídicas y analisis logico*, trad. Betegón, Jerónimo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 9-26.

- BUZAID, Alfredo, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1958.
- CALVO, Raúl e VENIER, Carlos, *Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales*, in *Isonomía*, n. 19, outubro de 2003, pp. 155-182.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. CORDEIRO, A. Menezes, 3. ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.
- \_\_\_\_\_, *Direito constitucional*, 6. ed., Coimbra, Almedina, 1996.
- \_\_\_\_\_, *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1973.
- \_\_\_\_\_, *Juízes legisladores?*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARNELUTTI, Francesco, *Eccesso di potere legislativo*, in *Rivista di Diritto Processuale*, v. II, parte II, 1947, pp. 193-207.
- \_\_\_\_\_, *Teoria generale del diritto*, 3 ed., Roma, Soc. Ed. del “Foro Italiano”, 1951.
- CARVALHO, Paulo de Barros, *O princípio da segurança jurídica*, in *Revista da APG*, n. 3, janeiro-março de 1993, pp. 117-135.
- CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Raisonnement juridique et pluralité des valeurs: les conflits axio-téléologiques de normes*, in COMANDUCCI, Paolo e GUASTINI, Riccardo (org.), *Analisi e Diritto 2001*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002. Texto disponível em [[http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi\\_2001/3champeildesplats.pdf](http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2001/3champeildesplats.pdf)].
- CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide*, in *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 17, 1997, pp. 78-104.
- COMANDUCCI, Paolo, *Principios jurídicos y indeterminación del derecho*, in *Doxa*, n. 21-II, 1998, pp. 89-104.
- \_\_\_\_\_, *Razonamiento jurídico – elementos para un modelo*, Colonia del Carmen, Fontamara, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder, *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.



- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madri, Tecnos, 1994.
- CRETILLA JR., José, *O “desvio de poder” na administração pública*, 4 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- \_\_\_\_\_, *A prova no “desvio de poder”*, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 230, outubro-dezembro de 2002, pp. 197-216.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. I e II, 5. ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3 ed., Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1927.
- DWORKIN, Ronald, *The model of rules*, in *The University of Chicago Law Review*, v. 35, n. 1, 1967, pp. 14-46.
- ENGISCH, Karl, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, trad. GIL CREMADES, Juan Jose, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1968.
- \_\_\_\_\_, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. MACHADO, J. Baptista, 3. ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.
- ESSER, Josef, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. PATTI, Salvatore e ZACCARIA, Giuseppe, Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.
- FABRE, Cécile, *Social rights under the constitution – government and the decent life*, Nova Iorque, Oxford University Press, 2004.
- FALZEA, Angelo, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, v. XIV, Milão, Giuffrè, 1965, pp. 433-507.
- FAVOREU, Louis, *La décision de constitutionnalité*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 2, ano 38, abril-junho de 1986, pp. 611-634.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5 ed., São Paulo, Revista dos tribunais, 2004.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade*, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 34, dezembro de 1990, pp. 27-44.
- \_\_\_\_\_, *Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1998*, in BITTAR, Eduardo, e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (org.), *Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização*, Osasco, Edifício, 2006, pp. 115-182.

- \_\_\_\_\_, *Processos informais de mudança da Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 1986.
- FERRAZ JR., Tercio, *Interpretação das normas constitucionais*, in QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (coord.), *Direito constitucional brasileiro – perspectivas e controvérsias contemporâneas*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, pp. 161-177.
- \_\_\_\_\_, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 3 ed., São Paulo, Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_, *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?*, in Revista USP, n. 21, março-maio de 1994, pp. 12-21.
- \_\_\_\_\_, *A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo*, in Revista de Direito Público, n. 61, 1982, pp. 27-33.
- \_\_\_\_\_, *Teoria da norma jurídica*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- FERRARA, Francesco, *Interpretação e aplicação das leis*, trad. Andrade, Manuel, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1940.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direitos humanos fundamentais*, 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Do processo legislativo*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2002
- FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la Sociedad Industrial*, trad. LÓPEZ GUERRA, Luis e MUÑIZ, Jaime Nicolas, Madri, Instituto de Estudios Políticos, 1975
- \_\_\_\_\_, *Stato di diritto in trasformazione*, trad. RIEGERT, L. e AMIRANTE, C., Milão, Giuffrè, 1973.
- GALDINO, Flávio, *Introdução à teoria dos custos dos direitos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.
- GALLOTTI, Maria Isabel, *A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos*, in Revista de Direito Administrativo, v. 170, outubro-dezembro de 1987, pp. 18-40.
- GARCIA FIGUEROA, Alfonso, *Haciendo justicia desde el lado activo del derecho*, in Revista de Ciencias Sociales, n. 45, 2000, pp. 193-218.
- GEORGAKILAS, Ritinha, *Isonomia e igualdade material na Constituição brasileira*, in Revista de Direito Público, n. 72, outubro-dezembro de 1984, pp. 125-132.
- GESTRI, Marco, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 2003.
- GOMES, Orlando, *Obrigações*, 2. ed., Rio de Janeiro – São Paulo, Forense, 1968.

- GONZÁLES LAGIER, Daniel, *Cómo hacer cosas con acciones (en torno a las normas de acción y las normas de fin)*, in *Doxa*, n. 20, 1997, pp. 157-175.
- GRAU, Eros Roberto, *Planejamento econômico e regra jurídica*, tese de livre-docência, São Paulo, 1977.
- GUASTINI, Riccardo, *Concepciones de las fuentes del derecho*, in *Isonomía*, n. 11, outubro de 1999, pp. 167-176.
- \_\_\_\_\_, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, in CARBONELL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2. ed., Madri, Trotta, 2005, pp. 49-73.
- \_\_\_\_\_, *Das fontes às normas*, trad. BINI, Edson, São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- \_\_\_\_\_, *Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique*, in COMANDUCCI, Paolo e GUASTINI, Riccardo (org.), *Analisi e Diritto 2007*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008. Texto disponível em [[http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi\\_2008/01guastini.pdf](http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2008/01guastini.pdf)].
- \_\_\_\_\_, *I principi nel diritto vigente*, in BESSONE, Mario e GUASTINI, Riccardo, *La regola del caso – materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, Cedam, 1995, pp. 113-139.
- \_\_\_\_\_, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 1998, pp. 641-660.
- HABA, Enrique P., *Esquemas metodológicos en la interpretación del derecho escrito*, Caracas, Sucre, 1972.
- HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, trad. MENDES, Gilmar, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia – entre facticidade e validade*, trad. SIEBENEICHLER, Flávio Beno, v. I, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.
- HAGE, Jaap, *Teleological reasoning in reason-based logic*, in 5th International Conference on Artificial Intelligence and Law, Maryland, 21-24 de maio de 1995, pp. 11-20.
- HECK, Philipp, *El problema de la creación del derecho*, trad. ENTENZA, Manuel, Granada, Editorial Comares, 1999.
- HESSE, Konrad, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. HECK, Luís Afonso, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

- \_\_\_\_\_, *A força normativa da Constituição*, trad. MENDES, Gilmar Ferreira, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R., *The cost of rights – why liberty depends on taxes*, Nova Iorque - Londres, W. W. Norton & Company, 1999.
- ITALIA, Vittorio, *La fabbrica delle leggi*, Milão, Giuffrè, 1990.
- KELSEN, Hans, *Jurisdição constitucional*, trad. KRUG, Alexandre; BRANDÃO, Eduardo; GALVÃO, Maria, São Paulo, Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Teoria geral das normas*, trad. DUARTE, José F., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- \_\_\_\_\_, *Teoria pura do direito*, trad. MACHADO, João Baptista, 6. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, trad. Lamego, José, 3. ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LARRAÑAGA, Pablo, *Responsabilidad de rol e directrices*, in *Doxa*, n. 24, 2001, pp. 559-577.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, *Raciocínio jurídico e economia*, in *Revista de Direito Público da Economia*, n. 8, outubro-dezembro de 2004, pp. 137-170.
- LUCIANI, Massimo, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984.
- MACCORMICK, Neil, *Argumentation and Interpretation in Law*, in *Ratio Juris*, v. 6, n. 1, março de 1993, pp. 16-29.
- \_\_\_\_\_, *Legal reasoning and legal theory*, Nova Iorque, Oxford University Press, 1978.
- MANERO, Juan Ruiz, *Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca*, in *Doxa*, n. 28, 2005, pp. 241-265.
- MARSHALL, John, *The Writings of John Marshall, late Chief Justice of the United States, upon the Federal Constitution*, Washington, William H. Morrison, 1890.
- MARTINS, Ives Gandra, *Medidas provisórias – Desvio de finalidade e abuso do poder de legislar – Zona Franca de Manaus – Impossibilidade de redução de benefício pela concessão por MP de isenção setorial*, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 56, maio de 2000, pp. 103-115.
- MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso de direito e o ato ilícito*, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997.

- MAXIMILIANO, Carlos, *Comentários á constituição brasileira*, 4. ed., Rio de Janeiro – São Paulo, Freitas Bastos, 1948.
- \_\_\_\_\_, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 17 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, Universidade Católica, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Desvio de poder em ato legislativo: ofensa ao princípio da livre concorrência, ao da defesa do consumidor e ao da igualdade*, in *Boletim de Direito Administrativo*, v. 14, n. 10, 1998, pp. 613-616.
- \_\_\_\_\_, *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 1998.
- MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico – plano da validade*, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira, *A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro*, in MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.), *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, 3 ed., São Paulo, Saraiva, 1999.
- MENGONI, Luigi, *Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’*”, parte I, in *Rivista de Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazione*, Primeira Parte, Milão, 1954, pp. 185-209.
- MIRANDA, Jorge, *Controlo da constitucionalidade e direitos fundamentais em Portugal*, in GARCIA BELAUNDE, D. e SEGADO, Francisco F. (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 855-896.
- MODUGNO, Franco, *L’invalidità della legge*, v. II, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1970.
- MORESO, José Juan, *Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional*, in *Doxa*, n. 23, 2000, pp. 105-118.
- \_\_\_\_\_, *Conflictos entre principios constitucionales*, in CARBONELL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2. ed., Madri, Trotta, 2005, pp. 99-121.
- MÜLLER, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, trad. JOUANJAN, Olivier, Paris, Presses Universitaires de France, 1996.
- NAVARRO, Pablo, *Acerca de la inevitabilidad de la interpretación*, in *Isonomia*, n. 22, 2005, pp. 99-122.
- \_\_\_\_\_, *Acerca del razonamiento juridico*, in *Revista de Ciencias Sociales*, n. 45, 2000, pp. 71-89.

- \_\_\_\_\_, *La eficacia del derecho*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- NEVES, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, Editora Acadêmica, 1994.
- NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- OCCHIOCUPO, Nicola, *La corte costituzionale come giudice di “opportunità” delle leggi*, in OCCHIOCUPO, Nicola (org.), *La corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, Cedam, 1984, pp. 13-65.
- OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, 5. ed., México, Fontamara, 1999.
- OST, François e KERCHOVE, Michel van de, *Entre la lettre et l’esprit – les directives d’interprétation en droit*, Buxelas, Bruylant, 1989.
- PALADIN, Livio, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull’eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, v. VI, Milão, 1956, pp. 993-1046.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 2 ed., São Paulo, Atlas, 2001.
- PINARDI, Roberto, *La corte, i giudici ed il legislatore – il problema degli effetti temporali delle sentenze d’inconstituzionalità*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1993.
- PIOVESAN, Flávia, *Proteção judicial contra omissões legislativas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- PIZZORUSSO, Alessandro, *Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 3, maio-agosto de 1989, pp. 269-321.
- POLETTI, Ronaldo, *Controle da constitucionalidade das leis*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante, *Comentários à Constituição de 1946*, t. I, 3 ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1960.
- PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, v. I, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- PRIETO SANCHIS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, in CARBONELL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2. ed., Madri, Trotta, 2005, pp. 123-158.
- \_\_\_\_\_, *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, in *Revista de Ciencias Sociales*, n. 45, 2000, pp. 469-499.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, *A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo*, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 7, janeiro-março de 1947, pp. 52-80.

- RAMOS, Elival da Silva, *Contrôle juridictionnel de politiques publiques: l'effectivité des droits sociaux sous la Constitution brésilienne de 1988*, in VII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Constitucional, Atenas, junho de 2007. Texto disponível em [www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Pr of.%20Elival%20da%20Silva%20Ramos.pdf].
- \_\_\_\_\_, *A inconstitucionalidade das leis*, São Paulo, Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_, *Necessidade de regulamentação constitucional*, in Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito constitucional e Ciência Política, n. 18, 1997, pp. 54-59.
- \_\_\_\_\_, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, tese de titularidade, São Paulo, 2005.
- \_\_\_\_\_, *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003.
- RÁO, Vicente, *Ato jurídico*, 4 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, 20. ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- REDENTI, Enrico, *Legittimità delle leggi e corte costituzionale*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1957.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, *Constituição e constitucionalidade*, Belo Horizonte, Ed. Lê, 1991.
- ROMBOLI, Roberto, *La tipologia de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental*, in Revista Española de Derecho Constitucional, n. 48, setembro-dezembro de 1996, pp. 35-80.
- SÁ, Fernando Augusto de, *Abuso de direito*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos do Ministério das Finanças, 1973.
- SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.
- SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, 16 ed., São Paulo, Saraiva, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*, in Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 57, outubro-dezembro de 2006, pp. 5-48.

- SARMENTO, Daniel, *Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 212, abril-junho de 1998, pp. 27-40.
- SILVA, Luis Virgílio Afonso da, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, tese de titularidade, São Paulo, 2005.
- SOUZA, António Francisco de, “*Conceitos indeterminados*” no direito administrativo, Coimbra, Almedina, 1994.
- STRECK, Lenio Luiz, *Comentários à reforma do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- SUMMERS, Robert, *Two types of substantive reasons: the core of a theory of common-law justification*, in *Cornell Law Review*, v. 63, n. 5, junho de 1978, pp. 707-788.
- SUNDFELD, Carlos Ari, *Fundamentos de direito público*, 4 ed., São Paulo, Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Inconstitucionalidade por desvio de poder legislativo*, in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 8, julho-setembro de 1994, pp. 131-156.
- TÁCITO, Caio, *Comentário – anulação de leis inconstitucionais*, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 59, janeiro-março de 1960, pp. 339-350.
- \_\_\_\_\_, *Desvio de poder legislativo*, in *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, 1993, pp. 62-68.
- \_\_\_\_\_, *O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais*, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 188, abril-junho de 1992, pp. 1-13.
- \_\_\_\_\_, *Estado-membro – bloqueio de contas bancárias – desvio de poder legislativo*, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 172, abril-junho de 1988, pp. 239-244.
- \_\_\_\_\_, *Lei municipal – horário de trabalho – desvio de poder*, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 164, abril-junho de 1986, pp. 455-461.
- \_\_\_\_\_, *Previdência privada: desvio de poder e ato legislativo*, in *Revista de Direito Público*, n. 100, outubro-dezembro de 1991, pp. 5-17.
- TARUFFO, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975.
- TAVARES, André Ramos, *Teoria da Justiça Constitucional*, tese de livre-docência, São Paulo, 2003.
- VERHEIJ, Bart e HAGE, Jaap, *States of Affairs, Events, and Rules: an Abstract Model of the Law*, in *Legal Knowledge Based Systems. JURIX: The Tenth Conference*,



Nijmegen, 1997, pp. 3-20. Texto disponível em  
[<http://www.ai.rug.nl/~verheij/publications/pdf/júrix97.pdf>].

VILANOVA, Lourival, *Causalidade e relação no direito*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1989.

VITA, Anna de, *I valori costituzionali come valori giuridici superiori nel sistema francese*, in PIZZORUSSO, Alessandro e VARANO, Vincenzo (org.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, t. II, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1985, pp. 1159-1230.

WRIGHT, Georg Henrik Von, *¿Hay una lógica de las normas?*, in *Doxa*, n. 26, 2003, pp. 31-52.

\_\_\_\_\_, *Norma y acción*, trad. GARCIA FERRERO, Pedro, Madrid, Tecnos, 1970.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Le decisioni delle questioni di legittimità costituzionale sulle leggi*, in BESSONE, Mario e GUASTINI, Riccardo, *La regola del caso – materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, Cedam, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

## JURISPRUDÊNCIA DO STF<sup>331</sup>

- ADC-MC 9
- ADC-MC 12
- ADI 74
- ADI 1.753-2
- ADI 1.969
- ADI 2.649
- ADI 3.105
- ADI 3.430
- ADI 3.741
- ADI-MC 1.946
- ADI-MC 2.667
- ADPF 101
- AI 401.337
- AI 610.553-1
- AI-AgR 477.954-8
- AI-AgR-ED 158.725
- HC 76.853
- HC 82.424
- HC 82.959
- HC 83.996
- MS 23.780
- RE 2.012
- RE 20.210
- RE 62.731
- RE 147.776-8
- RE 153.531
- RE 158.564
- RE 177.137
- RE 179.170
- RE 181.599
- RE 193.749
- RE 204.187
- RE 204.193
- RE 237.718
- RE 407.688
- RE 413.782
- RE 446.999
- RE 500.171
- RE 559.882-9
- RE 578.562
- RE 579.951
- RE-AgR 258.088
- RE-AgR 503.402
- RMS 7.243
- RMS 16.912
- RP 1.417
- STA-AgR 118-6

---

<sup>331</sup> Fonte: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)