ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 255-271, ISSN 1510-4974

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

Leonardo Martins (Brasil)*

Igualdade e liberdade na justiça constitucional: cortes constitucionais entre *self-restraint* e vínculo ao direito constitucional positivo

RESUMO

Igualdade e liberdade como direitos fundamentais tendem a agravar os problemas decorrentes do ativismo judicial, quando não se realiza um esforço de compreensão de tais direitos como normas jurídicas vinculantes, mas, ao contrário, se realiza um debate inócuo em torno da competência da corte suprema ou constitucional positivada na Constituição para a realização do controle de constitucionalidade. Entre os extremos do ativismo judicial, como resposta a omissões legislativas inconstitucionais, e *"self-restraint"*, como abdicação inconstitucional da competência para o controle, o presente artigo propõe uma investigação minuciosa dos parâmetros constitucionais dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade tendo em vista o que o titular do respectivo direito pode fazer valer contra o Estado, dos limites constitucionais de tais direitos e do modo de justificação da imposição dos limites que há de atender em cada caso ao critério da proporcionalidade. O resultado é o estabelecimento dos limites de racionalidade do instrumentário jurídico.

Palavras-chave: direitos fundamentais, tribunais constitucionais, competência de tribunais, controle de constitucionalidade, princípio de proporcionalidade, Constituição política, jurisprudência comentada, Alemanha, Brasil.

ZUSAMMENFASSUNG

Gleichheit und Freiheit können als Grundrechte die laufenden Probleme der Tätigkeit der Justiz tendenziell verschärfen, wenn nicht der Versuch unternommen wird, diese Rechte als verbindliche Rechtsnormen zu verstehen. Andernfalls ergibt sich eine nutzlose Debatte um die Zuständigkeit des obersten oder Verfassungsgerichts zur Durchführung der Kontrolle der Verfassungskonformität, wie sie in der Verfassung festgelegt ist. Zwischen den Polen des gerichtlichen Eingreifens infolge von verfassungswidrigen Unterlassungen des Gesetzgebers und dem *"self-restraint"* als nicht verfassungsgemäßer Aufgabe der Kontrollkompetenz schlägt die vorliegende Arbeit eine eingehende Untersuchung der Verfassungsmaßstäbe für die Grundrechte auf Freiheit und Gleichheit vor, wobei zu berücksichtigen ist,

* Mestre (LL.M.) e Doutor em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin. Pós-doutorado pelo Hans-Bredow-Institut para a Pesquisa da Comunicação Social da Universität Hamburg e pelo Erich Pommer Institut - economia e direito da comunicação social da Universität Potsdam (fellow da Fundação Alexander von Humboldt). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

was der Träger des Rechtsguts gegenüber dem Staat geltend machen kann, welche verfassungsmäßigen Grenzen diesen Rechten gezogen sind und wie die Festlegung von Grenzen, die in jedem Fall dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu folgen hat, begründet wird. Das Ergebnis ist die Festlegung der Grenzen der Zweckdienlichkeit des juristischen Instrumentariums.

Schlagwörter: Grundrechte, Verfassungsgerichte, Kompetenz der Gerichte, Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Verfassung, kommentierte Rechtsprechung, Deutschland, Brasilien.

ABSTRACT

Equality and freedom as basic rights tend to aggravate the problems of court activism when there is no effort to understand such rights as binding legal rules; instead, an innocuous debate is held about the jurisdiction of the supreme or constitutional court commissioned by the Constitution to carry out judicial review. Between the two extremes of judicial activism, as a response to unconstitutional legislative omissions and self-restraint as an unconstitutional abdication of power, this paper presents detailed research on the constitutional parameters of the fundamental rights of freedom and equality. The research takes into account the rights of the holders of these rights to enforce them against the state, the constitutional limits of such rights, and justification of these limitations considered from the point of view of proportionality criteria. The result is the establishment of rational limits of juridical tools.

Keywords: fundamental rights, constitutional courts, court jurisdiction, constitutionality control, proportionality principle, political Constitution, annotated jurisprudence, Germany, Brazil.

1. Introdução: Tendências da discussão em torno da legitimação de cortes constitucionais, ativismo judicial e *self-restraint*

Muito mais do que a parte organizacional das constituições é a parte relativa aos direitos fundamentais que suscita os maiores problemas em termos de limitação de competências da corte constitucional em face da competência do Legislativo para, com base democrática, indicar os rumos de uma sociedade. O ativismo judicial – que no Brasil por uns é saudado[1] tendo em vista omissões dos poderes legislativo e executivo, e por outros é visto com no mínimo ceticismo[2] ou como intromissão indevida, se não inconstitucional, na esfera de competência das instâncias eminentemente políticas – tem cada vez mais conjuntura.

Há uma problemática tendência a se identificar diagnósticos opostos como estes com certas teorias dos direitos fundamentais também com premissas muito divergentes entre si, como são a teoria liberal, de um lado, e as teorias social-democrata,

[1] Cfr., por exemplo, Binenbojm, 2004: 246, para quem o exercício da jurisdição constitucional se aproxima do ideal de uma efetiva democracia, na medida em que mesmo decisões contramajoritárias podem ser consideradas democráticas. Mais diferenciado, reconhecendo alguns problemas e distinguindo com propriedade entre judicialização decorrente do sistema normativo constitucional e ativismo como engajamento excessivo de juízes, manifesta-se Barroso, 2009: "o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema".

[2] Cfr. por exemplo: Vieira, 2008.

institucionalista e principiológica, de outro. Nos casos extremos, chega-se a uma espécie de "trincheirização" das teorias que acabam por refletir o posicionamento político-ideológico de seus adeptos, no embate entre auto-entendimentos classificados nas costumeiras categorias conservador X progressista, (neo)liberal X social democrata, esquerda X direita.

Ao par de tais classificações, absolutamente improdutivas, está o dilema da obrigação de uma corte, de controlar os atos do legislador com base em parâmetros constitucionais dotados de pouca "densidade normativa" como são os parâmetros das normas definidoras dos direitos fundamentais, em especial dos direitos fundamentais matrizes à liberdade e à igualdade, sem que, em contrapartida, outra instância de poder político ou estatal o controle. Com efeito, o sistema de freios e contrapesos, arraigado há dois séculos nos sistemas político-constitucionais ocidentais, encontra neste ponto seus limites, pois não há quem controle o controlador no que tange ao exame de constitucionalidade de leis e atos do poder público em geral, incluindo decisões judiciais das instâncias específicas.[3] No extremo oposto, também um *self-restraint* exacerbado pode significar abdicação irresponsável de competência de controle.

A presente explanação visa a demonstrar que o referido dilema pode ser evitado quando há um esforço maior da corte, da pesquisa e da literatura jurídicas, que devem acompanhá-lo criticamente, para se interpretar as normas de direito fundamental de maneira jurídico-dogmaticamente correta. Há muito ultrapassado está o discurso de que as normas de direito fundamental representam meros programas e diretrizes que devem nortear a ação do Estado, tendo por consequência uma mera esperança de que o legislador as regulamentará, criando as condições jurídicas e materiais (organização e procedimento) para o exercício de cada direito.[4] Assim, necessário é partir das normas constitucionais vinculantes, identificar seus alcances e limites normativos para se evitar a redução ou degradação de direitos fundamentais à categoria de "programas", como se correspondessem a uma simples agenda política não vinculante.

Na contramão deste objetivo, promover uma discussão incessante em torno da legitimidade de cortes constitucionais representa um equívoco ou pelo menos um erro estratégico, pois o trabalho especificamente jurídico-constitucional acaba por

[3] As chamadas, na literatura jurídica alemã, *Fachgerichte*. Neste caso, o problema não se coloca como invasão de uma função estatal em outra, principalmente no sistema difuso do controle normativo, mas é de natureza orgânico-judiciária. Porém, a falta de clareza sobre a partir de que ponto o juiz natural constitucional pode ser chamado também gera instabilidade, enfraquecendo a força normativa da Constituição, além de comprometer a capacidade funcional de uma corte suprema na medida em que uma constitucionalização excessiva de todo o ordenamento acaba com a fronteira entre direito constitucional e direito infraconstitucional, podendo qualquer ação chegar até a corte suprema.

[4] Como se sabe, o caso mais eloqüente de normas constitucionais desclassificadas à categoria de normas programáticas foi o capítulo de direitos sociais da Constituição da República de Weimar. A resposta do constituinte alemão de 1949 foi justamente retirar do texto constitucional os direitos fundamentais sociais, substituindo-os pela consagração do princípio do Estado social e delegando ao legislador ordinário o dever de criar organização e procedimento para sua realização.

vezes ficando em segundo plano.[5] Neste mesmo sentido, ineficazes também são certas hipertrofias teóricas e processuais constitucionais como a que se observa na doutrina constitucional contemporânea. A legitimação de cortes constitucionais está claramente presente: deriva das normas constitucionais vinculantes. As discussões (jus)sociológicas e de ciência política são relevantes quando se pretende lançar um olhar externo ao sistema jurídico, bem-vindo precipuamente para se chegar a certas políticas jurídicas tendo em vista municiar o processo legislativo com informações necessárias a uma legislação coerente e eficiente. Porém, no momento de se avaliar pontualmente a correção de uma decisão judicial constitucional, o debate em torno de questões justeóricas e sóciopolíticas não parece promissor. Em todo caso, não dispensam o operador jurídico do dever de fundamentação metodológica e jurídico-dogmaticamente rigorosa.[6]

Para se atingir o objetivo de se demonstrar alguns descaminhos da discussão contemporânea, a investigação se pautará em dois parâmetros centrais da dogmática dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais à liberdade e à igualdade. Junto a eles, poder-se-á aferir a inconveniência e desnecessidade da discussão em torno da legitimidade de cortes constitucionais.

2. Direito fundamental à liberdade como decorrência do Estado liberal?

Há um clichê sedimentado na literatura das ciências políticas e da ciência constitucional, segundo o qual a ênfase no direito à liberdade seria uma decorrência do Estado liberal em detrimento da igualdade, cuja ênfase decorreria na crise do Estado liberal e ascensão do Estado social.

Em primeiro lugar, os adeptos deste clichê confundem os efeitos jurídicos específicos do direito à igualdade, que podem ser traduzidos em termos simples como a resistência a tratamento desigual desmotivado, com os efeitos dos direitos sociais que implicam prestações estatais.

Em segundo lugar, a classificação de direitos em "gerações"– a liberdade como direito central da dita primeira geração, e os direitos sociais (e para alguns também os de igualdade) como elementos da segunda geração de direitos – é equivocada por duas razões principais: a inexatidão histórica, uma vez que nos primeiros documentos constitucionais também direitos sociais foram outorgados, além da sucessibilidade sugerida pelo termo "geração", uma vez que uma geração se torna obsoleta até que ceda espaço completamente à geração seguinte.[7] Parece óbvio, no entanto, que tanto os direitos de liberdade em si quanto suas garantias judiciais em face de intervenções estatais são um problema ainda hoje muito recorrente.

---

[5] Não há consenso sobre alguns procedimentos do controle abstrato como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. No julgamento pelo STF da ADPF 54, por exemplo, foram publicadas mais de 200 páginas sobre a discussão da admissibilidade dessa ação constitucional enquanto o mérito (inconstitucionalidade do sancionamento penal de abortos de fetos anencéfalos) ainda não foi decidido já passados anos.

[6] Schlink, 1980: 89 s.

[7] Cfr. Dimoulis e Martins, 2007: 32-36.

Por isso, a abordagem histórico-descritiva dos direitos fundamentais de liberdade dominante no Brasil com forte tendência ideologizante, na medida em que se enxerga nos direitos fundamentais de liberdade mera decorrência do modelo liberal de Estado, deve ceder espaço à abordagem jurídico-dogmática que leve em consideração a análise do conteúdo, dos efeitos e dos limites do direito fundamental à liberdade.

2.1. Conteúdo do direito fundamental à liberdade: área de proteção normativa

A Constituição Federal brasileira garante em seu art. 5º *caput*, como segundo direito nomeado, a inviolabilidade do direito fundamental à liberdade. O que significa garantir o "direito à liberdade"? Não é a defesa da liberdade em geral a meta de toda a ordem jurídico-constitucional?

Essa reflexão revela o caráter geral do direito à liberdade, uma vez que ele cabe a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, e também o seu caráter genérico, pois definir a área de proteção[8] deste direito é tarefa muito árdua. Com efeito, o direito à liberdade parece abranger tudo o que é garantido pela Constituição e pelo ordenamento jurídico infraconstitucional.

Esta primeira impressão não é destituída de sentido. Não leva, entretanto, o intérprete e operador do direito à solução de conflitos que envolvam o direito individual de liberdade e outros bens jurídico-constitucionais.

O primeiro elemento para a aferição do sentido de se garantir no *caput* do art. 5º da CF o direito à liberdade é o sistemático. Segundo o dispositivo em pauta, garante-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a "inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:" Isso significa que os 78 incisos do art. 5º irão concretizar estas garantias gerais, especificando-as e/ou limitando-as. Sabe-se que os incisos enquanto *lex specialis* não podem garantir mais do que o que foi garantido no *caput* do art. 5º. Mas isto não significa que os direitos garantidos no *caput* não tenham um conteúdo próprio específico.

Resta, assim, investigar qual seria tal conteúdo autônomo do direito à liberdade que não vem especificado nos incisos do art. 5º da CF.

Alguns direitos fundamentais como aqueles relativos aos direitos de personalidade, tutelados pelo inciso X, os direitos à intimidade e à esfera privada, representam claras concretizações do direito à liberdade, pois atribuem ao seu titular o resguardo de uma esfera íntima e/ou privada da personalidade, o que, concretamente falando, irá lhe possibilitar o livre arbítrio de só permitir que as informações destas esferas cheguem a quem lhe aprouver.

[8] A área ou âmbito de proteção (*Schutzbereich*) é conceito central da dogmática dos direitos fundamentais que designa os comportamentos e/ou situações jurídicas tuteladas em face do poder público. A respeito de sua utilização na interpretação da CF brasileira, vide Dimoulis e Martins, 2007: 136 s. Sobre a recepção em geral pela doutrina brasileira de conceitos jurídico-dogmáticos importados da discussão alemã, v. Sarlet, 2005.

Partindo desta relação sistemática, poder-se-ia falar em *conteúdo subsidiário* do direito à liberdade, garantido pelo *caput* do art. 5º da CF, ou seja, qualquer aspecto da liberdade humana que não entrasse em áreas de proteção específicas (liberdade profissional, liberdade de locomoção etc.) seria subsidiariamente tutelado pelo direito fundamental à liberdade, tal qual estatuído no *caput* do art. 5º da CF.

Em face das dificuldades apontadas, há de se observar o que vem sendo desenvolvido pela teoria geral dos direitos fundamentais, não só pátria como precipuamente a comparada. Segundo uma das teorias adotadas,[9] o conteúdo autônomo do direito à liberdade abrangeria somente o que fosse relevante para o desenvolvimento da personalidade humana. Secundariamente, o direito à liberdade abrangeria também a liberdade geral de ação humana.

2.1.1. Desenvolvimento da personalidade

Muita coisa é relevante para o desenvolvimento da personalidade humana. Em primeiro lugar, tem-se um *status negativus ou status libertatis* como efeito original de obrigar o Estado a uma abstenção, tendo o titular uma pretensão de resistir à intervenção do Estado. Liberdade sempre foi, em primeira linha, liberdade de ou contra certas coerções. Quando o constituinte quis proteger a liberdade em sentido positivo, garantindo seus pressupostos (*status positivus*), ele o fez expressamente.

Quando se descreve o conteúdo normativo de um direito fundamental de resistência, chega-se à aferição dos limites que o Estado deve observar em face do direito fundamental à liberdade, que implica, parafraseando o pendante normativo da *Grundgesetz*, a concretização de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

De forma genérica, pode-se dizer que a área de proteção normativa abrange uma faculdade específica do titular do direito, correspondendo à situação jurídica ou a comportamentos que devem ser investigados em face de cada direito fundamental; no caso do direito fundamental à liberdade, pode-se dizer que esta faculdade específica é a autonomia como elemento central da integridade da personalidade ou identidade construída pelo próprio titular do direito. Autonomia ou capacidade de autogoverno é o atributo por excelência da personalidade humana, que classicamente corresponde ao conceito de liberdade geral.

A autonomia encontra seus desdobramentos em três modos de desenvolvimento da personalidade do titular do direito, quais sejam: na autodeterminação

[9] O binômio direitos gerais de personalidade / liberdade comportamental é amplamente utilizado na interpretação do art. 2 I GG, segundo o qual "todos têm o direito ao livre desenvolvimento da personalidade…". Dreier, 2004: 303 s., em seus comentários ao dispositivo da Grundgesetz, traduz tal binômio na liberdade comportamental ativa (liberdade geral de ação) e na proteção da integridade da personalidade como resultado da liberdade comportamental (direitos da personalidade). Uma opinião minoritária defendida há meio século por Peters, 1963: 49 e atualizada com melhores argumentos pelo ex-juiz do TCF, Dieter Grimm, em famoso voto discordante na decisão "Reinten im Walde" (v. a respeito: Martins, 2005: 228-233) não reconhece qualquer comportamento lícito como a priori protegido, mas tão somente os que forem relevantes para o desenvolvimento da personalidade.

sobre os próprios destinos e a própria personalidade, na auto-conservação e na auto-exposição.[10]

A autodeterminação diz respeito ao direito do titular de livremente determinar sua identidade. Por isso, ela alcança, entre muitas outras, a escolha de uma profissão, a prática do livre arbítrio nas mais variadas áreas sociais, como na família (casar-se ou não casar-se, ter ou não ter filhos, separar-se ou não separar-se). A autodeterminação alcança também a livre escolha no âmbito íntimo da sexualidade: ser ou não ser homo, bi- ou heterossexual, ser ou não ser monogâmico etc.[11] No último caso, a autodeterminação em princípio existe, ainda que o direito de família vede a bi ou poligamia, pois tais escolhas em princípio fazem parte da área de proteção do direito à liberdade entendido como direito ao livre desenvolvimento da personalidade ou, na pior das hipóteses, como liberdade geral de ação. Por isso, as normas do direito de família devem ser entendidas como intervenções estatais legislativas nesse aspecto da área de proteção do direito fundamental à liberdade. Tais intervenções poderão, após análise e aplicação sistemática dos limites constitucionais ao direito fundamental à liberdade, restar justificadas.

A auto-conservação refere-se aos fenômenos relacionados com a possibilidade de escolha do indivíduo em face da alienabilidade de suas informações pessoais, ou seja: é o direito à manutenção do segredo, o direito de estar só consigo mesmo e/ou definir quais pessoas participarão da informação pessoal.[12] Concretizações típicas são o direito à intimidade, à privacidade; em parte, o direito à imagem (na sua versão defensiva), etc. Muitos destes direitos foram garantidos por outros incisos concretizadores do direito à liberdade, como o já mencionado inciso X, além do inciso XII, que protege o sigilo postal e das telecomunicações;

A auto-exposição se refere ao direito de cada um de se expor publicamente do modo como bem lhe convier. Aqui são encontrados desdobramentos como o direito à própria imagem e à honra pessoal em suas versões externas, o direito à própria voz que implica na faculdade do titular permitir ou não que sua voz seja veiculada nos veículos de comunicação social, o direito de só se ver publicadas fotos com cuja publicação o titular concorde, o direito à autodeterminação sobre dados pessoais, etc.[13]

2.1.2. Liberdade geral de ação

Toda ação estatal pode ainda atingir a liberdade geral de ação do indivíduo. A liberdade geral de ação engloba todo comportamento individual, que deve ser, em princípio, livre de coerções estatais.

A liberdade geral de ação representa o exemplo mais claro de subsidiaridade do direito à liberdade, tal qual garantido pelo art. 5º *caput,* pois tudo o que não for

[10] Essa tripartição foi adotada por Pieroth e Schlink, 2008: 87-89.

[11] Neste caso há intersecções tanto com a liberdade geral de ação (ex. resistência contra lei penal que sancione o comportamento homossexual) quanto com o aspecto da auto-conservação. Cfr. Dreier, 2004: 311 s.

[12] Vide os muitos exemplos trazidos da jurisprudência constitucional alemã por Pieroth e Schlink, 2008: 87 s.

[13] Mais exemplos em Pieroth e Schlink, 2008: 88.

especificamente tutelado o será pelo direito à liberdade. Por ser subsidiário, o direito à liberdade assegura que a proteção constitucional não apresente nenhuma lacuna.

O reconhecimento da liberdade geral de ação traz consigo dois problemas:

Em primeiro lugar, todo o ordenamento infraconstitucional poderia ser considerado matéria constitucional em razão de tal entendimento do *caput* do art. 5º, comprometendo a autonomia principalmente do direito privado, porque ele todo interfere na liberdade geral de ação do indivíduo. A legalidade em si, e com isso todos os direitos subjetivos garantidos pela lei civil, seria alçada ao nível constitucional. Um instrumento de proteção individual concreta de direitos fundamentais como a reclamação constitucional alemã (*Verfassungsbeschwerde*) se transmutaria em controle normativo abstrato suscitado por qualquer titular que não concorde com uma legislação.[14] Qualquer revogação ou derrogação representaria imediatamente um problema constitucional.

No campo do direito penal, o problema poderia ser ainda maior. Levado às últimas consequências, a área de proteção abrangeria até mesmo um direito ao homicídio. Mas, neste campo do direito penal trata-se de uma questão meramente acadêmica: mesmo que consideremos o homicídio como exercício do direito fundamental à liberdade consoante o art. 5º *caput* da CF, possibilidade que em tese só pode ser excluída de modo político-filosófico, principalmente com base nas clássicas teorias contratualistas (Hobbes, Rousseau e outros), a intervenção estatal pela via do direito penal restaria sempre justificada. Ademais, na colisão entre o dever de tutela estatal de proteção à vida[15] e um suposto direito ao homicídio, o questionamento pela adequação e necessidade do meio utilizado para a satisfação do propósito da liberdade não chegaria a ser feito, porque o Estado teria antes que cumprir o seu dever de tutela.

Em segundo lugar, e como consequência direta da aludida transmutação de procedimento de defesa de direito individual em controle normativo abstrato, a falta de limites à possibilidade de ajuizamento de uma ação constitucional leva inexoravelmente a grande quantidade de ações constitucionais e seus sucedâneos, o que pode comprometer seriamente a capacidade funcional de qualquer corte.

Não há saída satisfatória para este problema. Não reconhecer de plano a existência do direito à liberdade geral de ação também contrariaria o teor do art. 5º *caput* da CF. A doutrina constitucional alemã[16] sugere que, neste caso, o conceito de intervenção estatal na área de proteção de direito fundamental volte às suas raízes clássicas, isto é: que se exija a presença de um ato *imperativo* do poder público, que atinja a liberdade geral de ação de modo intencional, direto e por ato jurídico formal.

Esta medida excluiria a possibilidade de "violações fáticas", ainda não implementadas por ato administrativo e/ou não intencionais. Questionável ela seria se a criação de tipos penais não atendesse ao requisito da intervenção imediata. Porém, não faria

---

[14] Problema ressaltado pelo juiz Grimm em seu voto discordante. V. BVerfGE 80, 137 (164-170) e Martins, 2005: 231.

[15] Sobre o dever estatal de tutela e suas implicações dogmáticas: Dimoulis e Martins, 2007: 121-131.

[16] Cfr. BVerfGE 39, 1 e BVerfGE 88, 203. V. os excertos, anotações e comentários em Martins, 2005: 266 ss. e 273 ss.

sentido deixar de considerar uma nova norma penal como intervenção estatal por não atender a esse requisito só porque se trata da cominação penal de uma conduta que pode ser considerada como fazendo parte da área de proteção de direito fundamental e não da aplicação da pena. A cominação ou ameaça de pena já representa uma intervenção imediata, cumprindo este requisito.

Tem-se, no caso, problema semelhante ao que ocorre com os poucos direitos fundamentais outorgados sem limitação expressa: podem certas condutas consideradas ilícitas ser excluídas de plano da área de proteção do direito fundamental à liberdade? Não é a determinação em si da licitude da conduta feita pelo legislador penal o objeto (e não parâmetro!) do exame de constitucionalidade em face do direito fundamental à liberdade?

Há principalmente dois complexos temáticos que elucidam essa questão: a avaliação constitucional da criminalização do aborto, uma vez que a conduta da grávida decorrente de sua decisão (autonomia) pela interrupção da gravidez faz parte da área de proteção do direito fundamental à liberdade,[17] e a avaliação constitucional da criminalização do porte e comércio de substâncias entorpecentes, uma vez que a opção pelo uso de substâncias consideradas nocivas à saúde individual e pública faz parte também da área de proteção do direito fundamental à liberdade.

Em razão dos necessários limites de extensão da presente exposição, opta-se pela análise do segundo caso a partir de uma conhecida decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Na decisão alcunhada *Cannabis,*[18] o TCF precisou decidir sobre representações judiciais de controle normativo concreto provenientes do Tribunal Estadual de Frankfurt e reclamações constitucionais de condenados por crime de porte de canábis. O parâmetro de julgamento foi o Art. 2 I GG; os controles e reclamações propostos atacavam a constitucionalidade do sancionamento penal ao porte da substância porque no seu entendimento tal sancionamento representaria uma violação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade na acepção de autodeterminação ou, na pior das hipóteses, de liberdade geral de ação. O TCF entendeu, em síntese, que, embora o Art. 2 I GG proteja qualquer forma de ação humana, não englobaria o direito de "ficar

[17] Cfr. BVerfGE 90, 245 e Martins, 2005: 248-264.

[18] BVerfGE 90, 145 (171 s.): "O Art. 2 I GG protege qualquer forma de ação humana, sem considerar a importância da atividade para o desenvolvimento da personalidade (cf. BVerfGE 80, 137 [152]). Absolutamente protegido e, com isso, retirado da ingerência do poder público, entretanto, existe apenas um âmbito nuclear da conformação da vida privada. A relação com drogas, especialmente a ação de se entorpecer, não pode ser aqui incluída, devido aos seus diversos efeitos, às diversas interações sociais que ela implica. No mais, a liberdade geral de ação só é garantida nos limites do segundo semi-período do Art. 2 I GG, estando, assim, especialmente sob a reserva da ordem constitucional (cf. BVerfGE 80, 137 [153]). […].

"Segundo esse princípio [da proporcionalidade], uma lei que restringe o direito fundamental deve ser adequada e necessária para o alcance do propósito almejado. Uma lei é adequada, se o propósito almejado puder ser promovido com o seu auxílio; é necessária, se o legislador não puder selecionar outro meio de igual eficácia, mas que não restrinja, ou que restrinja menos, o direito fundamental." Cfr. Martins, 2005: 252-253.

em êxtase" (*Recht zum Rausch*).[19] Ainda que se admitisse tal direito como parte da liberdade geral de ação, a intervenção estatal, consubstanciada na previsão e aplicação concreta de pena privativa de liberdade (intervenção no Art. 2 I c.c. Art. 2 II 2 GG), restaria constitucional, uma vez que seria proporcional em sentido estrito. Assim, de forma não muito explícita, o TCF admitiu que o "portar" para uso próprio substâncias entorpecentes como a canábis faria parte da liberdade geral de ação como elemento subsidiário de proteção do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. A admissão é implícita na medida em que o TCF avaliou a proporcionalidade da intervenção legislativa penal, pois somente se aplica o critério da proporcionalidade como limite de a competência do legislador limitar a área de proteção do direito quando o direito *prima facie* existe. Caso contrário, o exame de constitucionalidade já se encerra pela mera verificação de que o comportamento pretendido não corresponde à área de proteção do direito.

A Constituição brasileira, assim como a *Grundgesetz* alemã, é uma constituição das liberdades juridicamente ordenadas,[20] que servem de parâmetro inclusive para o legislador penal. Excluir de plano do controle de constitucionalidade a decisão política de criminalizar certas condutas acarretaria a relativização total do vínculo do legislador penal com os direitos fundamentais, incluindo o direito fundamental à liberdade que oferece a referida proteção subsidiária.

2.2. Limites constitucionais ao direito fundamental à liberdade e legitimação jurídico-constitucional de sua imposição concreta

Por ser um direito fundamental outorgado, como visto tão amplamente, sua imposição concreta esbarra em muitos bens jurídicos coletivos e outros especificamente constitucionais, de tal sorte que do texto constitucional podem ser depreendidos limites na forma de reservas de lei ou do direito constitucional colidente.[21] Não há espaço aqui para uma ampla investigação de tais limites. Para efeitos dos objetivos da presente exposição, basta salientar que a específica imposição de cada limite deve observar o

[19] BVerfGE 90, 145 (171 s.): "O Art. 2 I GG protege qualquer forma de ação humana, sem considerar a importância da atividade para o desenvolvimento da personalidade (cf. BVerfGE 80, 137 [152]). Absolutamente protegido e, com isso, retirado da ingerência do poder público, entretanto, existe apenas um âmbito nuclear da conformação da vida privada. A relação com drogas, especialmente a ação de se entorpecer, não pode ser aqui incluída, devido aos seus diversos efeitos, às diversas interações sociais que ela implica. No mais, a liberdade geral de ação só é garantida nos limites do segundo semi-período do Art. 2 I GG, estando, assim, especialmente sob a reserva da ordem constitucional (cf. BVerfGE 80, 137 [153]). […].

"Segundo esse princípio [da proporcionalidade], uma lei que restringe o direito fundamental deve ser adequada e necessária para o alcance do propósito almejado. Uma lei é adequada, se o propósito almejado puder ser promovido com o seu auxílio; é necessária, se o legislador não puder selecionar outro meio de igual eficácia, mas que não restrinja, ou que restrinja menos, o direito fundamental." Cfr. Martins, 2005: 252-253.

[20] Sobre o conceito de inspiração neokantiana e sua aplicação jurídico-dogmática, v. Poscher, 2003.

[21] Sobre tais figuras dogmáticas vide Dimoulis e Martins, 2007: 153 ss., 163 ss.

seu limite decorrente da própria natureza dos direitos fundamentais,[22] do princípio do Estado de direito[23] ou, conforme a opinião mais autorizada, do vínculo do legislador com os direitos fundamentais.[24] Metodologicamente falando, vislumbrou-se no princípio ou critério da proporcionalidade uma forma correta de se justificar uma intervenção estatal na área de proteção de um direito fundamental com base em um limite constitucional.

O critério da proporcionalidade, quando corretamente aplicado pela corte constitucional, pode representar o uso da competência de controle em sua extensão constitucional. A retórica do *self-restraint* funciona em certos casos, conforme aludido introdutoriamente, como uma abdicação irresponsável de competência constitucional de controle. Na já mencionada decisão *Cannabis* do TCF alemão, esse "comedimento" adquiriu a seguinte forma:

> Na avaliação da adequação e da necessidade do meio escolhido para o alcance dos objetivos buscados, bem como na avaliação e prognóstico a serem feitos […] dos perigos que ameaçam o indivíduo ou a comunidade, cabe ao legislador uma margem [discricionária] de avaliação, a qual o Tribunal Constitucional Federal – dependendo da particularidade do assunto em questão, das possibilidades de formar um julgamento suficientemente seguro e dos bens jurídicos que estão em jogo – poderá revisar somente em extensão limitada.

É claro que essa margem discricionária do legislador deve ser respeitada pela corte constitucional. Porém, quando a corte admite que a conduta faça parte da área de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ao contrário do que seriam outras condutas com potencial anti-social tão evidente como condutas tipificadas dos crimes contra o patrimônio, a vida, a incolumidade física ou a fé pública, não há como deixar de avaliar com a devida intensidade se as políticas antidrogas usadas têm ao menos fomentado seus propósitos (critério da adequação), ou se, em sendo adequadas, não existem alternativas também adequadas, mas menos onerosas para a liberdade atingida (necessidade).

Trata-se de um exame complexo que só pode ser feito com o auxílio de outras ciências sociais aplicadas e biomédicas. O TCF resolveu a questão julgando improcedentes as reclamações e confirmando a constitucionalidade da tipificação penal (ainda que sua aplicação em alguns casos com menor potencial lesivo – critério da quantidade – tenha sido considerada desproporcional e, portanto, violadora do art. 2 I c.c. art. 2 II 2 GG), com base no critério da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação. Este critério, porém, não atende aos parâmetros mínimos de racionalidade jurídica,

[22] É, como fundamenta o TCF, o critério da proporcionalidade. V., por exemplo, BVerfGE 65, 1 (44) e Martins, 2005: 233-244.

[23] V, por exemplo, na doutrina brasileira: Mendes, 1999: 43.

[24] Dimoulis e Martins, 2007: 181 ss.

pois ponderar entre bens jurídicos, entre princípios que no caso concreto teriam uma decisiva dimensão do peso ou importância, deve ser reservado à instância legislativa.[25]

3. Direito fundamental à igualdade como decorrência do Estado social?

Já se adiantou acima a resposta à pergunta epigrafada. Aqui cabe uma complementação.

Os autores, que identificam o direito à igualdade com o advento do chamado Estado social, distinguem entre igualdade formal (igualdade perante a lei, igualdade na aplicação da lei) e igualdade material (igualdade na criação da lei). Esta distinção é procedente, porém não implica a consequência pretendida pelos adeptos da abordagem histórico-descritiva.

Com efeito, mesmo a igualdade material a ser forjada precipuamente pelo legislador a partir da positivação de políticas afirmativas, segue a mesma lógica dos direitos fundamentais de liberdade. Estes encontram seus limites expressos em disposições constitucionais específicas, as reservas legais, ou em outros bens jurídico-constitucionais que concretamente impliquem necessárias restrições ao exercício ilimitado das liberdades. *Mutatis mutandi* (ao invés de em intervenções estatais, fala-se em tratamentos desiguais), é o que ocorre também com o direito fundamental à igualdade, que engloba, em sua plenitude de efeitos, o que os autores chamam de igualdade material.[26]

3.1. Relação entre igualdade e liberdade no Estado constitucional democrático de direito

Liberdade e igualdade foram as duas maiores bandeiras do constitucionalismo do séc. XVIII que passaram a integrar o corpo de todas as constituições do tipo ocidental democrático. Normalmente elas aparecem nas constituições lado a lado, como no caso da constituição brasileira. A situação de conflito entre as duas é, porém, sempre latente.

O constituinte não resolveu esse conflito a priori, abstratamente. Tal solução cabe inevitavelmente ao judiciário e, em última ou única instância, dependendo de o sistema de controle normativo de constitucionalidade ser o concentrado ou o difuso, pela corte suprema ou tribunal constitucional.

Bodo Pieroth e Bernhard Schlink[27] descreveram essa complexa relação da seguinte forma:

> A exigência política do máximo possível em liberdade social entra em conflito com a exigência política do máximo possível em igualdade social: a

[25] Este é justamente o equívoco metodológico perpetrado pela teoria principiológica dos direitos fundamentais. Sobre a crítica e seus fundamentos, vide Martins, 2008.

[26] Isso se reflete claramente no teor do art. 5º, *caput* da CF, no qual a igualdade aparece duas vezes de maneiras muito distintas entre si: "Todos são iguais perante a lei […], garantindo-se […] a inviolabilidade do direito […] à igualdade". Somente a garantia da igualdade engloba a igualdade material porque oponível também em face do legislador.

[27] Pieroth e Schlink, 2008: 103 s.

> liberdade social é também a liberdade agressiva do mais forte, a igualdade social é justamente a igualdade de oportunidades do mais fraco. As garantias fundamentais de liberdade e igualdade, por sua vez, encontram-se lado a lado sem conflitos. Ambas deixam, em larga medida, ao critério do legislador o quanto de possibilidade de ação ele deixará ao mais forte e de proteção ao mais fraco, isto é, o modo de satisfação das exigências políticas opostas. Ao mesmo tempo, as garantias fixam em ambos os lados apenas certos limites. Comum às imposições de limites por intermédio de garantias de liberdade e de igualdade é o fato de tanto a redução da liberdade como o tratamento desigual não poderem ocorrer sem fundamento.

A diferença, como salientam os mesmos autores com base em toda uma tradição constitucional e na jurisprudência do TCF, reside na "técnica jurídica" das garantias: Nos direitos de liberdade questiona-se se a intervenção do Estado na área de proteção do direito pode ser justificada com base em um limite constitucional. No caso dos direitos de igualdade, não há um âmbito da vida social específico, também chamado de área de regulamentação, sobre o qual recairia a específica proteção (área de proteção), por se tratar de uma norma relacional; mas se busca, sim, verificar se houve tratamento desigual e se ele pode ser justificado. É o que se explicitará no tópico a seguir.

3.2. Conteúdo específico do direito fundamental à igualdade: o tratamento desigual e suas razões

Ao contrário dos direitos de liberdade, que asseguram ao seu titular o direito de resistência contra intervenções estatais nas respectivas áreas de proteção, ou seja, contra ações estatais que impossibilitem ou dificultem a manutenção de um *statu quo* (exemplo: direito à propriedade) e, principalmente, a prática do comportamento tutelado pela norma (exemplo: a livre expressão do pensamento segundo o art. 5º IV CF), o direito à igualdade não assegura nenhum comportamento específico, cujo exercício pudesse ser atrapalhado, cuja área de proteção pudesse ser "invadida" pelo Estado. Por isso, não há que se falar em área de proteção e também não em intervenção estatal nesta.

O efeito básico da garantia continua, porém, o mesmo: assegurar ao indivíduo uma posição jurídica de natureza público-subjetiva: o direito de resistir – desta vez não à intervenção na área de proteção de seu direito, mas de resistir ao tratamento desigual perante a lei (aplicação do direito, pelos poderes Executivo e Judiciário) ou pela lei (lei discriminatória injustificada).

3.3. Limites constitucionais e legitimação jurídico-constitucional do tratamento desigual

Um tratamento desigual pelo Estado legislador pode restar justificado se corresponder a um limite constitucional ao direito fundamental à igualdade, e se o método de

limitação pelo legislador atender ao critério da proporcionalidade como um limite ao seu poder de limitar, decorrente, como visto, de seu próprio vínculo ao direito fundamental. O limite pode ser, inclusive, o direito fundamental à igualdade de outrem.

É claro que há uma relação entre direito fundamental à igualdade e o princípio constitucional do Estado social – adotado explicitamente pela *Grundgesetz* sem estabelecer um rol de direitos fundamentais sociais, e implicitamente pela CF brasileira por justamente ter estabelecido tal rol e por outras disposições constitucionais relativas à ordem econômico-social. Assim, em interpretação sistemática com o princípio do Estado social, o direto fundamental à igualdade implica deveres de atuação positiva.

Porém, essa interpretação sistemática não autoriza a conclusão de que o direito fundamental à igualdade (material) seja uma espécie de direito prestacional (de *status positivus*), principalmente porque medidas de fomento de um grupo representa desvantagem para os excluídos, ou melhor, não contemplados pela vantagem, os quais podem resistir ao tratamento desigual. No caso dos direitos prestacionais e sociais não há essa triangulação pontual. Há dever do Estado de agir para a satisfação jurídica e material do direito social.

As ações afirmativas não devem ser reduzidas ao comezinho postulado, há muito conhecido, de se tratar desigualmente os desiguais. Elas podem corresponder – e neste ponto se aproximam dos direitos prestacionais e sociais – a deveres de atuação estatal decorrente do caráter jurídico-objetivo dos direitos fundamentais[28] ou de determinações de metas estatais constitucionais (*Staatszielbestimmungen*).

Porém, esta matéria altamente politizada e que acaba envolvendo cortes constitucionais na seara do ativismo judicial pode ser enfrentada também com o instrumentário jurídico-dogmático. Assim, já o tratar igualmente os desiguais pode ser considerado uma potencial violação do direito fundamental à igualdade por ação (a opção política do legislador seria clara, não se podendo falar em omissão). Quando o tratamento desigual pela instância legislativa for perpetrado, ativa-se o necessário mecanismo de justificação constitucional. Há de se questionar a proporcionalidade de tal tratamento desigual.

A aplicação do critério da proporcionalidade em face de tratamentos desiguais segue a mesma lógica de sua aplicação às intervenções estatais em direitos de liberdade: perscruta-se, primeiro, o propósito do tratamento desigual, que deve ser lícito (muitas vezes decorre do próprio dever do Estado agir em face de direitos de igualdade de terceiros). Em segundo lugar, analisa-se preliminarmente o meio escolhido pelo legislador, que deve ser em si também lícito. Em terceiro lugar, analisa-se a relação de adequação entre meio e propósito para, em quarto lugar, questionar se não existem alternativas igualmente adequadas, porém menos onerosas em face dos direitos de liberdade daquele que sofreu uma desvantagem ou não foi contemplado por uma vantagem. Somente se a medida legislativa passar por esse crivo sucessivo poderá representar um tratamento desigual justificado constitucionalmente.

[28] Cfr. Dimoulis e Martins, 2007: 118-131.

Tanto em face dos direitos de liberdade quanto de igualdade, em havendo dúvidas quanto à proporcionalidade, vale o princípio da prevalência da decisão legislativa por um prognóstico.[29] O ônus argumentativo de demonstração é do Judiciário e das funções essenciais à Justiça (como advocacia e Ministério Público).

4. Problema das omissões legislativas e limites jurídico-dogmáticos da atuação de cortes constitucionais: Algumas conclusões heurísticas

A abordagem perpetrada no último tópico (III.3) procurou demonstrar que os direitos fundamentais à igualdade são operacionalizáveis de maneira diversa dos direitos fundamentais prestacionais. Em face destes, a Constituição prescreve uma ação específica dos poderes públicos, a começar pela necessidade do legislador criar organização e procedimento para sua efetivação. Não se trata, portanto, do ponto de vista jurídico-dogmático, de um problema de igualdade. Não se pode, por exemplo, falar em "omissão parcial" quando o Estado legislador exclui uma determinada categoria de pessoas de um dado benefício. Tem-se neste caso um problema de tratamento desigual potencialmente violador do direito fundamental à igualdade (a conclusão pela violação só será possível após a apreciação dos limites constitucionais à igualdade e da forma de sua imposição).

Dos direitos prestacionais há de se distinguir também os já mencionados deveres estatais de tutela fundamentados em situações de ameaça a direitos fundamentais de resistência provenientes de particulares e que fundamentam um dever de agir preventivo, principalmente do legislador.

Os direitos prestacionais e sociais implicam prestações específicas: moradia para os sem-teto, educação gratuita para todos, em especial para os mais carentes economicamente, o mesmo valendo para os direitos à saúde, ao lazer etc.

Tais direitos obviamente não se concretizam pela técnica da resistência a intervenções estatais, facilmente oponíveis juridicamente com a competência da cassação de validade de ato. Ao contrário: direitos prestacionais implicam obrigação de fazer e, com ela, dependem de políticas específicas, a começar pela política orçamentária.

Uma política orçamentária firmada pelo parlamento, no Brasil pelo Congresso Nacional, faz parte do amplo poder discricionário do Legislativo. Algumas vezes, o STF rejeitou ações diretas de inconstitucionalidade movidas contra lei orçamentária por entender que lhe falta requisito da abstração e generalidade.[30]

Independentemente dessa decisão de natureza preliminar-processual, uma política orçamentária é de fato dificilmente controlável em face dos direitos fundamentais prestacionais e sociais em geral. Nada obstante, a situação de moradores de rua, de analfabetismo, de hospitais públicos insuficientes, entre muitas outras, representam

[29] Cfr. Pieroth e Schlink, 2008: 64 s. e Dimoulis e Martins, 2007: 208 ss.
[30] Por exemplo: STF-ADI 2.925.

cada qual claramente um estado de inconstitucionalidade. Se não se pode declarar a lei orçamentária como inconstitucional porque, por exemplo, dedica percentual pouco significativo do orçamento para a educação, há de se declarar a omissão do legislador em criar organização e procedimentos claros para o efetivo exercício individual dos direitos sociais como sendo inconstitucional. O problema que salta aos olhos é o dos efeitos de tal decisão. No Brasil, o julgamento de procedência de uma ação de inconstitucionalidade por omissão leva à declaração da inconstitucionalidade ligada a um mero ato de dar "ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias" (art. 103, § 2º da CF).

A situação fica ainda mais incômoda em face de uma constituição analítica e de forte orientação social como é a Constituição brasileira. O risco de enfraquecimento da "força normativa" da Constituição é uma constante.

Em face da inércia legislativa, e muitas vezes incompetência da burocracia administrativa, a tentação do ativismo judicial é muito grande. Juízes muito bem intencionados, a partir de provocações de órgãos do Ministério Público igualmente bem intencionados, tomam as rédeas e condenam órgãos públicos e às vezes até privados às prestações decorrentes das normas de direitos fundamentais prestacionais e sociais. Como qualquer ativismo, esse também não se sustenta ao longo do tempo. A não ser que abandonemos definitivamente a tradição continental européia das fontes do direito, adotando o precedente judicial como fonte imediata por excelência, o ativismo observável leva a uma instabilidade insuportável, uma vez que sem o vínculo específico à lei, a concretização de direitos fundamentais sociais fica a cargo da discricionariedade judicial, vale dizer, dependente de juízos de valor e de boa vontade de juízes singulares e órgãos judiciários colegiados que não têm nem competência constitucional nem legitimidade democrática para tanto.

A busca pela legitimidade apontada na introdução se liga a esse reconhecimento. Neste caso, porém, a pretendida legitimidade somente seria alcançada sob a égide de outra ordem constitucional que não a vigente no Brasil.

O problema é menos complexo quando a omissão é meramente administrativa, pois a Administração Pública está toda vinculada negativa e positivamente aos direitos fundamentais. Por sua vez, no campo das omissões legislativas, a racionalidade e dogmática jurídicas alcançam seus limites de atuação: não há o que fazer, senão constatar a omissão inconstitucional e esperar que o parlamento a saneie.

Trata-se de um teste para a maturidade de uma democracia representativa, teste esse pelo qual ela deve passar. Não há como ser transferido à corte suprema ou tribunal constitucional; a não ser que queiramos transformar o Estado constitucional democrático de direito em uma aristocracia judicial.

Um governo de juízes significaria a quebra da ordem constitucional vigente. Será que nosso ceticismo em face da democracia representativa nos levará tão longe? Qual é o papel da ciência do direito constitucional neste contexto?

Bibliografia

Barroso, Luis Roberto (2009). Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. ‹http://www.oab.org.br/oabeditora/users/ revista/ 123506667017421818190 1.pdf› (13/10/2009).

Binenbojm, Gustavo (2004). *A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2ª edição (2001).

Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo (2007). *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Dreier, Horst (2004). Comentários ao Art. 2 I GG. In: Dreier, Horst. (org.) *Grundgesetz. Kommentar*. Tomo I (Art. 1 – 19). Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 288-345.

Martins, Leonardo (2005). (org). *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. (Coletânea original: J. Schwabe). Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer.

Martins, Leonardo (2008). "Da distinção entre regras e princípios e seus problemas epistemológicos, metodológicos e teórico-jurídicos". In: Leite, George S. (org.). *Dos Princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Método, pp. 327-350.

Mendes, Gilmar Ferreira (1999). *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor.

Peters, Hans (1963). *Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*. Köln: Westdeutscher Verlag.

Pieroth, Bodo e Schlink, Bernhard (2008). *Grundrechte. Staatsrecht II*. Heidelberg: C.F. Müller.

Poscher, Ralf (2003). *Grundrechte als Abwehrrechte – Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Sarlet, Ingo-Wolfgang (2005). *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Ed. do Advogado.

Schlink, Bernhard (1980). "Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft". *Der Staat, vol.* 19, p. 74-92.

Vieira, Oscar Vilhena (2008)."Supremocracia". *Revista Direito GV*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. Vol. 8, pp. 441-464. Jul.-Dez. 2008.