

HUMBERTO ÁVILA

***CONSTITUIÇÃO,
LIBERDADE
E INTERPRETAÇÃO***

*4ª edição
revista e atualizada*

2025

Fundamentos do Estado Constitucional

1.1 Dignidade humana. 1.2 Liberdade. 1.3 Estado de Direito. 1.4 Democracia. 1.5 Separação dos Poderes. 1.6 Direitos fundamentais.

1.1 Dignidade humana

Depois de ter garantido um mínimo para sua existência e ter preservadas sua identidade e sua integridade, tanto física quanto espiritual, o que de fato necessita o ser humano para gozar uma vida digna – e, por consequência, feliz – é ter a plena capacidade de viver o presente e conceber o futuro livremente.

Ter a plena capacidade de viver o presente e conceber o futuro livremente implica, como há muito sustentou Immanuel Kant, ter autonomia, isto é, o poder de conceber com independência os próprios desígnios e ser de fato – e não apenas retoricamente – tratado como um sujeito e um fim em si mesmo, não como um simples objeto ou um meio a serviço de outros fins, por melhores e mais atraentes que estes possam ser.

Ser de fato tratado como um sujeito é ter a capacidade de ser autor da própria identidade e da própria vida, agindo consciente e livremente para definir os próprios desígnios e as próprias responsabilidades, com estas arcando inteiramente depois de agir.

Para que a autonomia individual seja efetiva, e não apenas proclamada, cumpre ao Estado não apenas respeitar seu exercício, deixando de adotar medidas que a possam injustificadamente restringir. Compete-lhe também atuar para protegê-la, adotando medidas adequadas e necessárias à sua promoção.

Sendo assim, quando o Estado, por qualquer dos seus Poderes, atinge a identidade e a integridade do ser humano, é evidente que lhe viola a dignidade. Tal violação se dá, por exemplo, mediante manipulação ou

coação. Nesses casos, a manifestação do sujeito não é independente, pois não decorre nem de sua vontade, nem de sua decisão; antes advém do poder arbitrariamente exercido pelo Estado. Daí que seja o indivíduo tratado nesses casos como mero objeto ou instrumento, e não como um sujeito capaz, primeiro, de saber sobre o que decidir; segundo, de querer conscientemente decidir em determinado sentido; e, terceiro, de arcar responsabilmente com as consequências de sua decisão.

Contudo, é preciso que fique claro – e isso, curiosamente, nem sempre acontece: o mesmo Estado que viola a dignidade do ser humano quando o manipula ou o coage também a infringe quando lhe fere a capacidade racional, isto é, quando o impede, por outros meios, de manifestar livremente sua vontade e exercer autonomamente seu poder de decidir quais propósitos quer conceber, quais responsabilidades pretende assumir e com quais consequências deseja contar. Verifica-se essa segunda espécie de violação quando, por exemplo, o cidadão age confiando no conteúdo, na validade e na eficácia de uma lei, de um ato administrativo ou de uma decisão judicial e, depois que agiu e já não pode voltar atrás, vê-se surpreendido por uma mudança de entendimento relativamente ao conteúdo, à validade ou à eficácia das mesmas manifestações estatais. Também nesse caso, como se pode ver, termina o indivíduo por ser tratado como mero objeto ou instrumento, não como um sujeito capaz de definir com autonomia seu presente e seu futuro, porquanto obrigado a suportar uma consequência completamente diversa daquela que aceitou e pela qual esperava – e podia razoavelmente esperar – quando agiu amparado por determinada manifestação estatal.

1.2 Liberdade

Em decorrência das considerações anteriores acerca da dignidade humana, vê-se que só existe liberdade quando o indivíduo detém o poder de determinar qual projeto de vida pretende construir, quais atos deseja praticar, entre aqueles que sabe poder praticar, e quais consequências quer e aceita suportar. Mas, para poder determinar quais atos deseja praticar e quais consequências quer e aceita suportar, é indispensável que ele esteja consciente e bem-informado a respeito das alternativas de ação de que dispõe e que possa determinar minimamente que consequências cada uma delas irá futuramente desencadear. Ter liberdade implica, portanto, saber sobre o que decidir, querer conscientemente decidir em determinado sentido e arcar responsabilmente com as consequências dessa decisão.

Se assim é, não há liberdade quando o indivíduo não conhece as opções de ação disponíveis nem tem aptidão para prever minimamente as consequências que cada uma delas irá produzir. É que nessas situações não lhe é dado nem desenhar com autonomia sua própria existência, nem determinar com independência seu conteúdo. Assim, deixa a vida de decorrer de sua própria vontade – e, por conseguinte, de propósitos por ele próprio concebidos e escolhidos – e passa a depender da vontade de outro e de objetivos externa e arbitrariamente impostos.

Desse modo, quando o indivíduo age com base em determinada regra jurídica que estabelece, para a ocorrência de determinado fato (digamos o fato “A”), a produção de determinada consequência (digamos a consequência “Z”), sua liberdade só se efetiva quando ele consegue razoavelmente determinar o significado do fato “A” e tem a capacidade de razoavelmente dimensionar a consequência “Z”. Se ele decidir com independência – portanto, sem coerção nem manipulação – praticar o fato “A”, saberá de antemão que deverá – e provavelmente irá – arcar com a consequência “Z”, cuja imposição, por isso mesmo, deverá esperar e responsabilmente suportar.

Em outras palavras: conhecendo os elementos que estruturam a regra “Se ‘A’, então ‘Z’”, poderá o indivíduo, nas palavras de Joseph Raz, ter a capacidade de tomar decisões bem-informadas e efetivas: bem-informadas, se tiver condições de conhecer razoavelmente o significado de “A”; e efetivas, se tiver condições de dimensionar razoavelmente a extensão e a intensidade da consequência “Z”. Desse modo, ele poderá, de forma livre e racional, autodeterminar-se, dentro dos limites do Direito, decidindo se prefere praticar o fato “A” e, de maneira responsável, submeter-se à consequência “Z” ou se, em vez disso, prefere praticar o fato “B”, para não se submeter à consequência “Z”, e sim à consequência “Y”.

O plano de desenhar com autonomia a própria vida e determinar livremente seu curso começa, entretanto, a naufragar no exato momento em que se perde a capacidade de tomar decisões bem-informadas e efetivas. Isso ocorre – para seguir no ilustrativo exemplo aqui empregado – quando: (a) o indivíduo não sabe que o fato “A” é regulado, nem que sua prática produz a consequência “Z”; (b) o indivíduo não consegue razoavelmente definir o significado de “A”, nem razoavelmente dimensionar a extensão e a intensidade da consequência “Z”; (c) a ocorrência do fato “A” produz ora a consequência “Z”, ora a consequência “Y”; (d) o fato que desencadeia a consequência “Z” é constantemente modificado ou a consequência “Z” é continuamente alterada; (e) a regra “Se ‘A’,

então “Z” não tem seu conteúdo igual para todos os casos iguais, nem é aplicada de maneira uniforme para todos aqueles que praticam o fato “A”; (f) o indivíduo que pratica o fato “A”, por aceitar a consequência “Z”, é, depois que agiu, submetido a uma consequência diversa da consequência “Z”; (g) a consequência “Z” não é aplicada a quem pratica o fato “A”; (h) a consequência “Z” é também aplicada a quem não pratica o fato “A”.

Em todos esses casos termina o indivíduo por ser submetido coercitiva e manipuladamente a consequências com as quais não esperava contar e eventualmente nem mesmo podia ou queria suportar. É precisamente por isso que a experiência de cada uma dessas situações foi transformada historicamente nos elementos daquilo que passou a ser definido como Estado de Direito, como bem os sintetizou Jeremy Waldron.

1.3 Estado de Direito

Para que possa o indivíduo desenhar autonomamente sua própria vida e livremente determinar-lhe o curso é necessário que conheça as regras que a regulam e as consequências que a prática dos fatos nelas previstos irá produzir. Dado que a liberdade deve ser exercida com base no Direito e dentro de seus limites, cumpre antes de tudo conhecê-lo. Com efeito, o Direito só pode ser observado e servir de orientação a seus destinatários quando conhecido. Eis por que as leis e os regulamentos, que se dirigem a todos, devem ser publicados, e os atos administrativos e as decisões administrativas ou judiciais, que se dirigem a alguns, devem ser objeto de intimação. Se o indivíduo, insistindo no exemplo ilustrativo ora empregado, não sabe nem que o fato “A” é regulado, nem que sua prática produz a consequência “Z”, ele não tem como agir com base no Direito e aceitar as consequências que este prevê. Logo, não tem como desenhar autonomamente sua própria vida, nem livremente determinar seu conteúdo.

Mas só conhecer o Direito não basta; é preciso compreendê-lo. Para ser compreendido, ele deve ser claro e minimamente determinado. E, para ser claro e minimamente determinado, os fatos constantes das hipóteses das regras, especialmente aquelas restritivas de direitos fundamentais, devem ser referidos por meio de uma linguagem que as pessoas compreendam, seja porque as palavras e as expressões empregadas pelo legislador já têm seu significado consolidado e utilizado pela comunidade, seja porque o próprio legislador, quando isso não acontece,

assume a tarefa de as definir, direta ou indiretamente, expressa ou implicitamente. Não é senão por tal motivo que as hipóteses de regras penais ou tributárias, dada a restrição aos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade que sua incidência provoca, devem com mais intensidade ser determinadas pelo próprio legislador, jamais pelo aplicador, seja ele o administrador, seja ele o julgador. O importante, nesse passo, é que, se o indivíduo não for capaz de definir razoavelmente o significado de “A”, nem de dimensionar razoavelmente a extensão e a intensidade da consequência “Z”, tampouco terá como agir com base no Direito e aceitar as consequências que este prevê. Logo, e uma vez mais, não terá como desenhar sua própria vida com autonomia, nem livremente determinar seu conteúdo.

Para que o Direito seja plenamente compreendido, porém, não basta que seja claro e minimamente determinado; deve ser também minimamente estável. Ora, um Direito que é constantemente alterado, em suas previsões ou em suas consequências, ao sabor das circunstâncias do momento e dos interesses em jogo, resulta inacessível e incompreensível a seus destinatários. Por essa razão, quanto maior for a hierarquia das fontes do Direito e maior for sua importância para a vida das pessoas, tanto mais difícil deverá ser sua modificação, havendo, mesmo, certas matérias que, de tão importantes, não podem ser alteradas senão por meio de uma nova Constituição. As leis ordinárias, por exemplo, só podem ser alteradas pela maioria dos parlamentares. As leis complementares, por sua vez, só o podem ser pela maioria dos membros do Parlamento – não só dos presentes no momento, mas de todos os seus integrantes. E a Constituição, por seu turno, só pode ser mudada por três quintos dos membros do Congresso Nacional.

Dessa maneira, o Direito, embora possa ser modificado, só o será por meio de procedimentos predeterminados, sendo estes tanto mais difíceis de ser adotados quanto mais importante for a fonte do Direito que se pretenda modificar. E algumas matérias, por sua decisiva importância, não podem ser alteradas sequer por emenda constitucional, como aquelas que dizem respeito a direitos e garantias fundamentais e ao processo democrático. O essencial, nesse ponto, é que, se o fato que desencadeia a consequência “Z” for constantemente modificado ou a consequência “Z” for continuamente alterada, o indivíduo também não terá como agir com base no Direito, nem aceitar as consequências que este prevê – por não se sentir seguro quanto à correção de seu comportamento, ou ele não agirá, ou agirá com medo. Logo, não terá como autonomamente desenhar sua própria vida, nem livremente determinar seu conteúdo.

Pela mesma razão que deve o Direito ser conhecido, compreensível e estável, deve também ser não contraditório. Com efeito, para que o indivíduo possa autonomamente desenhar sua própria vida e livremente determinar seu curso, ele precisa compreender as regras que a regulam e as consequências que a prática dos fatos nelas previstos irão produzir. Mas, para que ele efetivamente consiga fazê-lo, não pode o mesmo fato ser qualificado de forma contraditória, nem produzir consequências incompatíveis entre si. Isso ocorre, por exemplo, quando o fato “A” é interpretado ou a consequência “Z” é aplicada de maneiras distintas pelo próprio legislador ou administrador, em fontes normativas diferentes, ou pelo Poder Judiciário, em decisões diversas, prolatadas pelo mesmo ou por diferente órgão. O essencial, nesse aspecto, é que, quando o Direito qualifica fatos ou dimensiona consequências de maneira contraditória, o indivíduo também não consegue razoavelmente definir o significado de “A”, nem razoavelmente dimensionar a extensão e a intensidade da consequência “Z”.

Para que o indivíduo possa autonomamente desenhar sua própria vida e livremente determinar seu curso, sendo tratado como um sujeito de direitos, e não como objeto de interesses alheios, as regras, para além de tudo quanto se disse até aqui, precisam reconhecê-lo como tal, tratando-o com a mesma dignidade de seus compatriotas, sem distinções injustificadas, sobretudo as que dizem respeito ao modo como ele autodetermina sua vida, como ocorre, por exemplo, nos âmbitos em que ele se define como indivíduo, constitui sua família, exerce sua profissão e desempenha sua atividade econômica. É indispensável, nesse tocante, que o Direito seja igual para todos. Mas não basta que seja substancialmente igual para todos se aquilo que prevê em abstrato não é aplicado de maneira uniforme a todos que se encontrem na mesma situação concreta. Se assim não fosse – com permissão para uma metáfora –, aquilo que entrasse pela porta logo sairia pela janela. Desse modo, além de igual em seu conteúdo, deve o Direito ser também igual em sua aplicação. Por isso é que a Constituição preconiza igualdade tanto *na lei* quanto *perante a lei*. É também por isso que ela determina seja sua aplicação executada com isenção, imparcialidade e objetividade pelo intérprete. É por isso, ainda, que ela cuida não apenas de garantir a todos o devido processo legal, mas de estabelecer garantias individuais e estruturas institucionais a fim de que os julgadores possam exercer suas funções sem procurar nem poder atingir seus interesses pessoais, nem preservar os interesses de uma das partes ou da instituição de que são integrantes. O decisivo, nesse caso, é que, se a regra “Se ‘A’, então ‘Z’” não tiver seu conteúdo

igual para todos os casos iguais, nem for aplicada de maneira uniforme para todos que pratiquem o mesmo fato “A”, uma vez mais não terá o indivíduo condições de autonomamente desenhar sua própria vida, nem livremente determinar seu curso, pois o conteúdo abstrato da regra terá deixado de concretamente prevalecer em favor de interesses diversos daqueles que ele poderia prever.

Ainda, para que o indivíduo possa autonomamente desenhar sua própria vida e livremente determinar seu curso, ele precisa agir com base no Direito no presente e não ser surpreendido pelo próprio Direito no futuro. O Direito, pois, precisa ter efeitos prospectivos, e não retroativos. Por esse fundamento é que a Constituição proíbe as leis retroativas, bem como as que atingem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Mas se o indivíduo pratica o fato “A”, por aceitar a consequência “Z”, e depois que agiu e já não pode recuar no tempo e mudar o passado alguma autoridade decide alterar o significado de “A” ou a dimensão da consequência “Z”, eis que novamente ele é tratado como um objeto, e não como um sujeito de direitos. E isso porque exerceu sua autonomia agindo com base em determinado significado a que se prendia determinada consequência. Se, portanto, uma vez consumada sua ação, é alterado o significado com base no qual ele agiu, ou modificada a consequência que deveria ser aplicada como decorrência do fato que ele praticou, resulta o indivíduo impedido de efetiva e livremente escolher as alternativas de ação e de decidir que consequências deverá futuramente suportar, pois tanto o significado que guiou sua ação quanto a consequência a ela atrelada pelo Direito são arbitrariamente modificados depois que ele agiu. Logo – e uma vez mais –, é-lhe vedado exercer plenamente sua liberdade.

Por fim, para que o indivíduo possa autonomamente desenhar sua própria vida e livremente determinar seu curso, ele precisa poder prever que as consequências abstratamente previstas serão de fato aplicadas. O Direito, enfim, precisa ser minimamente efetivo para poder servir de orientação. Isso não ocorrerá quando a consequência “Z” também for aplicada para quem não praticou o fato “A”. É o que sucede na aplicação por analogia da lei penal ou tributária: o indivíduo, em lugar de praticar o fato “A”, pratica intencional e efetivamente o fato “B”; mesmo assim, o aplicador estende ao fato “B” a consequência “Z”, prevista pelo legislador apenas para o fato “A”, sob a alegação de que o fato “B” se assemelha, em algum aspecto, ao fato “A”. Nesse caso, o indivíduo é surpreendido por uma consequência com a qual não podia contar, pois agiu na expectativa de que, praticando fato diverso do fato “A”, não

poderia jamais ser atingido pela consequência que o legislador atribuiu apenas ao fato “A”, nunca a fato distinto deste.

O Direito tampouco será minimamente efetivo quando quem praticar o fato “A” for submetido a uma consequência diferente da consequência “Z”. É o que sucede quando o julgador introduz uma exceção não prevista pelo legislador em uma hipótese de uma regra que garante um direito ou estabelece uma garantia: o indivíduo pratica o fato “A”; mesmo assim, o intérprete, ao interpretar o fato “A”, cria uma diferença interna, não prevista pelo legislador, entre o fato “A1” e o fato “A2”, sustentando, por alguma razão, que a consequência “Z”, por exemplo, só poderia ser aplicada ao fato “A1”, e não ao fato “A2”. Nessa circunstância o indivíduo também é surpreendido, mas desta vez pela ausência de implementação da consequência com a qual contava e pela qual esperava.

Nos casos recém-referidos o essencial é que o indivíduo também não tem como autonomamente desenhar sua própria vida, nem livremente determinar seu conteúdo: ou ele pratica o fato previsto na regra – e mesmo assim a consequência abstratamente prevista pelo legislador termina por não ser aplicada; ou ele deixa de praticar o fato previsto na regra – e mesmo assim a consequência abstratamente definida pelo legislador termina por ser aplicada. Em ambos os casos ele é enganado e manipulado, como se fora um objeto, quer com o imprevisto de não ver aplicada a seu caso a consequência abstratamente prevista, quer com a decepção de ver aplicada a seu caso uma consequência diversa daquela abstratamente determinada.

O mesmo fenômeno verifica-se na chamada modulação de efeitos de decisões judiciais: o Estado, que só tinha competência para tributar o fato “A”, tributa o fato “B”; o julgador declara a inconstitucionalidade da lei que tributou o fato “A”, mas determina que os efeitos de sua decisão sejam produzidos apenas para o futuro, e não para o passado; com isso, o Estado, que pela Constituição só poderia tributar o fato “A”, permanece com a arrecadação proveniente da tributação do fato “B”, o qual não poderia ter tributado. A nulidade da lei desde o início de sua vigência, que era a consequência prevista pelo legislador para a instituição de um tributo sem previsão constitucional – e por isso mesmo aguardada pelo contribuinte caso o Estado agisse fora dos limites traçados pela Constituição –, deixa de ser aplicada em virtude das consequências que o julgador presume serão causadas caso a lei seja declarada nula desde a origem. Também nessa situação o indivíduo acaba sendo surpreendido, mas agora pela ausência de implementação da consequência por que es-

perava: ciente de que não poderia ser tributado por fatos diversos daqueles determinados pelas regras de competência, de que só poderia sê-lo por meio de uma lei válida, eis que se vê tributado justamente por fatos diversos daqueles previstos nas regras de competência e, de quebra, não por meio de uma lei válida, mas de uma decisão judicial, em manifesta contraposição à exigência constitucional de que não se pode instituir tributos “sem lei que o estabeleça”.

Logo se percebe que as condições essenciais do Estado de Direito constituem precisamente as condições essenciais para a preservação e a promoção de uma vida digna e livre: o Direito deve ser conhecido, compreendido, estável, não contraditório, igualitário, prospectivo e efetivo; deve permitir ao indivíduo ter plena capacidade de viver o presente e conceber o futuro com liberdade – numa palavra: ser de fato, e não apenas verbalmente, tratado como um sujeito e um fim em si mesmo, nunca como simples objeto ou meio a serviço de outros fins, repita-se, por melhores e mais majestosos que estes possam ser.

As considerações anteriores tornam necessária a relação entre a dignidade humana e a liberdade, e entre esta e o Estado de Direito. É precisamente porque o indivíduo só consegue autonomamente desenhar sua própria vida e livremente determinar seu curso que não há dignidade, nem liberdade, nem Estado de Direito sem segurança jurídica.

Segurança jurídica existe precisamente quando o indivíduo conhece e compreende o conteúdo do Direito, quando tem assegurados no presente os direitos que conquistou no passado e quando pode razoavelmente calcular as consequências que serão aplicadas no futuro relativamente aos atos que praticar no presente.

Como dito, o indivíduo só terá capacidade de conhecer e compreender razoavelmente o conteúdo do Direito quando este for minimamente claro e determinado. Para que isso ocorra, deve a linguagem empregada pelo legislador ser compreendida pelos seus destinatários, seja por meio de termos que tenham um significado já consolidado pela comunidade jurídica, seja por meio de definições que o próprio legislador pode, direta ou indiretamente, expressa ou implicitamente, estabelecer. Caso o ambiente em que o indivíduo atue seja composto de vários níveis governamentais, a exemplo do que ocorre em Países que adotam o princípio federativo, como é o caso do Brasil, faz-se também necessário o estabelecimento de normas gerais que valham nacionalmente, de maneira a que as diferentes ordens governamentais sejam uniformemente submetidas às mesmas regras gerais.

O indivíduo só tem assegurados no presente os direitos que conquistou no passado quando o legislador, o administrador e o julgador não agem de modo a desrespeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, os atos ou fatos consolidados e a confiança legitimamente exercida. Nesses casos, aquilo que o indivíduo conquistou com base no Direito no passado deve ser respeitado pelo mesmo Direito no presente. Do contrário ele não só terá frustrada sua confiança nos seus direitos e no próprio Direito; terá sido também, de algum modo, enganado pelo Direito no qual outrora confiou.

Por fim, só poderá o indivíduo calcular razoavelmente as consequências que serão aplicadas no futuro para os atos que praticar no presente quando o Direito for minimamente previsível. Isso ocorrerá apenas se as mudanças forem de algum modo antecipáveis, como sucede no caso da criação de tributos que só podem ser exigidos no exercício seguinte àquele em que as leis que os instituíram ou aumentaram forem publicadas ou após o decurso de determinado prazo. Mas não basta que as mudanças não sejam repentinas, isto é, adotadas de uma hora para outra. É preciso também que não sejam drásticas, isto é, não alterem as consequências jurídicas de maneira muito intensa sem que sejam estabelecidas regras de transição do regime jurídico mais favorável para o mais desfavorável.

Nas três hipóteses – vale dizer, quando não conhece nem compreende o conteúdo do Direito, quando não tem assegurados no presente os direitos que conquistou no passado e quando não pode razoavelmente calcular as consequências que serão aplicadas no futuro quanto aos atos que praticar no presente – o indivíduo não é capaz de saber sobre o que decidir, de querer conscientemente decidir em determinado sentido e de arcar responsabilmente com as consequências da sua decisão. É, em suma, tratado como um objeto ou instrumento, e não como um verdadeiro sujeito de direitos.

1.4 Democracia

As considerações precedentes, ademais de tornarem necessária a relação entre os princípios fundamentais antes examinados, fazem indispensáveis a democracia e os principais resultados que ela produz: a Constituição e as leis.

É que, se o indivíduo só pode autonomamente desenhar sua própria vida e livremente determinar seu curso quando capaz de conhecer e compreender o conteúdo do Direito, então, os fundamentos de seu co-

nhecimento, de sua confiança e de sua previsão devem ser minimamente determinados em fontes do Direito que resultem de sua participação e que existam antes de sua ação.

Não é por outra razão que a Constituição estabelece, de um lado, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por intermédio de representantes eleitos ou diretamente, (...)”, e, de outro, que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Democracia e legalidade também constituem, pois, instrumentos indiretos de garantia da dignidade humana: a democracia, porque permite que o indivíduo possa, por meio de seus representantes ou diretamente, participar da conformação do Direito que passará a limitar o exercício futuro de sua liberdade; a legalidade, porque assegura ao indivíduo não apenas um âmbito garantido de liberdade para praticar atos que não sejam proibidos nem predeterminados, mas também a ciência de que não poderá ter seus direitos restringidos senão por meio de uma lei que predetermine o âmbito dessa restrição e que seja editada antes de sua ação. Só assim será o indivíduo submetido ao império da lei, e não da vontade do intérprete, tornando realidade aquilo que historicamente foi qualificado como Estado de Direito: o governo das leis, não dos homens.

Cumprе ressaltar que em âmbitos normativos nos quais os direitos de liberdade e de propriedade são restringidos a Constituição exige não apenas a edição de uma lei; exige também que a própria lei, editada anteriormente à restrição, defina seu conteúdo. Isso explica por que, no âmbito do direito tributário e do direito penal, a exigência de legalidade é reforçada e a Constituição, em vez de apenas estabelecer que não se deve fazer ou deixar de fazer alguma coisa “em virtude de lei”, cuida também de vedar que os tributos sejam instituídos ou aumentados “sem lei que o estabeleça” e prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Vale dizer, não basta que exista uma lei: é também preciso que a própria lei, editada antes da ação do indivíduo, defina o conteúdo da restrição a seus direitos fundamentais de liberdade e de propriedade.

Todavia, se a Constituição estabelece que todo o poder emana do povo, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e que não poderá haver restrição aos direitos de liberdade e de propriedade senão por meio de uma lei anterior que defina seus contornos, não pode o aplicador da Constituição e da lei, seja ele quem for, ignorar nem subverter aquilo que foi estabelecido pelo legislador quando promulgou a Constituição e editou a lei.

1.5 Separação dos Poderes

A exigência de separação dos Poderes, entendida como divisão de funções, determina que cada um dos Poderes exerça suas funções típicas respeitando as funções típicas exercidas pelos demais Poderes. Mais do que delimitar o que se faz, ela visa a definir quem faz. Assim, ao legislador cabe primordialmente introduzir as fontes do Direito ou os diplomas normativos – as emendas à Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as resoluções, e assim por diante. Sua função típica é, pois, editar os fundamentos relativos às normas gerais, abstratas e prospectivas, isto é, normas que regulam um número indeterminado de pessoas, um número indeterminado de situações, e cuja eficácia se projete ordinariamente para o futuro, e não para o passado.

Já ao administrador cabe primariamente executar aquilo que foi estabelecido pelo legislador e definir, dentro dos limites por este traçados, as políticas públicas e seu plano de governo. Sua função primacial é, portanto, executar as normas gerais, abstratas e prospectivas reconstruídas a partir dos diplomas normativos editados pelo legislador, dentro do âmbito de liberdade que lhe foi assegurado pela Constituição e pelas leis.

Por fim, ao julgador cabe ordinariamente, quando provocado, interpretar as disposições constantes dos diplomas normativos editados pelo legislador e aplicar o resultado da interpretação a casos concretos. Sua função precípua consiste, por conseguinte, na interpretação das fontes do Direito e na concretização de normas gerais, abstratas e prospectivas a casos concretos que lhe sejam submetidos.

O decisivo é que cada um dos Poderes está legitimado e limitado pela Constituição, não podendo jamais atuar fora das faculdades que lhe são atribuídas e dos limites que lhe são traçados. A Constituição, contudo, não estabelece da mesma maneira e com a mesma intensidade o âmbito de atuação de cada um dos Poderes, na medida em que a estrutura normativa por ela escolhida e os bens por ela protegidos podem variar.

Por vezes a Constituição atribui poder e regula seu exercício por meio de regras, isto é, de normas que referem diretamente aquilo que é permitido, proibido ou obrigatório. Nesses casos, é como se a Constituição, no lugar de determinar para onde o destinatário deve ir, isto é, seu destino, determinasse desde já por onde ele deve ir, isto é, o caminho que deve percorrer. É o que ocorre, por exemplo, quando a Constituição, em vez de apenas obrigar o legislador a promover um estado de igualdade entre os cidadãos, proíbe-o de estabelecer tratamentos desiguais em razão do sexo, da origem, da raça e da ocupação profissional. É o que tam-

bém sucede quando a Constituição, no lugar de simplesmente atribuir ao legislador poder para criar tributos sem lhes predeterminar o conteúdo, confere-lhe a faculdade de criá-los desde que o faça sobre as manifestações de riqueza que ela própria predeterminou. Vale dizer: a Constituição, em vez de deixar em aberto o meio a ser escolhido para promover determinado fim, preestabelece aquele que deverá ser obrigatoriamente seguido pelo legislador. Ao assim proceder, o próprio constituinte efetua uma ponderação entre razões potencialmente conflitantes e cristaliza sua solução por meio de uma regra que predetermina um procedimento ou um conteúdo, impedindo que o julgador possa posteriormente efetuar uma ponderação e, por meio dela, escolher um procedimento diverso ou definir um conteúdo diferente. Vale dizer: a ponderação anterior do legislador constituinte, quando transformada em regra, afasta a ponderação posterior do julgador para criá-la.

Nesses casos não pode o legislador escolher meio diverso daquele já eleito pela Constituição. Sua liberdade de conformação é, por conseguinte, menor. Também o julgador dispõe de um espaço mais restrito para interpretação: como os dispositivos constitucionais referem diretamente aquilo que é permitido, proibido ou obrigatório, não pode ele, ao interpretá-los, desconsiderar, nem muito menos contrariar, o significado das palavras e expressões constantes dos seus enunciados; e como a Constituição já predeterminou o meio a ser escolhido para a promoção de determinado fim, não cabe a ele substituir o referido meio por outro que julgue mais adequado, por melhores que sejam seus propósitos.

Em outras situações, porém, a Constituição, em lugar de referir diretamente aquilo que é permitido, proibido ou obrigatório, limita-se a estabelecer fins, deixando em aberto a definição dos meios adequados e necessários à sua promoção. Nesses casos a Constituição como que designa o destino sem predeterminar o caminho que deve ser percorrido para que ele seja alcançado. É o que ocorre, por exemplo, quando ela garante o devido processo legal ou a segurança jurídica sem predeterminar todos os meios para promovê-los. Nessas situações caberá ao legislador – ou ao julgador, na falta da lei ou em sua inadequação – concretizar os princípios mediante sua tradução em regras. Assim, ao garantir o devido processo legal, a Constituição estabeleceu um ideal de protetividade de direitos, para cuja promoção são necessários alguns meios, como a existência de um juiz natural e imparcial, as garantias da ampla defesa e do contraditório, o direito de produzir provas e o dever de ser a decisão devidamente fundamentada. Alguns desses meios já são previstos pela Constituição; outros, não. Do mesmo modo, ao garantir a segurança jurí-

dica, a Constituição estabeleceu os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito, para cuja promoção são necessários alguns meios, como o conhecimento, a clareza e a determinação das fontes do Direito, a proteção à confiança legítima e o estabelecimento de regras de transição quando alterado o regime jurídico de modo a agravar a situação do indivíduo. Alguns desses meios já são previstos pela Constituição; outros, não.

Nessas hipóteses deve o legislador escolher o meio para promover os fins estabelecidos pela Constituição. Sua liberdade de conformação é, por conseguinte, maior. Cabe, pois, ao julgador verificar se o meio escolhido pelo legislador está, ou não, de acordo com a Constituição, isto é, examinar se esta já não predeterminou direta ou indiretamente o meio, e, em caso negativo, analisar se o meio escolhido pelo legislador é adequado, necessário e proporcional relativamente ao fim estabelecido pela Constituição. E na ausência da lei ou em sua inadequação deve o julgador concretizar diretamente os princípios por meio de sua tradução em regras.

O crucial, nesse passo, é demonstrar que o intérprete – seja ele o legislador, o administrador ou o julgador – não é livre nem para definir os fins, nem para escolher os meios. Os fins a serem perseguidos não são os fins subjetivamente definidos pelo próprio intérprete, mas aqueles estabelecidos pela Constituição. E os meios a serem escolhidos não são os meios arbitrariamente escolhidos pelo próprio intérprete, mas aqueles eleitos pela Constituição. Desse modo, se a Constituição regrou determinada matéria referindo diretamente aquilo que é permitido, proibido ou obrigatório, não cabe ao intérprete, mesmo que se socorrendo de um princípio, substituir o que a Constituição diretamente definiu como permitido, proibido ou obrigatório por aquilo que ele próprio entende deva ser considerado permitido, proibido ou obrigatório – repita-se, por melhores e mais cativantes que sejam suas intenções.

Além de a estrutura normativa escolhida pela Constituição poder variar, também os bens protegidos e potencialmente restringidos podem oscilar. Em alguns casos a interpretação do dispositivo constitucional amplia a liberdade do indivíduo em vez de a restringir. É o que ocorre quando se interpreta a palavra “livros” inserta no dispositivo que proíbe os entes federados de instituírem impostos relativamente a livros, jornais e periódicos e ao papel destinado à sua impressão. Como a finalidade do dispositivo é promover a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento e o acesso à informação, situa-se dentro dos limites estabelecidos pela Constituição a interpretação por meio da

qual se consideram livros também as obras produzidas em materiais diversos do papel, como os livros de plástico ou de pano para crianças e os livros eletrônicos. Como a imunidade dos livros é instrumento para preservar os referidos valores, e a preservação destes amplia a liberdade em lugar de a restringir, a palavra “livro” e o enunciado “é vedado aos entes federados instituir impostos sobre livros, jornais e periódicos e o papel destinado à sua impressão” devem ser interpretados de modo a que a palavra “livro” receba um significado mais amplo do que seu significado usual preliminar.

O mesmo sucede quando se interpreta a palavra “casa” inserta no dispositivo que estabelece a casa como asilo inviolável do indivíduo. Como a finalidade do dispositivo é preservar um espaço de intimidade e esfera privada próprio para o desenvolvimento da personalidade e da família do indivíduo, situa-se dentro dos parâmetros traçados pela Constituição a interpretação por meio da qual se considera casa qualquer compartimento habitado, como, por exemplo, um quarto de hotel, de pensão ou de hospedaria, ou mesmo outro local privado onde o indivíduo exerça sua profissão ou sua atividade econômica. Como a inviolabilidade do domicílio é instrumento para preservar os referidos valores e a preservação destes amplia a liberdade em lugar de a restringir, a palavra “casa” e o enunciado “a casa como asilo inviolável do indivíduo” devem ser interpretados de modo a que a palavra “casa” receba um significado mais amplo do que seu significado usual preliminar.

O mesmo, porém, não ocorre nas hipóteses em que o resultado da interpretação do dispositivo constitucional restringe a liberdade em vez de a preservar ou ampliar. É o que acontece, por exemplo, quando se interpreta a palavra “receita” inserta no dispositivo que faculta à União instituir contribuições sociais. Como a finalidade do dispositivo é limitar o exercício do poder de tributar, situa-se para além dos marcos estabelecidos pela Constituição a interpretação por meio da qual se enquadram no conceito de receita também os valores que não ingressam definitivamente no patrimônio dos contribuintes, sem reserva ou condição, como é o caso dos meros ingressos financeiros destinados a terceiros. Como a regra de competência é instrumento para demarcar o âmbito do poder de tributar e seu exercício restringe os direitos de liberdade e de propriedade, a palavra “receita” e o enunciado “compete à União instituir contribuição sobre a receita” não podem ser interpretados de modo a que a palavra “receita” receba um significado mais amplo do que seu significado preliminar consolidado, por melhores e mais importantes que sejam os propósitos que o intérprete objetive alcançar.

Igual fenômeno sucede quando se interpreta o enunciado “é inviolável o sigilo de dados” inserto no dispositivo que torna inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Como a finalidade do dispositivo é estabelecer uma garantia, isto é, um instrumento de proteção de direitos, situa-se fora dos limites estabelecidos pela Constituição a interpretação por meio da qual se considera violável o sigilo de dados do indivíduo diretamente pela Administração, sem autorização judicial e fora de uma investigação criminal ou de uma instrução processual penal. Ao estabelecer uma garantia destinada a servir de instrumento para assegurar a efetividade de um direito fundamental, o referido dispositivo serve também para demarcar o âmbito do poder estatal. Sua aplicação tem, portanto, o potencial de restringir os direitos de liberdade e de propriedade, razão pela qual a expressão “é inviolável o sigilo de dados” e o enunciado “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” não podem ser interpretados de modo a que a palavra “inviolável” receba um significado mais amplo do que seu significado preliminar consolidado, por melhores e mais sublimes que sejam as finalidades que o intérprete pretenda promover.

Em face das considerações anteriores, resta claro que o princípio da separação dos Poderes é violado quando o julgador, ainda que munido das melhores intenções, desconsidera os significados mínimos dos dispositivos introduzidos pelo legislador, o modo como este normatizou a matéria e os efeitos que sua interpretação irá provocar nos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais do indivíduo. É que, procedendo dessa forma, termina o julgador por substituir o legislador, na medida em que cria, ele próprio, normas gerais e abstratas, em vez de escolher um dos significados possíveis dos dispositivos postos pelo legislador e aplicá-lo justificadamente ao caso que lhe é submetido a julgamento.

A consideração do conjunto de princípios fundamentais até aqui examinados permite demonstrar que a criação de normas gerais e abstratas pelo julgador impede que o indivíduo possa autonomamente desenhar sua própria vida e livremente determinar seu curso. Isso porque, seguindo o exemplo da regra “Se ‘A’, então ‘Z’”, quando o julgador desconsidera o significado consolidado de “A” ou de “Z”, o indivíduo não