

Interpretação Constitucional no Brasil





ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

Diretor

Desembargador Antonio Carlos Villen

Vice-Diretor

Desembargador Francisco Eduardo Loureiro

Conselho Consultivo e de Programas

Desembargador Afonso Celso Nogueira Braz

Desembargador Antonio Rigolin

Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia

Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco

Desembargadora Luciana Almeida Prado Bresciani

Desembargador Paulo Magalhães da Costa Coelho

Juiz Hamid Charaf Bdine Júnior

Coordenadores da Biblioteca e Revistas

Desembargador Wanderley José Federighi

Juiz Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Coordenadores da obra

Juiz Renato Siqueira De Pretto

Juiz Richard Pae Kim

Juiz Thiago Massao Cortizo Teraoka

Renato Siqueira De Pretto
Richard Pae Kim
Thiago Massao Cortizo Teraoka
(Coordenadores)

Interpretação Constitucional no Brasil

Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2017

Coordenação
Renato Siqueira De Pretto
Richard Pae Kim
Thiago Massao Cortizo Teraoka

Coordenação editorial
Marcelo Alexandre Barbosa

Capa
Esmeralda Luana Wonke Scopesi

Editoração, revisão, CTP, impressão e acabamento
Páginas & Letras - Editora e Gráfica Ltda.

Diagramação
Dirceu Caróci

Revisão
Yara Cristina Marcondes

Tiragem
3.200 exemplares

Interpretação constitucional no Brasil / coordenação: Renato Siqueira De Pretto
Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista
da Magistratura, 2017.

Vários autores.

ISBN 978-85-8191-065-9

1. Direito constitucional – 2. Direito constitucional - Brasil I. De Pretto, Renato
Siqueira. II. Kim, Richard Pae. III. Teraoka, Thiago Massao Cortizo. IV. Título.
CDU-342.4(81)(082)

Ficha catalográfica elaborada pelo Serviço de Acervo da
Biblioteca Paulista da Magistratura
Bibliotecária: Cintia Pontes de Souza - CRB8/5730



Escola Paulista da Magistratura
Rua da Consolação, 1.483 - 1º, 2º, 3º e 4º andares
01301-100 - São Paulo - SP
Fones: (11) 3255-0815 / 3257-8954
www.epm.tjsp.jus.br - imprensaepm@tjsp.jus.br

Sumário

Prefácio <i>Antonio Carlos Villen</i>	7
Apresentação <i>Renato Siqueira De Pretto, Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka</i>	9
A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria <i>Luís Roberto Barroso</i>	11
Dignidade da pessoa humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal <i>Ingo Wolfgang Sarlet</i>	55
O estado de coisas inconstitucional no constitucionalismo contemporâneo: efetividade da Constituição ou ativismo judicial? <i>Pietro de Jesús Lora Alarcón</i>	85
O tempo como fator de aplicabilidade das normas constitucionais <i>Walter Claudius Rothenburg</i>	119
O Guardião da Constituição e sua Legitimidade ou Ativismo Judicial. Entre a fórmula vazia e o sinal de alerta <i>Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho</i>	137
O princípio da proteção da confiança no Direito Brasileiro <i>Ana Carolina Miranda de Oliveira</i>	165
Supremo Tribunal Federal e solução de conflitos federativos em serviços públicos: Porto de Suape <i>Ana Rita de Figueiredo Nery</i>	187
A interpretação da Constituição por uma sociedade aberta <i>Eutálio Porto</i>	213
Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional <i>Felipe Albertini Nani Viaro</i>	231

A hermenêutica constitucional como forma de conferir efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana na temática da pessoa transexual	
<i>Frederico dos Santos Messias</i>	255
Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade na Alemanha e no Brasil – aplicações ao Direito midiático	
<i>Heliana Maria Coutinho Hess (com a colaboração de Rodolfo Mazzini Silveira)</i>	271
Lei e direitos fundamentais – diálogo normativo	
<i>João José Custódio da Silveira</i>	297
A constituição da norma de decisão na judicialização da saúde	
<i>Maria Gabriella Pavlópoulos Spaolonzi</i>	335
As Cortes, os direitos socioeconômicos e teorias do diálogo: um desenvolvimento possível	
<i>Maria Isabel Romero Rodrigues Henriques</i>	367
Interpretação constitucional e o princípio da duração razoável do processo: contribuição da análise empírica do Direito	
<i>Maria Rita Rebello Pinho Dias</i>	377
A nova era dos direitos (humanos) e a sociedade do espetáculo	
<i>Marcos Duque Gadelho Junior</i>	395
Intepretação constitucional e limites à reação legislativa	
<i>Pedro Siqueira De Pretto e Renato Siqueira De Pretto</i>	417
A interpretação constitucional sob uma perspectiva axiológica e cultural – uma possível visão de Miguel Reale	
<i>Rafael da Cruz Gouveia Linardi</i>	447
Crítica ao protagonismo hermenêutico judicial no Brasil	
<i>Renato Soares de Melo Filho</i>	469
Pós-positivismo e alguns paradoxos sobre a interpretação constitucional	
<i>Richard Pae Kim</i>	491
Dignidade da pessoa humana e liberdade. Crítica ao desprestígio da autonomia privada	
<i>Thiago Massao Cortizo Teraoka</i>	523

Prefácio

O Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da Escola Paulista da Magistratura, por meio de seus integrantes, desenvolveu durante o ano de 2015 o segundo ciclo de estudos, centrado no tema da hermenêutica constitucional, cujos resultados são apresentados nesta obra coletiva intitulada “Interpretação Constitucional no Brasil”.

Os trabalhos elaborados decorrem, em sua essência, da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, bem como de reflexões que advieram das reuniões desse núcleo, iniciado em 2014, e que tem produzido inúmeros frutos.

Coordenada esta obra coletiva pelos magistrados Renato Siqueira De Pretto, Richard Pae Kim – também coordenadores do grupo de pesquisas – e Thiago Massao Cortizo Teraoka, e escrita por um grupo de qualificados juristas, magistrados e professores, ela contém um judicioso e amplo exame das técnicas hermenêuticas constitucionais que vêm sendo aplicadas em nosso sistema jurídico.

Como Diretor da Escola Paulista da Magistratura consigno, em especial, as nossas homenagens ao digníssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Luís Roberto Barroso, que abriu com brilhantismo os trabalhos do referido ciclo, e aos eminentes professores da Faculdade de Direito da USP, Dr. Conrado Hübner Mendes, Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior e Dr. Virgílio Afonso da Silva, que participaram intensamente dos debates e trouxeram imensas contribuições ao resultado dos estudos que ora são publicados.

O livro se inicia com as contribuições científicas dos eminentes constitucionalistas, Ministro Luís Roberto Barroso, Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, Dr. Pietro de Jesús Lora Alarcón, e Dr. Walter Claudius Rothenburg, que escreveram com maestria os seguintes artigos, respectivamente: “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, “Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, “O estado de coisas inconstitucional no constitucionalismo contemporâneo: efetividade da Constituição ou ativismo judicial?”, e “O tempo como fator de aplicabilidade das normas constitucionais”.

Não posso deixar de registrar o reconhecimento quanto à qualidade dos trabalhos escritos pelos magistrados de nosso Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que examinaram com profundidade os seguintes temas, a saber: “Lei e direitos fundamentais – diálogo normativo”, pelo

Juiz João José Custódio da Silveira; “A interpretação constitucional sob uma perspectiva axiológica e cultural – uma possível visão de Miguel Reale”, pelo Juiz Rafael da Cruz Gouveia Linardi; “Dignidade da pessoa humana e liberdade. Crítica ao desprestígio da autonomia privada”, pelo Juiz Thiago Massao Cortizo Teraoka; “A nova era dos direitos (humanos) e a sociedade do espetáculo”, pelo Juiz Marcos Duque Gadelho Junior; “Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade na Alemanha e no Brasil – aplicações ao Direito midiático”, pela Juíza Heliana Maria Coutinho Hess e por Rodolfo Mazzini Silveira (estagiário no TJSP); “Crítica ao protagonismo hermenêutico judicial no Brasil”, pelo Juiz Renato Soares de Melo Filho; “A hermenêutica constitucional como forma de conferir efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana na temática da pessoa transexual”, pelo Juiz Frederico dos Santos Messias; “Supremo Tribunal Federal e solução de conflitos federativos em serviços públicos: Porto de Suape”, pela Juíza Ana Rita de Figueiredo Nery; “O princípio da proteção da confiança no Direito Brasileiro”, pela Juíza Ana Carolina Miranda de Oliveira; “A interpretação da Constituição por uma sociedade aberta”, pelo Desembargador Eutálio Porto; “A constituição da norma de decisão na judicialização da saúde”, pela Juíza Maria Gabriella Pavlópoulos Spaolonzi; “Interpretação constitucional e o princípio da duração razoável do processo: contribuição da análise empírica do Direito”, pela Juíza Maria Rita Rebello Pinho Dias; “As Cortes, os direitos socioeconômicos e teorias do diálogo: um desenvolvimento possível”, pela Juíza Maria Isabel Romero Rodrigues Henriques; “Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional”, pelo Juiz Felipe Albertini Nani Viaro; “O guardião da Constituição e sua legitimidade ou ativismo judicial – fórmula vazia ou sinal de alerta”, pelo Juiz Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho; “Pós-positivismo e alguns paradoxos sobre a interpretação constitucional”, pelo Juiz Richard Pae Kim, e “Interpretação constitucional e limites à reação legislativa”, pelos Juízes Pedro Siqueira De Pretto e Renato Siqueira De Pretto.

Cumprimento, por fim, pelo brilhantismo e dedicação, os coordenadores e todos os articulistas e participantes não só desta obra coletiva, mas também das atividades desse núcleo de estudos em Direito Constitucional enaltecendo, com isso, diante dos constantes resultados apresentados, a correção da opção feita pela Escola Paulista da Magistratura em constituir núcleos setoriais que muito têm contribuído para a capacitação qualificada de nossos magistrados e o desenvolvimento do conhecimento jurídico e científico.

São Paulo, maio de 2017.

Desembargador Antonio Carlos Villen
Diretor da Escola Paulista da Magistratura

Apresentação

Temos a honra de apresentar a obra “Interpretação Constitucional no Brasil” como resultado das atividades de pesquisa realizadas pelo Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da Escola Paulista da Magistratura durante todo o ano de 2015.

A palavra “Constituição” é plurívoca e, por si só, demanda interpretação. Em um dos seus vários sentidos, a “Constituição” refere-se ao texto jurídico mais importante de um Estado organizado. Ainda que numa perspectiva mais conservadora, atualmente se reconhece que a interpretação não se resume à declaração do texto normativo. No caso brasileiro, percebe-se, muitas vezes, que a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal afasta-se da literalidade dos signos textuais na busca de resultados que contemplem soluções que assegurem os valores substanciais prestigiados pela Constituição da República.

Agradecemos aos(às) colegas juízes(as) que, com muito empenho, tiveram participação ativa no Núcleo e, em particular, àqueles que nos brindaram com textos para publicação. Agradecemos, ainda, aos renomados palestrantes que nos deram a oportunidade de com eles dialogar em nossos encontros. Consignamos as nossas homenagens e profunda gratidão aos eminentes professores Dr. Conrado Hübner Mendes, Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, Dr. Virgílio Afonso da Silva e ao Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal, que também nos honrou com o seu ponderado artigo científico.

Também agradecemos aos constitucionalistas Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, Dr. Pietro de Jesús Lora Alarcón e Dr. Walter Claudius Rothenburg, que gentilmente nos honraram com os seus trabalhos acadêmicos e que muito contribuíram com a qualidade deste trabalho coletivo. Lembremos, enfim, que a publicação não seria possível sem o apoio de toda a equipe da Imprensa da Escola Paulista da Magistratura e da Secretaria Administrativa.

Aproveitamos o ensejo para saudar os digníssimos Desembargadores Fernando Antonio Maia da Cunha e Antonio Carlos Villen, respectivamente, ex e atual Diretores da Escola, renovando-lhes os nossos agradecimentos pelo reconhecimento e confiança que vieram e que têm depositado em nosso Núcleo de Estudos e de Pesquisa em Direito Constitucional.

Por fim, esperamos que esta coletânea de artigos, sob o tema que encerra o seu segundo ciclo do Núcleo de Estudos, propicie aos seus leitores novas reflexões a respeito de matéria tão relevante e atual em nosso cenário político-jurídico.

São Paulo, maio de 2017.

Renato Siqueira De Pretto

Coordenador do Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da EPM

Richard Pae Kim

Coordenador do Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da EPM

Thiago Massao Cortizo Teraoka

Coorganizador da obra coletiva

A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria

“Reason without vote”: the Federal Supreme Court of Brazil and the rule of the majority

Luís Roberto Barroso¹

Ministro do Supremo Tribunal Federal

Sumário: Introdução. Capítulo 1. A evolução da teoria constitucional e a ascensão do Poder Judiciário. 1.1. O direito constitucional na ditadura: entre a teoria crítica e o constitucionalismo chapa branca. 1.2. A construção de um direito constitucional democrático: a busca pela efetividade da Constituição e de suas normas. 1.3. Neoconstitucionalismo, constitucionalização do Direito e a ascensão do Judiciário. Capítulo 2. Indeterminação do direito e discricionariedade judicial. 2.1. As transformações do direito contemporâneo. 2.2. Sociedades complexas, diversidade e pluralismo: os limites da lei no mundo contemporâneo. 2.3. Discricionariedade judicial e resposta correta. Capítulo 3. O STF e sua função majoritária e representativa. 3.1. A jurisdição constitucional. 3.2. O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal. 3.3. A crise da representação política. 3.4. O papel representativo do Supremo Tribunal Federal. Conclusão.

Introdução

“A história é um carro alegre,
cheio de um povo contente
Que atropela indiferente
Todo aquele que a negue”.

Chico Buarque

¹ Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Visitante da Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade de Yale. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Conferencista Visitante na Universidade de Poitiers, França. *Visiting Scholar* na Universidade de Harvard.

Dois professores debatiam acerca do papel do Poder Judiciário e das cortes supremas nas democracias, em uma das mais renomadas universidades do mundo. Ambos eram progressistas e tinham compromissos com o avanço social. O primeiro achava que só o Legislativo poderia consagrar direitos e conquistas. O segundo achava que o Legislativo deveria ter preferência em atuar. Mas se não agisse, a atribuição se transferia para o Judiciário. Eis o diálogo entre ambos:

– Professor 1: “A longo prazo as pessoas, por meio do Poder Legislativo, farão as escolhas certas, assegurando os direitos fundamentais de todos, aí incluídos o direito de uma mulher interromper a gestação que não deseja ou de casais homossexuais poderem expressar livremente o seu amor. É só uma questão de esperar a hora certa”.

– Professor 2: “E, até lá, o que se deve dizer a dois parceiros do mesmo sexo que desejam viver o seu afeto e seu projeto de vida em comum agora? Ou à mulher que deseja interromper uma gestação inviável que lhe causa grande sofrimento? Ou a um pai negro que deseja que seu filho tenha acesso a uma educação que ele nunca pôde ter? Desculpe, a história está um pouco atrasada; volte daqui a uma ou duas gerações!”².

O texto que se segue lida, precisamente, com essa dualidade de perspectivas. Nele se explora o tema do papel representativo das cortes supremas, sua função iluminista e as situações em que elas podem, legitimamente, *empurrar a história*. Para construir o argumento, são analisados os processos históricos que levaram à ascensão do Poder Judiciário no mundo e no Brasil, o fenômeno da indeterminação do direito e da discricionariedade judicial, bem como a extrapolação da função puramente contramajoritária das cortes constitucionais. A conclusão é bastante simples e facilmente demonstrável, apesar de contrariar em alguma medida o conhecimento convencional: em alguns cenários, em razão das múltiplas circunstâncias que paralisam o processo político majoritário, cabe ao Supremo Tribunal Federal assegurar o governo da maioria e a igual dignidade de todos os cidadãos.

² O debate foi na Universidade de Harvard entre o Professor Mark Tushnet e o autor deste texto, realizado em 7 nov. 2011. Intitulado *Politics and the Judiciary*, encontra-se disponível em vídeo em <https://www.youtube.com/watch?v=giC_vOBn-bc>. Sobre o tema, v., de autoria de Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, 1999; e *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, 2008. De autoria de Luís Roberto Barroso, v. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, in: *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, 2012.

A premissa subjacente a esse raciocínio tampouco é difícil de se enunciar: a política majoritária, conduzida por representantes eleitos, é um componente vital para a democracia. Mas a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de uma maior quantidade de votos. Para além desse aspecto puramente formal, ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais. A essas duas dimensões – formal e substantiva – soma-se, ainda, uma dimensão deliberativa, feita de debate público, argumentos e persuasão. A democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões. Esse é o tema do presente ensaio.

Capítulo 1. A evolução da teoria constitucional e a ascensão do Poder Judiciário

1.1. O direito constitucional na ditadura: entre a teoria crítica e o constitucionalismo chapa branca

O regime militar estendeu-se de 1º de abril de 1964, com o início do golpe que destituiria o Presidente João Goulart do poder, até 15 de março de 1985, quando o General João Baptista Figueiredo saiu pela porta dos fundos do Palácio do Planalto, recusando-se a passar a faixa presidencial a seu sucessor. Foram pouco mais de vinte anos de regime de exceção, com fases de maior ou menor repressão política, que incluíram censura, prisões ilegais, tortura e mortes. Vigoraram no período as Constituições de 1946 e de 1967, assim como a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, considerada uma nova Constituição do ponto de vista material. Simultaneamente à ordem constitucional, já por si autoritária, foram editados diversos atos institucionais, que criavam a legalidade paralela dos governos militares, cujo símbolo maior foi o Ato Institucional nº 5, de 15.12.1968. Com base nele, era facultado ao Presidente, ao lado de outras arbitrariedades, decretar o recesso do Congresso Nacional, cassar mandatos parlamentares, suspender direitos políticos e aposentar compulsoriamente servidores públicos³.

³ Para um rico e documentado relato do período militar, indo da deposição de João Goulart ao final do governo de Ernesto Geisel, v. os quatro volumes escritos por Elio Gaspari: *A ditadura envergonhada*, 2002; *A ditadura escancarada*, 2002; *A ditadura derrotada*, 2003 e *A ditadura encurralada*, 2004. Sobre o processo de redemocratização, v. a obra coletiva Alfred Stepan (Org.), *Democratizando o Brasil*, 1985, com textos de autores que viriam a ter papel relevante após a redemocratização, como Fernando Henrique Cardoso, Edmar Bacha, Pedro Malan e Francisco Weffort.

Ao longo desse período, a teoria e o direito constitucional oscilaram entre dois extremos, ambos destituídos de normatividade. De um lado, o pensamento constitucional tradicional, capturado pela ditadura, acomodava-se a uma perspectiva historicista, puramente descritiva das instituições vigentes, incapaz de reagir ao poder autoritário e ao silêncio forçado das ruas⁴. De outro lado, parte da academia e da juventude havia migrado para a teoria crítica do direito, um misto de ciência política e sociologismo jurídico, de forte influência marxista⁵. A teoria crítica enfatizava o caráter ideológico da ordem jurídica, vista como uma superestrutura voltada para a dominação de classe, e denunciava a natureza violenta e ilegítima do poder militar no Brasil. O discurso crítico, como intuitivo, fundava-se em um propósito de *desconstrução* do sistema vigente, e não considerava o direito um espaço capaz de promover o avanço social. Disso resultou que o mundo jurídico se tornou um feudo do pensamento conservador ou, no mínimo, tradicional. Porém, a visão crítica foi decisiva para o surgimento de uma geração menos dogmática, mais permeável a outros conhecimentos teóricos e sem os mesmos compromissos com o *status quo*. A redemocratização e a reconstitucionalização do país, no final da década de 1980, impulsionaram uma volta ao direito.

1.2. A construção de um direito constitucional democrático: a busca pela efetividade da Constituição e de suas normas

Na antevéspera da convocação da constituinte de 1988, era possível identificar um dos fatores crônicos do fracasso na realização do Estado de Direito no país: a falta de seriedade em relação à lei fundamental, a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser previsto na norma. Dois exemplos emblemáticos: a Carta de 1824 estabelecia que “a lei será igual para todos”, dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Outro: a Carta de 1969, outorgada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, assegurava um amplo elenco de liberdades públicas inexistentes e prometia aos

⁴ V., e.g., Afonso Arinos de Melo Franco, *Curso de direito constitucional*, 1968, e Paulino Jacques, *Curso de direito constitucional*, 1970.

⁵ V., e.g., Luiz Alberto Warat, A produção crítica do saber jurídico, in: Carlos Alberto Plastino (Org.), *Crítica do direito e do Estado*, 1984; Luiz Fernando Coelho, *Teoria crítica do direito*, 1991 (a primeira edição é de 1986) e Plauto Faraco de Azevedo, *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, 1989. V. tb., Michel Mialle, *Introdução crítica ao direito*, 1989 (a primeira edição é de 1979).

trabalhadores um pitoresco elenco de direitos sociais não desfrutáveis, que incluíam “colônias de férias e clínicas de repouso”⁶. Além das complexidades e sutilezas inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional. A Constituição, nesse contexto, tornava-se uma mistificação, um instrumento de dominação ideológica⁷, repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce⁸.

A disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, encontrava-se na não aquiescência ao sentido mais profundo e consequente da lei maior por parte dos estamentos perenemente dominantes, que sempre construíram uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado. Com a promulgação da Constituição de 1988, teve início a luta teórica e judicial pela conquista de efetividade pelas normas constitucionais. Os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 envolveram o esforço da teoria constitucional para que o Judiciário assumisse o seu papel e desse concretização efetiva aos princípios, regras e direitos inscritos na Constituição. Pode parecer óbvio hoje, mas o Judiciário, mesmo o Supremo Tribunal Federal, relutava em aceitar esse papel⁹. No início dos anos 2000, essa disfunção foi sendo progressivamente superada e o STF foi se tornando, verdadeiramente, um intérprete da Constituição. A partir daí, houve demanda por maior sofisticação teórica na interpretação constitucional, superadora da visão tradicional de que se tratava apenas de mais um caso de interpretação jurídica, a ser feita com base nos elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Foi o início da superação do positivismo normativista e de sua crença de que a decisão judicial é um ato de escolha política.

⁶ Sobre o tema, v. o trabalho pioneiro de Celso Antonio Bandeira de Mello, *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, tese apresentada à IX Conferência Nacional da OAB, 1982.

⁷ Eros Roberto Grau, *A constituinte e a Constituição que teremos*, 1985, p. 44.

⁸ Sobre o tema da falta de efetividade, v. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2009 (a primeira edição é de 1990).

⁹ De fato, no início da vigência da Constituição de 1988, o STF – cujos integrantes deviam o seu título de investidura ao regime militar –, empenhou-se em uma interpretação retrospectiva da nova ordem constitucional, fazendo-a ficar tão parecida quanto possível com a anterior. Nessa linha, tornou a figura da medida provisória quase idêntica ao velho decreto-lei; frustrou as potencialidades do mandado de injunção, que só foi ressuscitado na segunda metade dos anos 2000, e criou um conjunto de restrições ao direito de propositura de ações diretas pelas entidades de classe de âmbito nacional e confederações sindicais. Sobre o tema, v. a densa tese de doutorado apresentada à Universidade de Yale por Diego Werneck Arguelhes, *Old courts, new beginnings: judicial continuity and constitutional transformation in Argentina and Brazil*, mimeografado, 2014, p. 110-128.

1.3. Neoconstitucionalismo, constitucionalização do Direito e a ascensão do Judiciário

“A mente que se abre a uma nova ideia
jamais voltará ao seu tamanho original”.

Albert Einstein

Ao final da Segunda Guerra Mundial, países da Europa continental passaram por um importante redesenho institucional, com repercussões de curto, médio e longo prazo sobre o mundo romano-germânico em geral. O direito constitucional saiu do conflito inteiramente reconfigurado, tanto quanto ao seu objeto (novas constituições foram promulgadas) quanto no tocante ao seu papel (centralidade da Constituição em lugar da lei), como, ainda, com relação aos meios e modos de interpretar e aplicar as suas normas (surgimento da nova hermenêutica constitucional). Ao lado dessas transformações dogmáticas, ocorreu igualmente uma notável mudança institucional, representada pela criação de tribunais constitucionais e uma progressiva ascensão do Poder Judiciário. No lugar do Estado legislativo de direito, que se consolidara no século XIX, surge o Estado constitucional de direito, com todas as suas implicações¹⁰. Esse novo modelo tem sido identificado como constitucionalismo do pós-guerra, novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo¹¹.

O neoconstitucionalismo identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, nas últimas décadas, que tem (i) como marco *filosófico*, o pós-positivismo, que será objeto de comentário adiante; (ii) como marco *histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, após a Segunda Guerra Mundial, e, no caso brasileiro, a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988, e (iii) como marco *teórico*, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa

¹⁰ Sobre o tema, v. Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: Miguel Carbonell (Org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003.

¹¹ Para duas coletâneas importantes sobre o tema, em língua espanhola, v. Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, e *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, 2007. Para uma valiosa coletânea de textos em português, v. Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira, *Neoconstitucionalismo*, 2009. As ideias desenvolvidas nos dois parágrafos seguintes foram sistematizadas, originariamente, em Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*, *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, 2005.

à Constituição (inclusive, e sobretudo, aos princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação. O termo neoconstitucionalismo, portanto, tem um caráter *descritivo* de uma nova realidade. Mas conserva, também, uma dimensão *normativa*, isto é, há um endosso a essas transformações. Trata-se, assim, não apenas de uma forma de descrever o direito atual, mas também de desejá-lo. Um direito que deixa sua zona de conforto tradicional, que é a da conservação de conquistas políticas relevantes, e passa a ter, também, uma função promocional, constituindo-se em instrumento de avanço social. Tão intenso foi o ímpeto das transformações, que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções¹².

A constitucionalização do Direito, por sua vez, está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito. A constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional¹³.

Por fim, simultaneamente a esses novos desenvolvimentos teóricos, verificou-se, também, uma vertiginosa ascensão do Poder Judiciário. O fenômeno é universal e também está conectado ao final da Segunda

¹² Para uma tentativa de demarcação dos espaços entre o Poder Legislativo e a deliberação democrática, de um lado, e o Poder Judiciário e a atuação criativa do juiz, de outro, v. Luís Roberto Barroso, *Temas de direito constitucional*, t. III, p. 308-21. Sobre a contenção da “euforia dos princípios” e do voluntarismo judicial, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005. Para uma advertência sobre os riscos de “judiciocracia”, “oba-oba constitucional” e “panconstitucionalização”, v. Daniel Sarmento, *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, in: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, 2009, p. 132 e s. Para uma visão divergente em relação ao tema, v. Jorge Octavio Lavocat Galvão, *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de direito?*, 2013.

¹³ Sobre o tema, v. importante coletânea coligida por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Coord.), *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, 2007.

Grande Guerra. A partir daí, o mundo deu-se conta de que a existência de um Poder Judiciário independente e forte é um importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais. No Brasil, sob a vigência da Constituição de 1988, o Judiciário, paulatinamente, deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro poder político. Com a redemocratização, aumentou a demanda por justiça na sociedade e, consequentemente, juízes e tribunais foram crescentemente chamados a atuar, gerando uma judicialização ampla das relações sociais no país. Este fato é potencializado pela existência, entre nós, de uma Constituição abrangente, que cuida de uma ampla variedade de temas. No fluxo desses desenvolvimentos teóricos e alterações institucionais, e em parte como consequência deles, houve um importante incremento na subjetividade judicial. A este tema se dedica o próximo capítulo.

Capítulo 2. Indeterminação do direito e discricionariedade judicial

2.1. As transformações do direito contemporâneo

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nesse arranjo institucional se condensam duas ideias que percorreram trajetórias diferentes: o *constitucionalismo*, herdeiro da tradição liberal que remonta ao final do século XVII, expressa a ideia de poder limitado pelo Direito e respeito aos direitos fundamentais. A *democracia* traduz a ideia de soberania popular, de governo da maioria, que somente se consolida, verdadeiramente, ao longo do século XX. Para arbitrar as tensões que muitas vezes existem entre ambos – entre direitos fundamentais e soberania popular –, a maior parte das democracias contemporâneas instituem tribunais constitucionais ou cortes supremas¹⁴. Portanto, o pano de fundo no qual se desenvolve a presente narrativa inclui: (i) uma Constituição que garanta direitos fundamentais, (ii) um regime democrático e (iii) a existência de uma jurisdição constitucional.

O século XX foi cenário da superação de algumas concepções do pensamento jurídico clássico, que haviam se consolidado no final do

¹⁴ Este tema da tensão entre constitucionalismo e democracia é recorrente na teoria constitucional. Para uma valiosa reflexão sobre ele, v. Frank I. Michelman, *Brennan and democracy*, 1999.

século XIX. Essas transformações chegaram ao Brasil no quarto final do século, sobretudo após a redemocratização. Novos ventos passaram a soprar por aqui, tanto na academia quanto na jurisprudência dos tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Identifico, a seguir, três dessas transformações, que afetaram o modo como se pensa e se pratica o Direito no mundo contemporâneo, em geral, e no Brasil das últimas décadas, em particular:

1. *Superação do formalismo jurídico*. O pensamento jurídico clássico alimentava duas ficções: a) a de que o Direito, a norma jurídica, era a expressão da razão, de uma justiça imanente, e b) que o Direito se concretizava mediante uma operação lógica e dedutiva, em que o juiz fazia a subsunção dos fatos à norma, meramente pronunciando a consequência jurídica que nela já se continha. Tais premissas metodológicas – na verdade, ideológicas – não resistiram ao tempo. Ao longo do século XX, consolidou-se a convicção de que: a) o Direito é, frequentemente, não a expressão de uma justiça imanente, mas de interesses que se tornam dominantes em um dado momento e lugar, e b) em uma grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico. Ela terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete.

2. *Advento de uma cultura jurídica pós-positivista*. Nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge uma cultura jurídica pós-positivista. Se a solução não está toda na norma, é preciso procurá-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento. Para construir a solução que não está pronta na norma, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores –, da filosofia política – em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como a economia e a psicologia.

A doutrina pós-positivista inspira-se na revalorização da razão prática¹⁵, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse

¹⁵ O termo ficou indissociavelmente ligado à obra de Kant, notadamente à *Fundamentação da metafísica dos costumes*, de 1785 e à *Crítica da razão prática*, de 1788. De forma sumária e simplificadora, a razão prática cuida da fundamentação racional – mas não matemática – de princípios de moralidade e justiça, opondo-se à razão cientificista, que enxerga nesse discurso a mera formulação de opiniões pessoais insuscetíveis de controle. De forma um pouco mais analítica: trata-se de um uso da razão voltado para o estabelecimento de padrões racionais para a ação humana. A razão prática

contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica, e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética.¹⁶

3. *Ascensão do direito público e centralidade da Constituição.* Por fim, o século XX assiste a ascensão do direito público. A teoria jurídica do século XIX havia sido construída predominantemente sobre as categorias do direito privado. O século, que começara com o Código Civil francês, o Código Napoleão, de 1804, termina com a promulgação do Código Civil alemão, de 1900. Os protagonistas do Direito eram o contratante e o proprietário. Ao longo do século XX, assiste-se a uma progressiva publicização do Direito, com a proliferação de normas de ordem pública. Não apenas em matéria de direito de família, como era tradicional, mas em áreas tipicamente privadas como o contrato – com a proteção do polo mais fraco das relações jurídicas, como o trabalhador, o locatário, o consumidor – e a propriedade, com a previsão de sua função social.

é concebida em contraste com a razão teórica. Um uso teórico da razão caracteriza-se pelo conhecimento de objetos, não pela criação de normas. O positivismo só acreditava na possibilidade da razão teórica. Por isso, as teorias positivistas do direito entendiam ser papel da ciência do direito apenas descrever o direito tal qual posto pelo Estado, não justificar normas, operação que não seria passível de racionalização metodológica. É por isso que, por exemplo, para Kelsen, não caberia à ciência do direito dizer qual a melhor interpretação entre as que são facultadas por determinado texto normativo. Tal atividade exibiria natureza eminentemente política, e sempre demandaria uma escolha não passível de justificação em termos racionais. O pós-positivismo, ao reabilitar o uso prático da razão na metodologia jurídica, propõe justamente a possibilidade de se definir racionalmente a norma do caso concreto através de artifícios racionais construtivos, que não se limitam à mera atividade de conhecer textos normativos.

¹⁶ V. Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*, 2005, p. 41: “De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de ‘virada kantiana’ (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice de John Rawls*, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas idéias”.

Ao final do século XX, essa publicização do Direito resulta na centralidade da Constituição. Toda interpretação jurídica deve ser feita à luz da Constituição, dos seus valores e dos seus princípios. Toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional. Interpreta-se a Constituição *diretamente* quando uma pretensão se baseia no texto constitucional (uma imunidade tributária, a preservação do direito de privacidade); e interpreta-se a Constituição *indiretamente* quando se aplica o direito ordinário, porque antes de aplicá-lo é preciso verificar sua compatibilidade com a Constituição e, ademais, o sentido e o alcance das normas infraconstitucionais devem ser fixados à luz da Constituição.

2.2. Sociedades complexas, diversidade e pluralismo: os limites da lei no mundo contemporâneo

A sociedade contemporânea tem a marca da complexidade. Fenômenos positivos e negativos entrelaçam-se, produzindo uma globalização a um tempo do bem e do mal. De um lado, há a rede mundial de computadores, o aumento do comércio internacional e o maior acesso aos meios de transporte intercontinentais, potencializando as relações entre pessoas, empresas e países. De outro, mazelas como o tráfico de drogas e de armas, o terrorismo e a multiplicação de conflitos internos e regionais, consumindo vidas, sonhos e projetos de um mundo melhor. Uma era desencantada, em que a civilização do desperdício, do imediatismo e da superficialidade convive com outra, feita de bolsões de pobreza, fome e violência. Paradoxalmente, houve avanço da democracia e dos direitos humanos em muitas partes do globo, com redução da mortalidade infantil e aumento significativo da expectativa de vida. Um mundo fragmentado e heterogêneo, com dificuldade de compartilhar valores unificadores. Os próprios organismos internacionais multilaterais, surgidos após a Segunda Guerra Mundial, já não conseguem produzir consensos relevantes e impedir conflitos que proliferam pelas causas mais diversas, do expansionismo ao sectarismo religioso.

No plano doméstico, os países procuram administrar, da forma possível, a diversidade que caracteriza a sociedade contemporânea, marcada pela multiplicidade cultural, étnica e religiosa. O respeito e a valorização das diferenças encontra-se no topo da agenda dos Estados democráticos e pluralistas. Buscam-se arranjos institucionais e regimes jurídicos que permitam a convivência harmoniosa entre diferentes,

fomentando a tolerância e regras que permitam que cada um viva, de maneira não excludente, suas próprias convicções. Ainda assim, não são poucas as questões suscetíveis de gerar conflitos entre visões de mundo antagônicas. No plano internacional, elas vão de mutilações sexuais à imposição de religiões oficiais e conversões forçadas. No plano doméstico, em numerosos países, as controvérsias incluem o casamento de pessoas do mesmo sexo, a interrupção da gestação e o ensino religioso em escolas públicas. Quase tudo transmitido ao vivo, em tempo real. A vida transformada em *reality show*.

Sem surpresa, as relações institucionais, sociais e interpessoais enredam-se nos desvãos dessa sociedade complexa e plural, sem certezas plenas, verdades seguras ou consensos apaziguadores. E, num mundo em que tudo se judicializa mais cedo ou mais tarde, tribunais e cortes constitucionais defrontam-se com situações para as quais não há respostas fáceis ou eticamente simples. Alguns exemplos:

a) pode um casal surdo-mudo utilizar a engenharia genética para gerar um filho surdo-mudo e, assim, habitar o mesmo universo existencial que os pais?

b) uma pessoa que se encontrava no primeiro lugar da fila, submeteu-se a um transplante de fígado. Quando surgiu um novo fígado, destinado ao paciente seguinte, o paciente que se submetera ao transplante anterior sofreu uma rejeição e reivindicava o novo fígado. Quem deveria recebê-lo?

c) pode um adepto da religião Testemunha de Jeová recusar terminantemente uma transfusão de sangue, mesmo que indispensável para salvar-lhe a vida, por ser tal procedimento contrário à sua convicção religiosa?

d) pode uma mulher pretender engravidar do marido que já morreu, mas deixou o seu sêmen em um banco de esperma?

e) pode uma pessoa, nascida fisiologicamente homem, mas considerando-se uma transexual feminina, celebrar um casamento entre pessoas do mesmo sexo com outra mulher?

Nenhuma dessas questões é teórica. Todas elas correspondem a casos concretos ocorridos no Brasil e no exterior, e levados aos tribunais. Nenhuma delas tinha uma resposta pré-pronta e segura que pudesse ser colhida na legislação. A razão é simples: nem o constituinte nem o legislador são capazes de prever todas as situações da vida,

formulando respostas claras e objetivas. Além do que, na moderna interpretação jurídica, a norma já não corresponde apenas ao enunciado abstrato do texto, mas é produto da interação entre texto e realidade. Daí a crescente promulgação de constituições compromissórias, com princípios que tutelam interesses contrapostos, bem como o recurso a normas de textura aberta, cujo sentido concreto somente poderá ser estabelecido em interação com os fatos subjacentes. Vale dizer: por decisão do constituinte ou do legislador, muitas questões têm a sua decisão final transferida ao juízo valorativo do julgador. Como consequência inevitável, tornou-se menos definida a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito¹⁷.

As hipóteses referidas acima constituem *casos difíceis*, isto é, casos para os quais não existem respostas pré-prontas à disposição do intérprete. A solução, portanto, terá de ser construída lógica e argumentativamente pelo juiz, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma, dos precedentes e de aspectos externos ao ordenamento jurídico. Daí se fazer referência a essa atuação, por vezes, como sendo criação judicial do direito. Em rigor, porém, o que o juiz faz, de verdade, é colher no sistema jurídico o fundamento normativo que servirá de fio condutor do seu argumento. Toda decisão judicial precisa ser reconduzida a uma norma jurídica. Trata-se de um trabalho de construção de sentido, e não de invenção de um Direito novo. Casos difíceis podem resultar da vagueza da linguagem (dignidade humana, moralidade administrativa), de desacordos morais razoáveis (existência ou não de um direito à morte digna, sem prolongamentos artificiais) e colisões de normas constitucionais (livre iniciativa *versus* proteção do consumidor, liberdade de expressão *versus* direito de privacidade). Para lidar com uma sociedade complexa e plural, em cujo âmbito surgem casos difíceis, é que se criaram ou se refinaram diversas categorias jurídicas novas, como a normatividade dos princípios, a colisão de normas constitucionais, o uso da técnica da ponderação e a reabilitação da argumentação jurídica.

¹⁷ Sobre o ponto, v. Celso Fernandes Campilongo, *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, 2001, p. 48: “Se, nos chamados ‘casos difíceis’, o juiz é obrigado a fazer escolhas políticas – muitas vezes por delegação do próprio legislador –, essa criatividade é exercida nos limites da legitimidade legal-racional. O legislador pode rever a delegação ou fixar a opção política. Entretanto, até que isso aconteça, a determinação de uma linha política por parte do juiz – desde que em conformidade com os valores fundamentais positivados pelo ordenamento – não significa, necessariamente, um comportamento antidemocrático, contrário à divisão de poderes ou ofensivo ao Estado de Direito”.

Não é o caso de voltar a explorar o tema, já objeto de outros estudos¹⁸. Faz-se apenas breve menção às situações de colisão entre princípios constitucionais ou de direitos fundamentais. Para lidar com elas, boa parte dos tribunais constitucionais do mundo se utiliza da técnica da ponderação¹⁹, que envolve a valoração de elementos do caso concreto com vistas à produção da solução que melhor realiza a vontade constitucional naquela situação. As diversas soluções possíveis vão disputar a escolha pelo intérprete. Como a solução não está pré-pronta na norma, a decisão judicial não se sustentará mais na fórmula tradicional da separação de Poderes, em que o juiz se limita a aplicar, ao litígio em exame, a solução que já se encontrava inscrita na norma, elaborada pelo constituinte ou pelo legislador. Como este juiz se tornou coparticipante da criação do Direito, a legitimação da sua decisão passará para a argumentação jurídica, para sua capacidade de demonstrar a racionalidade, a justiça e a adequação constitucional da solução que construiu. Surge aqui o conceito interessante de *auditório*²⁰. A legitimidade da decisão vai depender da capacidade do intérprete convencer o auditório a que se dirige de que aquela é a solução correta e justa. O tema apresenta grande fascínio, mas não será possível fazer o desvio aqui.

2.3. Discricionariedade judicial e resposta correta

“Creia nos que procuram a verdade.
Duvide dos que a encontram”.

André Gide

Em relação a inúmeras questões, como ficou assentado, a solução dos problemas não se encontra pré-pronta no sistema jurídico. Ela precisará ser construída argumentativamente pelo juiz, a quem caberá

¹⁸ V. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2013, cap. IV (Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional), p. 330.

¹⁹ Para um estudo relativamente recente e abrangente sobre a ponderação e, particularmente sobre a ideia de proporcionalidade, v. Aharon Barak, *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, 2012. Para uma visão crítica do tema, em uma visão comparativa entre Alemanha e Brasil, v. Juliano Zaiden Benvindo, *On the limits of constitutional adjudication*, 2010.

²⁰ V. Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação: a nova retórica*, 1996, p. 22: “É por essa razão que, em matéria de retórica, parece preferível definir o auditório como o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação. Cada orador pensa, de uma forma mais ou menos consciente, naqueles que procuram persuadir e que constituem o auditório ao qual se dirigem seus discursos”.

formular juízos de valor e optar por uma das soluções comportadas pelo ordenamento. Não é incomum referir-se a essa maior participação subjetiva do juiz como *discricionariedade judicial*²¹. Não haverá maior problema na utilização da expressão, desde que seu sentido seja previamente convencionado. Discricionariedade judicial é um conceito que se desenvolveu em um novo ambiente de interpretação jurídica, no qual se deu a superação da crença em um juiz que realizaria apenas subsunções mecânicas dos fatos às normas, lenda cultivada pelo pensamento jurídico clássico²². O juiz contemporâneo, sobretudo o juiz constitucional, não se ajusta a esse papel, para desalento de muitos. Mas de nada adianta quebrar o espelho por não gostar da imagem.

O fato inafastável é que a interpretação jurídica, nos dias atuais, reserva para o juiz um papel muito mais proativo, que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações. Para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação. Discricionariedade judicial, portanto, traduz o reconhecimento de que o juiz não é apenas a boca da lei, um mero exegeta que realiza operações formais. Existe uma dimensão subjetiva na sua atuação. Não a subjetividade da vontade política própria – que fique bem claro –, mas a que inequivocamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época.

Discricionariedade, porém, é um conceito tradicional do direito administrativo, no qual está embutido o juízo de conveniência e oportunidade a ser feito pelo agente público.²³ Nessa acepção, discricionariedade

²¹ Um dos primeiros estudos abrangentes e sistemáticos nessa matéria foi do ex-Presidente da Suprema Corte de Israel Aharon Barak, *Judicial discretion*, 1989.

²² O conjunto de ideias que ficou conhecido como Pensamento Jurídico Clássico, como descrito por Duncan Kennedy em uma obra magnífica, teve diferentes protagonistas ao longo do tempo e produziu um “método transnacional”. De acordo com ele, o Pensamento Jurídico Clássico enxergava o direito como um sistema e tinha como características principais a distinção entre direito público e privado, individualismo e um compromisso com a lógica formal, com o abuso da dedução como método jurídico. V. Duncan Kennedy, *Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000*, in: David Trubek e Alvaro Santos (Ed.), *The new law and development: a critical appraisal*, 2006, p. 23 (“O pensamento jurídico alemão foi, nesse sentido, hegemônico entre 1850 e 1900, o pensamento jurídico francês entre 1900 e meados da década de 1930, e o pensamento jurídico estadunidense após 1950”).

²³ No conceito clássico formulado por Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 1995, p. 143, os atos discricionários são os que “a Administração pode praticar com liberdade de escolha do seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”. É certo que, mesmo no âmbito do direito administrativo, essa visão vem sendo significativamente atenuada. V. Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, 2008, p. 38 e s.

significa liberdade de escolha entre diferentes possibilidades legítimas de atuação, uma opção entre “indiferentes jurídicos”²⁴. Ora bem: nesse sentido, inexistente discricionariedade judicial. O juiz não faz escolhas livres nem suas decisões são estritamente políticas. Esta é uma das distinções mais cruciais entre o positivismo e o não positivismo. Para Kelsen, principal referência do positivismo normativista romano-germânico, o ordenamento jurídico forneceria, em muitos casos, apenas uma moldura, um conjunto de possibilidades decisórias legítimas. A escolha de uma dessas possibilidades, continua ele, seria um ato político, isto é, plenamente discricionário²⁵. A concepção não-positivista aqui sustentada afasta-se desse ponto de vista. Com efeito, o Direito é informado por uma pretensão de *correção moral*²⁶, pela busca de justiça, da solução constitucionalmente adequada. Essa ideia de justiça, em sentido amplo, é delimitada por coordenadas específicas, que incluem a justiça do caso concreto, a segurança jurídica e a dignidade humana. Vale dizer: juízes não fazem escolhas livres, pois são pautados por esses valores, todos eles com lastro constitucional.

Surge aqui uma questão interessante e complexa. Ronald Dworkin, no seu estilo ousado e provocativo, sustentou, em diferentes textos, a tese da existência de uma única resposta correta, mesmo nos casos difíceis, isto é, em questões complexas de direito e moralidade política.²⁷ Trata-se de uma construção que se situa no âmbito de sua crítica geral ao positivismo jurídico e ao uso que dois dos seus maiores expoentes – Kelsen e Hart – deram à discricionariedade judicial. A tese sempre foi extremamente controversa, tendo produzido um rico debate pelo mundo afora, com repercussões no Brasil²⁸. Não tenho a pretensão de reeditá-lo, embora creia que a minha visão do tema ofereça uma

²⁴ V. Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 2009, p. 283.

²⁵ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 1979, p. 466-73.

²⁶ Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 4. ed., 2005, p. 29 e s. A remissão a esse texto é feita pelo próprio Alexy, em texto publicado em português, com tradução de Fernando Leal, que apresenta um excelente resumo da concepção jurídica do grande jusfilósofo alemão: v. Robert Alexy, Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito, *Revista de Direito Administrativo*, n. 253, p. 18-19, 2010: “[...] [A] pretensão de correção envolve ambos os princípios [...]. O princípio da segurança jurídica exige a vinculação às leis formalmente corretas e socialmente eficazes; o da justiça reclama a correção moral das decisões”.

²⁷ V. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997, p. 279 e ss.; *A matter of principle*, 2000, p. 119 e ss.; e *Justice in robes*, 2006, p. 41 e s.

²⁸ V., e.g., Álvaro Ricardo de Souza Cruz, *A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça*, 2011; Lenio Luiz Streck, *Verdade e consenso*, 2012, p. 327 e ss.; Flávio Quinaud Pedron, *Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”*, de Ronald Dworkin, *Revista CEJ*, ano 13, n. 45, p. 102-109, 2009.

solução na qual não há vencedores nem vencidos. A discussão em torno da existência de uma única resposta correta remete à imemorial questão acerca da verdade, sua existência em toda e qualquer situação e os métodos para revelá-la. Se existe uma única resposta correta – e não diferentes pretensões de resposta correta –, é porque existiria, então, uma verdade ao alcance do intérprete. Mas quem tem o poder de validar a verdade proclamada pelo intérprete? Se houver uma força externa ao intérprete, com o poder de cancelar a verdade proclamada, será inevitável reconhecer que ela é filha da autoridade. Portanto, a questão deixa de ser acerca da efetiva existência de uma verdade ou de uma única resposta correta, e passa a ser a de quem tem autoridade para proclamá-la. Cuida-se de saber, em última análise, quem é o dono da verdade²⁹.

Dois exemplos, um literário e outro real, exibem as dificuldades na matéria. O primeiro. Dois amigos estão sentados em um bar no Alaska, tomando uma cerveja. Começam, como previsível, conversando sobre mulheres. Depois falam de esportes diversos. E na medida em que a cerveja acumulava, passam a falar sobre religião. Um deles é ateu. O outro é um homem religioso. Passam a discutir sobre a existência de Deus. O ateu fala: “Não é que eu nunca tenha tentado acreditar, não. Eu tentei. Ainda recentemente. Eu havia me perdido em uma tempestade de neve em um lugar ermo, comecei a congelar, percebi que ia morrer ali. Aí, me ajoelhei no chão e disse, bem alto: Deus, se você existe, me tire dessa situação, salve a minha vida”. Diante de tal depoimento, o religioso disse: “Bom, mas você foi salvo, você está aqui, deveria ter passado a acreditar”. E o ateu responde: “Nada disso! Deus não deu nem sinal. A sorte que eu tive é que vinha passando um casal de esquimós. Eles me resgataram, me aqueceram e me mostraram o caminho de volta. É a eles que eu devo a minha vida”.³⁰ Note-se que não há aqui qualquer dúvida quanto aos fatos, apenas sobre como interpretá-los.

O segundo exemplo envolve uma questão de largo alcance político e moral, relacionada à chamada justiça de transição. Há uma recorrente discussão acerca do tratamento a ser dado aos crimes que foram

²⁹ Merece registro, a esse propósito, o antológico poema de Carlos Drummond de Andrade intitulado *Verdade*: “A porta da verdade estava aberta, mas só deixava passar meia pessoa de cada vez. Assim não era possível atingir toda a verdade, porque a meia pessoa que entrava só trazia o perfil de meia verdade. E sua segunda metade voltava igualmente com meio perfil. E os meios perfis não coincidiam. Arreventaram a porta. Derrubaram a porta. Chegaram ao lugar luminoso onde a verdade esplendia seus fogos. Era dividida em metades diferentes uma da outra. Chegou-se a discutir qual a metade mais bela. Nenhuma das duas era totalmente bela. E carecia optar. Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia”.

³⁰ Exemplo inspirado por passagem do livro de David Foster Wallace, *This is water*, 2005, p. 17-24.

praticado por agentes do Estado durante o regime militar no Brasil, aí incluídos homicídios, tortura e sequestros. Como se sabe, a Lei de Anistia, de 1979, tornou impossível a responsabilização de todos quantos houvessem cometido crimes políticos ou conexos entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada por sete votos a dois, considerou válida essa lei, em julgamento realizado em 28 de abril de 2010³¹. Posteriormente, em dezembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar um caso envolvendo desaparecidos na guerrilha do Araguaia, considerou que a lei brasileira de anistia era incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, por impedir a apuração de graves violações de direitos humanos, a responsabilização dos culpados e a reparação às vítimas³². No debate público, há duas posições contrapostas em relação a essa matéria, que podem ser assim enunciadas:

A. a lei de anistia foi uma decisão política legítima, tomada pelos lados contrapostos para conduzem uma transição pacífica para a democracia³³;

B. a lei de anistia foi uma inaceitável imposição dos que detinham a força, para imunizarem-se dos crimes que haviam cometido³⁴.

Nos dois exemplos, tanto no fictício como no real, pessoas esclarecidas e bem intencionadas podem tomar partido por um lado ou outro. Qual a resposta correta? Onde está a verdade? O fato inegável é que mesmo quem se oponha ao relativismo moral e reconheça a existência de um núcleo essencial do bem, do correto e do justo, há de admitir que nem sempre a verdade se apresenta objetivamente clara, capaz de iluminar a todos indistintamente. Dependendo de onde se encontre o intérprete, do seu ponto de observação, será noite ou será dia, haverá sol ou haverá sombra. É preciso conjurar o risco do *stalinismo* jurídico, em que algum “farol dos povos” de ocasião venha a ser o portador da verdade revelada, com direito a promover o expurgo dos que pensam diferentemente.

³¹ ADFP 153, rel. Min. Eros Grau.

³² CIDH, Gomes Lund e outros v. Brasil.

³³ Esta foi, em linhas gerais, a linha do voto do relator, Min. Eros Grau.

³⁴ Para uma defesa da revisão do julgado, v. Claudio Pereira de Souza Neto, Não há obstáculo para rever o julgamento da lei da anistia, *Consultor Jurídico*, 2 abr. 2014.

Dito isso, porém, um intérprete judicial jamais poderá chegar ao final do exame de uma questão e afirmar que não há uma solução própria para ela. Vale dizer: não pode dizer que há empate, que tanto faz um resultado ou outro, ou que o caso pode ser decidido por cara e coroa. Assim, embora não se possa falar, em certos casos difíceis, em uma resposta objetivamente correta - única e universalmente aceita -, existe, por certo, uma resposta subjetivamente correta. Isso significa que, para um dado intérprete, existe uma única solução correta, justa e constitucionalmente adequada a ser perseguida. E esse intérprete tem deveres de integridade³⁵ - ele não pode ignorar o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis e os precedentes na matéria - e tem deveres de coerência, no sentido de que não pode ignorar suas próprias decisões anteriores, bem como as premissas que estabeleceu em casos precedentes. Um juiz não é livre para escolher de acordo com seu estado de espírito, suas simpatias ou suas opções estratégicas na vida. Um juiz de verdade, sobretudo um juiz constitucional, tem deveres de integridade e de coerência.

Capítulo 3. O STF e sua função majoritária e representativa

3.1. A jurisdição constitucional

As múltiplas competências do Supremo Tribunal Federal, enunciadas no art. 102 da Constituição, podem ser divididas em duas grandes categorias: ordinárias e constitucionais³⁶. O Tribunal presta *jurisdição*

³⁵ A ideia de direito como integridade é um dos conceitos chave do pensamento de Ronald Dworkin, tendo sido desenvolvido no capítulo VII de sua obra *Law's empire*, 1986 (em português, *O império do Direito*, 1999, p. 271 e ss.). Em outra obra, intitulada *Freedom's law*, 1996, p. 10, Dworkin volta ao tema, ao afirmar que a *leitura moral da Constituição*, por ele preconizada, é limitada pela exigência de *integridade* constitucional, afirmando: “Os juízes não devem ler suas próprias convicções na Constituição. Não devem ler cláusulas morais abstratas como se expressassem algum juízo moral particular, não importa quão adequado esse juízo lhes pareça, a menos que o considerem consistente em princípio com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com as linhas dominantes da interpretação constitucional assentadas pelos juízes que os antecederam”.

³⁶ Para um amplo levantamento estatístico e sistemático dos diferentes papéis do STF, v. Joaquim Falcão, Pablo de Camargo Cerdeira e Diego Werneck Arguelhes, *I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*, 2011. Para uma reflexão crítica acerca do acúmulo de competências da Corte, v. Oscar Vilhena Vieira, *Supremocracia*, *Revista de Direito do Estado*, v. 3, n. 12, p. 107-142, 2008. Para uma proposta concreta de reequacionamento da atuação do STF, v. Luís Roberto Barroso, *Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal*, *Consultor Jurídico*, 26 ago. 2014 (disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/roberto-barroso-propoe-limitar-repercussao-geral-supremo>>).

ordinária nas diferentes hipóteses em que atua como qualquer outro órgão jurisdicional, aplicando o direito infraconstitucional a situações concretas, que vão do julgamento criminal de parlamentares à solução de conflitos de competência entre tribunais. De parte disso, o Tribunal tem, como função principal, o exercício da jurisdição constitucional, que se traduz na interpretação e aplicação da Constituição, tanto em ações diretas como em processos subjetivos. Ao prestar jurisdição constitucional nos diferentes cenários pertinentes, cabe à Corte: (i) aplicar diretamente a Constituição a situações nela contempladas, como faz, por exemplo, ao assegurar ao acusado em ação penal o direito à não autoincriminação; (ii) declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, como fez no tocante à resolução do TSE que redistribuía o número de cadeiras na Câmara do Deputados; ou (iii) sanar lacunas do sistema jurídico ou omissões inconstitucionais dos Poderes, como fez ao regulamentar a greve no serviço público.

Do ponto de vista político-institucional, o desempenho da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal – bem como por supremas cortes ou tribunais constitucionais mundo afora – envolve dois tipos de atuação: a contramajoritária e a representativa. A atuação contramajoritária é um dos temas mais analisados na teoria constitucional, que há muitas décadas discute a legitimidade democrática da invalidação de atos do Legislativo e do Executivo por órgão jurisdicional. Já a função representativa tem sido largamente ignorada pela doutrina e pelos formadores de opinião em geral. Nada obstante isso, em algumas partes do mundo, e destacadamente no Brasil, este segundo papel se tornou não apenas mais visível como, circunstancialmente, mais importante. O presente capítulo procura lançar luz sobre esse fenômeno, que tem passado curiosamente despercebido, apesar de ser, possivelmente, a mais importante transformação institucional da última década.

3.2. O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, como as cortes constitucionais em geral, exerce o controle de constitucionalidade dos atos normativos, inclusive os emanados do Poder Legislativo e da chefia do Poder Executivo. No desempenho de tal atribuição, pode invalidar atos do Congresso Nacional – composto por representantes eleitos pelo povo brasileiro – e do Presidente da República, eleito com mais de meia centena de

milhões de votos. Vale dizer: onze Ministros do STF (na verdade seis, pois basta a maioria absoluta), que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “dificuldade contramajoritária”³⁷.

A despeito de resistências teóricas pontuais³⁸, esse papel contra-majoritário do controle judicial de constitucionalidade se tornou quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política³⁹, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária, e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos⁴⁰. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias⁴¹. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais.

Um desses valores fundamentais é o direito de cada indivíduo a igual respeito e consideração⁴², isto é, a ser tratado com a mesma dignidade dos demais – o que inclui ter os seus interesses e opiniões levados em conta. A democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça. É isso que a transforma, verdadeiramente, em um projeto coletivo de

³⁷ A expressão se tornou clássica a partir da obra de Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1986, p. 16 e s. A primeira edição do livro é de 1962.

³⁸ E.g., Jeremy Waldron, *The core of the case against judicial review*. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1352, 2006 e Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 2000.

³⁹ A equiparação entre direitos humanos e reserva mínima de justiça é feita por Robert Alexy em diversos de seus trabalhos. V., e.g., *La institucionalización de la justicia*, 2005, p. 76.

⁴⁰ Para esta visão processualista do papel da jurisdição constitucional, v. John Hart Ely, *Democracy and distrust*, 1980.

⁴¹ A expressão foi utilizada por John Stuart Mill, *On Liberty*, 1874, p. 13: “A tirania da maioria é agora geralmente incluída entre os males contra os quais a sociedade precisa ser protegida [...]”.

⁴² Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997, p. 181. A primeira edição é de 1977.

autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás. Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política⁴³. Em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas⁴⁴ é a suprema corte ou o tribunal constitucional, por sua capacidade de ser um fórum de princípios⁴⁵ – isto é, de valores constitucionais, e não de política – e de razão pública – isto é, de argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate⁴⁶. Seus membros não dependem do processo eleitoral e suas decisões têm de fornecer argumentos normativos e racionais que a suportem.

Cumprir registrar que esse papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal tem sido exercido, como é próprio, com razoável parcimônia. De fato, nas situações em que não estejam em jogo direitos fundamentais e os pressupostos da democracia, a Corte deve ser deferente para com a liberdade de conformação do legislador e a razoável discricionariedade do administrador. Por isso mesmo, é relativamente baixo o número de dispositivos de leis federais efetivamente declarados inconstitucionais, sob a vigência da Constituição de 1988⁴⁷. É certo que, em uma singularidade brasileira, existem alguns precedentes de dispositivos de emendas constitucionais cuja

⁴³ Nas palavras de Eduardo Mendonça, *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. Tese de doutorado, UERJ, mimeografada, 2014, p. 84: “Os perdedores de cada processo decisório não se convertem em dominados, ostentando o direito fundamental de não serem desqualificados como membros igualmente dignos da comunidade política”.

⁴⁴ A expressão consta do título do livro de Antoine Garapon, *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, 1999.

⁴⁵ Ronald Dworkin, *The forum of principle*, *New York University Law Review*, v. 56, p. 469-518, 1981.

⁴⁶ John Rawls, *Political liberalism*, 2005. A primeira edição é de 1993.

⁴⁷ Com base em levantamento elaborado pela Secretaria de Gestão Estratégica, do Supremo Tribunal Federal, foi possível identificar 93 dispositivos de lei federal declarados inconstitucionais, desde o início de vigência da Constituição de 1988 – um número pouco expressivo, ainda mais quando se considera que foram editadas, no mesmo período, nada menos que 5.379 leis ordinárias federais, somadas a outras 88 leis complementares. Na imensa maioria dos casos, teve-se o reconhecimento da invalidade de dispositivos pontuais, mantendo-se em vigor a parte mais substancial dos diplomas objeto de questionamento. Embora esse levantamento não leve em conta a abrangência e relevância dos dispositivos que tiveram sua inconstitucionalidade declarada, confirma a percepção de que, ao menos do ponto de vista quantitativo, a imensa maioria da produção legislativa não é afetada pela atuação do STF.

invalidez foi declarada pelo STF⁴⁸. Mas, também aqui, nada de especial significação, em quantidade e qualidade. Anote-se, por relevante, que em alguns casos emblemáticos de judicialização de decisões políticas – como a ADI contra o dispositivo que autorizava as pesquisas com células-tronco embrionárias, a ADPF contra a lei federal que previa ações afirmativas em favor de negros no acesso a universidades e a ação popular que questionava o decreto presidencial de demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol por decreto do Presidente da República –, a posição do Tribunal, em todos eles, foi de autocontenção e de preservação da decisão tomada pelo Congresso Nacional ou pelo Presidente da República.

Até aqui se procurou justificar a legitimidade democrática do papel contramajoritário exercido pela jurisdição constitucional, bem como demonstrar que não há superposição plena entre o conceito de democracia e o princípio majoritário. Antes de analisar o tema da função representativa do STF e concluir o presente ensaio, cabe enfrentar uma questão complexa e delicada em todo o mundo, materializada na seguinte indagação: até que ponto é possível afirmar, sem apegar-se a uma ficção ou a uma idealização desconectada dos fatos, que os atos legislativos correspondem, efetivamente, à vontade majoritária?

⁴⁸ Em ordem cronológica, é possível sistematizar da seguinte forma: (i) declaração de inconstitucionalidade da EC nº 3/93, que havia instituído o Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras – IPMF, sob o fundamento de não terem sido observadas determinadas limitações constitucionais ao poder de tributar, como a anterioridade e a imunidade recíproca dos entes federativos (STF, DJ 09.03.1994, ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches); (ii) interpretação conforme a EC 20/98, assentando que o teto instituído para o custeio estatal de benefícios do regime geral de previdência não seria aplicável à licença-gestante, de modo a evitar que o repasse de encargos aos empregadores prejudicasse a inserção das mulheres no mercado de trabalho formal (STF, ADI 1.946, DJ 16.05.2003, Rel. Min. Sydney Sanches); (iii) declaração de inconstitucionalidade de dispositivos pontuais da EC 41/2004, apenas na parte em que se instituiu variação entre União, Estados e Municípios no tocante ao cálculo da contribuição previdenciária devida pelos servidores inativos, sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo (STF, DJ 18.02.2005, ADI 3.128, Rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso); (iv) suspensão cautelar da parte central da EC 30/2000, que estabeleceu um regime especial para o pagamento de precatórios vencidos, com parcelamento em dez anos, sob os argumentos de quebra da ordem de pagamentos e da isonomia, bem como de violação à autoridade das decisões judiciais (STF, DJe 19.05.2011, MC na ADI 2.356, Rel. p/ o acórdão Min. Ayres Britto); (v) declaração de inconstitucionalidade de parte substancial da EC nº 62/09, que pretendia instituir um novo regime transitório para a regularização dos precatórios, novamente sob os argumentos centrais de quebra da ordem cronológica e da isonomia, bem como de violação ao princípio da moralidade administrativa (STF, DJe 19.12.2013, ADI 4.357 e ADI 4.425, Rel. Min. Luiz Fux).

3.3. A crise da representação política

Há muitas décadas, em todo o mundo democrático, é recorrente o discurso acerca da crise dos parlamentos e das dificuldades da representação política. Da Escandinávia à América Latina, um misto de ceticismo, indiferença e insatisfação assinala a relação da sociedade civil com a classe política. Nos países em que o voto não é obrigatório, os índices de abstinência revelam o desinteresse geral. Em países de voto obrigatório, como o Brasil, um percentual muito baixo de eleitores é capaz de se recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares. Disfuncionalidade, corrupção, captura por interesses privados são temas globalmente associados à atividade política. E, não obstante isso, em qualquer Estado democrático, política é um gênero de primeira necessidade. Mas as insuficiências da democracia representativa, na quadra atual, são excessivamente óbvias para serem ignoradas.

A consequência inevitável é a dificuldade de o sistema representativo expressar, efetivamente, a vontade majoritária da população. Como dito, o fenômeno é em certa medida universal. Nos Estados Unidos, cuja política interna tem visibilidade global, os desmandos do financiamento eleitoral, a indesejável infiltração da religião no espaço público e a radicalização de alguns discursos partidários deterioraram o debate público e afastaram o cidadão comum. Vicissitudes análogas acometem países da América Latina e da Europa, com populismos de esquerda, em uma, e de direita, em outra. No Brasil, por igual, vive-se uma situação delicada, em que a atividade política desprende-se da sociedade civil, que passou a vê-la com indiferença, desconfiança ou desprezo. Ao longo dos anos, a ampla exposição das disfunções do financiamento eleitoral, das relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e do exercício de cargos públicos para benefício próprio revelou as mazelas de um sistema que gera muita indignação e poucos resultados⁴⁹. Em suma: a doutrina, que antes se interessava pelo tema

⁴⁹ Expressando esse desencanto, escreveu em artigo jornalístico o historiador Marco Antonio Villa (Os desiludidos da República, O Globo, 8 jul. 2014, p. 16): “O processo eleitoral reforça este quadro de hostilidade à política. A mera realização de eleições – que é importante – não desperta grande interesse. Há um notório sentimento popular de cansaço, de enfado, de identificação do voto como um ato inútil, que nada muda. De que toda eleição é sempre igual, recheada de ataques pessoais e alianças absurdas. Da ausência de discussões programáticas. De promessas que são descumpridas nos primeiros dias de governo. De políticos sabidamente corruptos e que permanecem eternamente como candidatos - e muitos deles eleitos e reeleitos. Da transformação da eleição em comércio muito rendoso, onde não há política no sentido clássico. Além da insuportável propaganda televisiva, com os jingles, a falsa alegria dos eleitores e os candidatos dissertando sobre o que não sabem”.

da dificuldade contramajoritária dos tribunais constitucionais, começa a voltar atenção para o *déficit* democrático da representação política⁵⁰.

Essa crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos parlamentos gerou, como primeira consequência, em diferentes partes do mundo, um fortalecimento do Poder Executivo. Nos últimos anos, porém, e com especial expressão no Brasil, tem-se verificado a expansão do Poder Judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal. Em curioso paradoxo, o fato é que em muitas situações juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. É estranho, mas vivemos uma quadra em que a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares. Um exemplo ilustra bem a afirmação: quando o Congresso Nacional aprovou as pesquisas com células-tronco embrionárias, o tema passou despercebido. Quando a lei foi questionada no STF, assistiu-se a um debate nacional. É imperativo procurar compreender melhor esse fenômeno, explorar-lhe eventuais potencialidades positivas e remediar a distorção que ele representa. A teoria constitucional ainda não elaborou analiticamente o tema, a despeito da constatação inevitável: a democracia já não flui exclusivamente pelas instâncias políticas tradicionais.

3.4. O papel representativo do Supremo Tribunal Federal⁵¹

“A grande arte em política não é ouvir os que falam,
é ouvir os que se calam”.

Etienne Lamy

⁵⁰ V., e.g., Mark A. Graber, *The countermajoritarian difficulty: from courts to Congress to constitutional order*, *Annual Review of Law and Social Science*, v. 4, p. 361-362, 2008. Em meu texto *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 41, 2005, escrevi: “Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O *déficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação”.

⁵¹ O presente tópico beneficia-se da minha longa interlocução com Eduardo Mendonça, que se materializou em dois trabalhos que escrevemos em parceria e, sobretudo, na sua notável tese de doutorado, da qual fui orientador, intitulada *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*, UERJ, mimeografado, 2014. Os trabalhos conjuntos foram publicados na revista eletrônica *Consultor Jurídico*, como resenhas da atuação do STF nos anos de 2011 e 2012, intituladas, respectivamente, *Supremo foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente e STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*.

Ao longo do texto procurou-se ressaltar a substantivação do conceito de democracia, que não apenas não se identifica integralmente com o princípio majoritário, como ademais, tem procurado novos mecanismos de expressão. Um deles foi a transferência de poder político – aí incluído certo grau de criação judicial do direito – para órgãos como o Supremo Tribunal Federal. O presente tópico procura explorar esse fenômeno, tanto na sua dinâmica interna quanto nas suas causas e consequências. No arranjo institucional contemporâneo, em que se dá a confluência entre a democracia representativa e a democracia deliberativa, o exercício do poder e da autoridade é legitimado por votos e por argumentos. É fora de dúvida que o modelo tradicional de separação de Poderes, concebido no século XIX e que sobreviveu ao século XX, já não dá conta de justificar, em toda a extensão, a estrutura e funcionamento do constitucionalismo contemporâneo. Para utilizar um lugar comum, parodiando Antonio Gramsci, vivemos um momento em que o velho já morreu e novo ainda não nasceu⁵².

A doutrina da dificuldade contramajoritária, estudada anteriormente, assenta-se na premissa de que as decisões dos órgãos eletivos, como o Congresso Nacional, seriam sempre expressão da vontade majoritária. E que, ao revés, as decisões proferidas por uma corte suprema, cujos membros não são eleitos, jamais seriam. Qualquer estudo empírico desacreditaria as duas proposições. Por numerosas razões, o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria⁵³. Além do já mencionado déficit democrático resultante das falhas do sistema eleitoral e partidário, é possível apontar algumas outras. Em primeiro lugar, minorias parlamentares podem funcionar como *veto players*⁵⁴, obstruindo o processamento da vontade da própria maioria parlamentar. Em outros casos, o autointeresse da Casa legislativa leva-a a decisões que frustram o sentimento popular. Além disso, parlamentos em todo o mundo estão sujeitos à captura eventual por interesses especiais,

⁵² Antonio Gramsci, *Cadernos do Cárcere*, 1926-1937. Disponível, na versão em espanhol, em: <<http://pt.scribd.com/doc/63460598/Gramsci-Antonio-Cuadernos-de-La-Carcel-Tomo-1-OCR>>: “A crise consiste precisamente no fato de que o velho está morrendo e o novo não pode nascer. Nesse interregno, uma grande variedade de sintomas mórbidos aparecem”. V. tb., entrevista do sociólogo Zigmunt Bauman, disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/24025-%60%60o-velho-mundo-esta-morrendo-mas-o-novo-ainda-nao-nasceu%60%60-entrevista-com-zigmunt-bauman>>.

⁵³ Sobre o tema, v. Corinna Barret Lain, Upside-down judicial review, *The Georgetown Law Review*, v. 101, p. 113-183, 2012-2103. V. tb. Michael J. Klarman, The majoritarian judicial review: the entrenchment problem, *The Georgetown Law Journal*, v. 85, p. 491-553, 1996-1997.

⁵⁴ *Veto players* são atores individuais ou coletivos com capacidade de parar o jogo ou impedir o avanço de uma agenda. Sobre o tema, v. Pedro Abramovay, *Separação de poderes e medidas provisórias*, 2012, p. 44 e s.

eufemismo que identifica o atendimento a interesses de certos agentes influentes do ponto de vista político ou econômico, ainda quando em conflito com o interesse coletivo⁵⁵.

Por outro lado, não é incomum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja melhor intérprete do sentimento majoritário. Inúmeras razões contribuem para isso. Início por uma que é menos explorada pela doutrina em geral, mas particularmente significativa no Brasil. Juízes são recrutados, na primeira instância, mediante concurso público. Isso significa que pessoas vindas de diferentes origens sociais, desde que tenham cursado uma Faculdade de Direito e tenham feito um estudo sistemático aplicado, podem ingressar na magistratura. Essa ordem de coisas produziu, ao longo dos anos, um drástico efeito democratizador do Judiciário. Por outro lado, o acesso a uma vaga no Congresso envolve um custo financeiro elevado, que obriga o candidato, com frequência, a buscar financiamentos e parcerias com diferentes atores econômicos e empresariais. Esse fato produz uma inevitável aliança com alguns interesses particulares. Por essa razão, em algumas circunstâncias, juízes são capazes de representar melhor – ou com mais independência – a vontade da sociedade. Poder-se-ia contrapor que esse argumento não é válido para os integrantes do Supremo Tribunal Federal. Na prática, porém, a quase integralidade dos Ministros da Corte é composta por egressos de carreiras jurídicas cujo ingresso se faz por disputados concursos públicos⁵⁶.

Diversas outras razões se acrescem a essa. Em primeiro lugar, juízes possuem a garantia da vitaliciedade. Como consequência, não estão sujeitos às circunstâncias de curto prazo da política eleitoral, nem tampouco, ao menos em princípio, a tentações populistas. Uma segunda razão é que os órgãos judiciais somente podem atuar por iniciativa das partes: ações judiciais não se instauram de ofício. Ademais, juízes

⁵⁵ Este tema tem sido objeto de estudo, nos Estados Unidos, por parte da chamada *public choice theory*, que procura desmistificar a associação entre lei e vontade da maioria. Para um resumo desses argumentos, v. Rodrigo Brandão, *Supremacia judicial versus diálogos institucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição, 2012, p. 205.

⁵⁶ Na composição de julho de 2014: Celso de Mello era integrante do Ministério Público de São Paulo. Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa vieram do Ministério Público Federal. Carmen Lúcia e Luís Roberto Barroso eram procuradores do Estado. Luiz Fux e Teori Zavascky proveem, respectivamente, da magistratura estadual e federal. Rosa Weber, da magistratura do trabalho. Os outros três Ministros, embora não concursados para ingresso nas instituições que integravam, vieram de carreiras vitoriosas: Marco Aurélio Mello (Procuradoria do Trabalho e, depois, Ministro do TST), Ricardo Lewandowski (Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo ingressado na magistratura pelo quinto constitucional) e Dias Toffoli (Advogado-Geral da União).

e tribunais não podem julgar além do que foi pedido e têm o dever de ouvir todos os interessados. No caso do Supremo Tribunal Federal, além da atuação obrigatória do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União em diversas ações, existe a possibilidade de convocação de audiências públicas e da atuação de *amici curiae*. Por fim, mas não menos importante, decisões judiciais precisam ser motivadas. Isso significa que, para serem válidas, jamais poderão ser um ato de pura vontade discricionária: a ordem jurídica impõe ao juiz de qualquer grau o dever de apresentar razões, isto é, os fundamentos e argumentos do seu raciocínio e convencimento.

Convém aprofundar um pouco mais este último ponto. Em uma visão tradicional e puramente majoritária da democracia, ela se resumiria a uma *legitimação eleitoral* do poder. Por esse critério, o fascismo na Itália ou o nazismo na Alemanha poderiam ser vistos como democráticos, ao menos no momento em que se instalaram no poder e pelo período em que tiveram apoio da maioria da população. Aliás, por este último critério, até mesmo o período Médici, no Brasil, passaria no teste. Não é uma boa tese. Além do momento da investidura, o poder se legitima, também, por suas ações e pelos fins visados⁵⁷. Cabe aqui retomar a ideia de democracia deliberativa, que se funda, precisamente, em uma *legitimação discursiva*: as decisões políticas devem ser produzidas após debate público livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as razões das opções feitas. Por isso se ter afirmado, anteriormente, que a democracia contemporânea é feita de votos e argumentos⁵⁸. Um *insight* importante nesse domínio é fornecido pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, que se refere à corte constitucional como *representante argumentativo da sociedade*. Segundo ele, a única maneira de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia é concebê-la, também, como uma representação popular. Pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos. O constitucionalismo democrático possui uma legitimação discursiva, que é um projeto de institucionalização da razão e da correção⁵⁹.

⁵⁷ V. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Teoria do poder*, Parte I, 1992, p. 228-231, em que discorre sobre a legitimidade *originária, corrente e finalística* do poder político.

⁵⁸ Para o aprofundamento dessa discussão acerca de legitimação eleitoral e discursiva, v. Eduardo Mendonça, *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. Tese de doutorado, UERJ, mimeografada, 2014, p. 64-86.

⁵⁹ V. Robert Alexy, Balancing, constitutional review, and representation, *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, p. 578 e s., 2005.

Cabe fazer algumas observações adicionais. A primeira delas de caráter terminológico. Se se admite a tese de que os órgãos representativos podem não refletir a vontade majoritária, decisão judicial que infirme um ato do Congresso pode não ser contramajoritária. O que ela será, invariavelmente, é *contrarrepresentativa*⁶⁰. De parte isso, cumpre fazer um contraponto à assertiva, feita parágrafos atrás, de que juízes eram menos suscetíveis a tentações populistas. Isso não significa que estejam imunes a essa disfunção. Notadamente em uma época de julgamentos televisados, cobertura da imprensa e reflexos na opinião pública, o impulso de agradar a plateia é um risco que não pode ser descartado. Mas penso que qualquer observador isento testemunhará que essa não é a regra. É pertinente advertir, ainda, para um outro risco. Juízes são aprovados em concursos árdusos e competitivos, que exigem longa preparação, constituindo quadros qualificados do serviço público. Tal fato pode trazer a pretensão de sobrepor uma certa racionalidade judicial às circunstâncias dos outros Poderes, cuja lógica de atuação, muitas vezes, é mais complexa e menos cartesiana. Por evidente, a arrogância judicial é tão ruim quanto qualquer outra, e há de ser evitada.

O fato de não estarem sujeitas a certas vicissitudes que acometem os dois ramos políticos dos Poderes não é, naturalmente, garantia de que as supremas cortes se inclinarão em favor das posições majoritárias da sociedade. A verdade, no entanto, é que uma observação atenta da realidade revela que é isso mesmo o que acontece. Nos Estados Unidos, décadas de estudos empíricos demonstram o ponto⁶¹. Também no Brasil tem sido assim. A decisão do Supremo Tribunal Federal na

⁶⁰ Tal particularidade foi bem captada por Eduardo Mendonça, *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. Tese de doutorado, UERJ, mimeografada, 2014, p. 213 e ss.

⁶¹ Corinna Barret Lain, Upside-down judicial review, *The Georgetown Law Review*, v. 10, p. 158, 2012-2103. V. tb. Robert A. Dahl, Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker, *Journal of Public Law*, v. 6, p. 285, 1957. Uma compilação de autores americanos acerca desse tema indica como fatores de alinhamento das Supremas Cortes com a maioria: i) a indicação política dos juízes, que, por isso, seriam sensíveis ao pensamento da maioria; ii) a sujeição dos juízes aos valores da comunidade e aos mesmos movimentos sociais; iii) a interação das Supremas Cortes com a opinião pública (inclusive através do *backlash*); iv) a preocupação com sua credibilidade e estabilidade institucional (em face das instâncias majoritárias); v) o desejo de reconhecimento ou a preocupação com a imagem de seus integrantes junto à opinião pública. Entretanto, o legislador também está sujeito à maioria desses fatores. Portanto, não são propriamente eles que fazem a diferença entre a efetiva representatividade do Legislativo e do Judiciário. Sobre o ponto, v. Patrícia Perrone Campos Mello, *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal: constituição, emoção, estratégia e espetáculo*, tese de doutorado, UERJ, mimeografada, 2014, p. 399-411.

ADC nº 12⁶², e a posterior edição da Súmula Vinculante nº 13, que chancelaram a proibição do nepotismo nos três Poderes, representaram um claro alinhamento com as demandas da sociedade em matéria de moralidade administrativa. A tese vencida era a de que somente o legislador poderia impor esse tipo de restrição⁶³. Também ao apreciar a legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ como órgão de controle do Judiciário e ao afirmar a competência concorrente do Conselho para instaurar processos disciplinares contra magistrados, o STF atendeu ao anseio social pela reforma do Judiciário, apesar da resistência de setores da própria magistratura⁶⁴. No tocante à fidelidade partidária, a posição do STF foi ainda mais arrojada, ao determinar a perda do mandato por parlamentar que trocasse de partido⁶⁵. Embora tenha sofrido crítica por excesso de ativismo, é fora de dúvida que a decisão atendeu a um anseio social que não obteve resposta do Congresso. Outro exemplo: no julgamento, ainda não concluído, no qual se discute a legitimidade ou não da participação de empresas privadas no financiamento eleitoral, o STF, claramente espelhando um sentimento majoritário, sinaliza com a diminuição do peso do dinheiro no processo eleitoral⁶⁶. A Corte acaba realizando, em fatias, de modo incompleto e sem possibilidade de sistematização, a reforma política que a sociedade clama.

Para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Mas, vez por outra, trata-se de papel imprescindível. Nos Estados Unidos, foi por impulso da Suprema Corte que se declarou a ilegitimidade da segregação racial nas escolas públicas, no julgamento de *Brown v. Board of Education*⁶⁷. Na

⁶² ADC nº 13, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

⁶³ Em defesa do ponto de vista de que o CNJ não teria o poder de impor tal vedação, v. Lenio Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Clemerson Merlin Cleve, Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf>>.

⁶⁴ ADI nº 3367, Rel. Min. Cezar Peluso, e ADI nº 4.638, Rel. Min. Marco Aurélio. Merece registro, em relação ao segundo ponto, a atuação decidida da então Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Eliana Calmon, na defesa da competência concorrente – e não meramente supletiva – do CNJ.

⁶⁵ MS nº 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia.

⁶⁶ ADI nº 4.650, Rel. Min. Luiz Fux.

⁶⁷ 347 U.S. 483 (1954).

África do Sul, coube ao Tribunal Constitucional abolir a pena de morte⁶⁸. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal deu a última palavra sobre a validade da criminalização da negação do holocausto⁶⁹. A Suprema Corte de Israel reafirmou a absoluta proibição da tortura, mesmo na hipótese de interrogatório de suspeitos de terrorismo, em um ambiente social conflagrado, que se tornara leniente com tal prática⁷⁰.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo⁷¹. Talvez esta não fosse uma posição majoritária na sociedade, mas a proteção de um direito fundamental à igualdade legitimava a atuação. Semelhantemente se passou com a permissão para a interrupção da gestação de fetos anencefálicos⁷². São exemplos emblemáticos do papel iluminista da jurisdição constitucional. Nesses dois casos específicos, um fenômeno chamou atenção. Em razão da natureza polêmica dos dois temas, uma quantidade expressiva de juristas se posicionou contrariamente às decisões – “não por serem contrários ao mérito, absolutamente não...” –, mas por entenderem se tratar de matéria da competência do legislador, e não do STF. Como havia direitos fundamentais em jogo, esta não parece ser a melhor posição. Ela contrapõe o princípio formal da democracia – as maiorias políticas é que têm legitimidade para decidir – aos princípios materiais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, favorecendo o primeiro em ambos os casos⁷³. Coloca-se o procedimento acima do resultado, o que não parece um bom critério.

Às vezes, ocorre na sociedade uma reação a certos avanços propostos pela suprema corte. Nos Estados Unidos, esse fenômeno recebe o nome de *backlash*. Um caso paradigmático de reação do Legislativo

⁶⁸ S v. *Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2353.PDF>>.

⁶⁹ 90 BVerfGE 241 (1994). V. Winfried Brugger, Ban on Or Protection of Hate Speech? Some observations based on German and American law, *Tulane European & Civil Law Forum*, n. 17, p. 1, 2002.

⁷⁰ *Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel & The General Security Service*. HCJ 5100/94 (1999). Disponível em: <http://elyon1.court.gov.il/files_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.pdf>.

⁷¹ ADPF n° 132 e ADI n° 142, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

⁷² ADPF n° 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁷³ Sobre princípios formais e materiais, e critérios para a ponderação entre ambos, v. Robert Alexy, Princípios formais, in: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes (Org.), *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva*, 2014. Na p. 20, escreveu Alexy: “Admitir uma competência do legislador democraticamente legitimado de interferir em um direito fundamental simplesmente porque ele é democraticamente legitimado destruiria a prioridade da constituição sobre a legislação parlamentar ordinária”.

se deu contra o julgamento de *Furman v. Georgia*⁷⁴, em 1972, no qual a Suprema Corte considerou inconstitucional a pena de morte, tal como aplicada em 39 Estados da Federação⁷⁵. O fundamento principal era o descritório nas decisões dos júris e o impacto desproporcional sobre as minorias. Em 1976, no entanto, a maioria dos Estados havia aprovado novas leis sobre pena de morte, contornando o julgado da Suprema Corte. Em *Gregg v. Georgia*⁷⁶, a Suprema Corte manteve a validade da nova versão da legislação penal daquele Estado. Também em *Roe v. Wade*⁷⁷, a célebre decisão que descriminalizou o aborto, as reações foram imensas, até hoje dividindo opiniões de maneira radical⁷⁸. No Brasil, houve alguns poucos casos de reação normativa a decisões do Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, em relação ao foro por prerrogativa de função⁷⁹, às taxas municipais de iluminação pública⁸⁰, à progressividade das alíquotas do IPTU⁸¹, à cobrança de contribuição previdenciária de inativos⁸² e à definição do número de vereadores⁸³.

⁷⁴ 408 U.S. 238 (1972).

⁷⁵ Para um estudo da questão, v. Corinna Barret Lain, *Upside-down judicial review*, (January 12, 2012). Disponível no sítio Social Science Research Network – SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1984060> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984060>, p. 12 e s.

⁷⁶ 428 U.S. 153 (1976).

⁷⁷ 410 U.S. 113 (1973).

⁷⁸ Sobre o tema, v. Robert Post e Reva Siegel, *Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash*, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=990968>>.

⁷⁹ No caso, a Lei nº 10.628/02 introduziu um § 1º ao art. 84, do Código de Processo Penal, estabelecendo que o foro por prerrogativa de função seria mantido mesmo após o fim da função pública, em relação aos atos praticados no exercício da função. Essa disposição significava, na prática, o restabelecimento do entendimento constante da Súmula 394, do Supremo Tribunal Federal, que havia sido cancelada pela Corte em tempo recente (Inq 687-QO, Rel. Min. Sydney Sanches). No entanto, em um caso singular de reação jurisdicional à reação legislativa, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei, afirmando que não caberia ao Congresso rever a interpretação do texto constitucional dada pela jurisdição. V. STF, ADI 2.797, DJ 19.12.2006, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

⁸⁰ O julgamento do RE 233.332/RJ, sob a relatoria do Ministro Ilmar Galvão, em 1999, assentou o entendimento de que “o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”, dada a sua indivisibilidade. O Congresso Nacional, porém, poucos anos depois, editou a EC nº 39/02, acrescentando a contribuição de iluminação pública ao rol das espécies tributárias previstas na Constituição e, na prática, restabelecendo a cobrança desejada pelos Municípios.

⁸¹ Em diversos precedentes, o STF declarou a natureza real do IPTU e, com base nisso, a invalidade de leis municipais que pretendiam fixar alíquotas progressivas, estabelecidas segundo dados da capacidade contributiva dos contribuintes. O entendimento da Corte foi superado pela EC nº 29/2000, que admitiu, expressamente, a progressividade.

⁸² Ao julgar a ADI 2010/DF, relatada pelo Ministro Celso de Mello, o STF declarou inconstitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos inativos. Na sequência, Congresso promulgou a EC nº 41/03, que admitiu expressamente a possibilidade de incidência, a ser imposta por lei do ente responsável por cada sistema próprio. O debate foi devolvido ao Tribunal, que resolveu manter a opção política do constituinte derivado, notadamente a partir do argumento de que inexistia direito adquirido a não ser tributado (STF, DJ 18.02.2005, ADI 3.128, Rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso).

Em favor da tese que se vem sustentando ao longo do presente trabalho, acerca do importante papel democrático da jurisdição constitucional, é possível apresentar uma coleção significativa de decisões do Supremo Tribunal Federal que contribuíram para o avanço social no Brasil. Todas elas têm natureza constitucional, mas produzem impacto em um ramo específico do Direito, como enunciado abaixo:

Direito civil: proibição da prisão por dívida no caso de depositário infiel, incorporando ao direito interno o Pacto de San José da Costa Rica.

Direito penal: declaração da inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime, em caso de crimes hediondos e equiparáveis.

Direito administrativo: vedação do nepotismo nos três Poderes.

Direito à saúde: determinação de fornecimento de gratuito de medicamentos necessários ao tratamento da AIDS em pacientes sem recursos financeiros.

Direito à educação: direito à educação infantil, aí incluídos o atendimento em creche e o acesso à pré-escola. Dever do Poder Público de dar efetividade a esse direito.

Direitos políticos: proibição de livre mudança de partido após a eleição, sob pena de perda do mandato, por violação ao princípio democrático.

Direitos dos trabalhadores públicos: regulamentação, por via de mandado de injunção, do direito de greve dos servidores e trabalhadores do serviço público

Direito dos deficientes físicos: direito de passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual a pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes.

⁸³ No RE 197.917/SP, julgado sob a relatoria do Ministro Maurício Corrêa, o STF declarou a inconstitucionalidade de lei do Município de Mira Estrela/SP, que aumentara o número de vereadores de nove para onze. Segundo o entendimento firmado, não seria suficiente que os Municípios respeitassem as três amplas faixas então indicadas art. 29, IV, da Constituição - tendo em vista tais patamares, o número de vereadores deveria ser rigorosamente proporcional à população de cada Município, a ponto de o STF haver elaborado uma tabela taxativa, a partir de uma operação de regra de três. Em reação parcial à decisão do Tribunal, o Congresso promulgou a EC 58/09, que introduziu 25 novas faixas populacionais, com margens limitadas de decisão autônoma. Assim, embora não se tenha restaurado a discricionariedade ampla antes existente, o constituinte derivado atenuou a proporcionalidade rigorosa que o STF pretendia impor.

Proteção das minorias:

(i) *Judeus*: a liberdade de expressão não inclui manifestações de racismo, aí incluído o antissemitismo.

(ii) *Negros*: validação de ações afirmativas em favor de negros, pardos e índios.

(iii) *Homossexuais*: equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais e direito ao casamento civil.

(iv) *Comunidades indígenas*: demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol em área contínua.

Liberdade de pesquisa científica: declaração da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias.

Direito das mulheres: direito à antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico; constitucionalidade da Lei Maria da Penha.

Três últimos comentários antes de encerrar. Primeiro: a jurisdição constitucional, como se procurou demonstrar acima, tem servido bem ao país. A preocupação com abusos por parte de juizes e tribunais não é infundada, e é preciso estar preparado para evitar que ocorram⁸⁴. Porém, no mundo real, são muito limitadas as decisões do Supremo Tribunal Federal às quais se possa imputar a pecha de haverem ultrapassado a fronteira aceitável. E, nos poucos casos em que isso ocorreu, o próprio Tribunal cuidou de remediar⁸⁵. Portanto, não se deve desprezar, por um temor imaginário, as potencialidades democráticas e civilizatórias de uma corte constitucional. A crítica à atuação do STF, desejável e legítima em uma sociedade plural e aberta, provem mais de atores insatisfeitos com alguns resultados e de um nicho acadêmico minoritário,

⁸⁴ Em estudo denso e pioneiro, tendo como marco teórico a teoria dos sistemas, de Niklas Luhmann, Celso Fernandes Campilongo, *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, 2001, p. 63, advertiu: “O problema central do acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico reside no alto risco de que cada um deles deixe de operar com base em seus próprios elementos (o Judiciário com a legalidade e a Política com a agregação de interesses e tomada de decisões coletivas) e passe a atuar com uma lógica diversa da sua e, conseqüentemente, incompreensível para as auto-referências do sistema. Essa corrupção de códigos resulta num Judiciário que decide com base em critérios exclusivamente políticos (politização da magistratura como a somatória dos três erros aqui referidos: parcialidade, ilegalidade e protagonismo de substituição de papéis) e de uma política judicializada ou que incorpora o ritmo, a lógica e a prática da decisão judiciária em detrimento da decisão política. A tecnocracia pode reduzir a política a um exercício de formalismo judicial”.

⁸⁵ No julgamento envolvendo a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em embargos de declaração, foi restringido o alcance das denominadas “condicionantes” ali estabelecidas, para explicitar que não vinculavam, prospectivamente, novas demarcações. V. Pet. 3388 – ED, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

que opera sobre premissas teóricas diversas das que vão aqui enunciadas. A propósito, cabe formular uma pergunta crucial, feita por Eduardo Mendonça em sua tese de doutorado já citada⁸⁶: o argumento de que a jurisdição constitucional tem atuado em padrões antidemocráticos não deveria vir acompanhado de uma insatisfação popular com o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal? O que dizer, então, se ocorre exatamente o contrário: no Brasil e no mundo, os índices de aprovação que ostenta a corte constitucional costumam estar bem acima dos do Legislativo⁸⁷. Por certo não se devem extrair desse fato conclusões precipitadas nem excessivamente abrangentes. Porém, uma crítica formulada com base em uma visão formal da democracia, mas sem povo, não deve impressionar.

O segundo comentário é intuitivo. Como já se teve oportunidade de afirmar diversas vezes, decisão política, como regra geral, deve ser tomada por quem tem voto. Portanto, o Poder Legislativo e o chefe do Poder Executivo têm uma preferência geral *prima facie* para tratar de todas as matérias de interesse do Estado e da sociedade. E quando tenham atuado, os órgãos judiciais devem ser deferentes para com as escolhas legislativas ou administrativas feitas pelos agentes públicos legitimados pelo voto popular. A jurisdição constitucional somente deve se impor, nesses casos, se a contrariedade à Constituição for evidente, se houver afronta a direito fundamental ou comprometimento dos pressupostos do Estado democrático. Porém, como o leitor terá intuído até aqui, a jurisdição constitucional desempenha um papel de maior destaque quando o Poder Legislativo não tenha atuado. É nas lacunas normativas ou nas omissões inconstitucionais que o STF assume um papel de eventual protagonismo. Como consequência, no fundo, no fundo, é o próprio Congresso que detém a decisão final, inclusive sobre o nível de judicialização da vida.

Merece registro incidental, antes de encerrar o presente trabalho, um fenômeno conhecido na doutrina como *diálogo constitucional ou diálogo institucional*⁸⁸. Embora a corte constitucional ou corte

⁸⁶ Eduardo Mendonça, *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. Tese de doutorado, UERJ, mimeografada, 2014, p. 19-20.

⁸⁷ Segundo pesquisa do IBOPE, realizada em 2012, o índice de confiança dos brasileiros no STF é de 54 pontos (em uma escala de 0 a 100). O do Congresso é 39 pontos. V. <http://www.conjur.com.br/2012-dez-24/populacao-confia-stf-congresso-nacional-ibope>.

⁸⁸ A expressão tem origem na doutrina canadense, ao comentar disposições da Carta Canadense de Direitos que instituem um diálogo entre a Suprema Corte e o Parlamento a propósito de eventuais restrições impostas a direitos fundamentais. Na sua expressão mais radical – e incomum –, a Carta

suprema seja a intérprete final da Constituição em cada caso, três situações dignas de nota podem subverter ou atenuar esta circunstância, a saber: a) a interpretação da Corte pode ser superada por ato do Parlamento ou do Congresso, normalmente mediante emenda constitucional; b) a Corte pode devolver a matéria ao Legislativo, fixando um prazo para a deliberação ou c) a Corte pode conclamar o Legislativo a atuar, o chamado “apelo ao legislador”. Na experiência brasileira existem diversos precedentes relativos à primeira hipótese, como no caso do teto remuneratório dos servidores públicos⁸⁹ e da base de cálculo para incidência de contribuição previdenciária⁹⁰, além dos já referidos anteriormente nesse mesmo tópico.

Em relação à segunda hipótese, referente à fixação de prazo para o Congresso legislar, há precedentes em relação à criação de Municípios⁹¹ ou à reformulação dos critérios adotados no Fundo de Participações dos Estados⁹², embora nem sempre se dê o adequado cumprimento dentro do período demarcado pela decisão. Por fim, relativamente à terceira hipótese, por muitos anos foi esse o sentido dado pela jurisprudência do STF ao mandado de injunção. Um caso muito significativo de diálogo institucional informal se deu em relação ao art. 7º, I da Constituição, que prevê a edição de lei complementar disciplinando a indenização compensatória contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. No julgamento de mandado de injunção, o plenário do STF deliberou que iria fixar, ele próprio, o critério indenizatório, tendo em vista a omissão de mais de duas décadas do Congresso em fazê-lo⁹³. Diante de tal perspectiva, o Congresso aprovou em tempo recorde a Lei nº 12.506/2011, provendo a respeito.

permite até mesmo que o Parlamento, presentes determinadas circunstâncias, reveja certas decisões judiciais. Sobre o tema, v. Peter Hogg e Allison A. Bushell, *The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the chart isn't such a bad thing after all)*, *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997, e Mark Tushnet, *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, 2008, p. 24-33. Na literatura brasileira, v. Rodrigo Brandão, *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*, 2011, especialmente p. 273 e s.

⁸⁹ ADI 14, Rel. Min. Celio Borja, j. 13.09.89. No início da vigência da Constituição de 1988, o STF entendeu que o teto remuneratório do art. 37, XI não se aplicava às “vantagens pessoais”, frustrando, na prática, a contenção dos abusos nessa matéria. Foram necessárias duas emendas constitucionais para superar tal entendimento: a de nº 19, de 1998, e a de nº 41, de 2003.

⁹⁰ RE 166.772, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 16 dez. 1994.

⁹¹ ADI 2240, Rel. Min. Eros Grau.

⁹² ADI 3682, Rel. Min. Gilmar Mendes. Neste caso, o STF fixou o prazo de 18 meses para o Congresso Nacional sanar a omissão relativamente à edição da lei complementar exigida pelo art. 18, § 4º da CF, tida como indispensável para a criação de Municípios por lei estadual. V. tb. ADI

⁹³ MI 943/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Mais recentemente, dois casos de diálogo institucional tiveram lugar. Ao decidir ação penal contra um Senador da República, o STF, por maioria apertada de votos, interpretou o art. 55, VI e seu § 2 no sentido de caber à Casa legislativa decretar a perda do mandato de parlamentar que sofresse condenação criminal transitada em julgado⁹⁴. Ministros que afirmaram a posição vencedora registraram sua crítica severa à fórmula imposta pela Constituição, instando o Congresso a revisitar o tema⁹⁵. Pouco tempo após o julgamento, o Senado Federal aprovou Proposta de Emenda Constitucional superadora desse tratamento deficiente da matéria. Em final de 2014, a Proposta ainda se encontrava em tramitação na Câmara. Em outro caso, um Deputado Federal foi condenado a mais de 13 anos de prisão, em regime inicial fechado⁹⁶. Submetida a questão da perda do seu mandato à Câmara dos Deputados, a maioria deliberou não cassá-lo. Em mandado de segurança impetrado contra esta decisão foi concedida liminar, sob o fundamento de que em caso de prisão em regime fechado, a perda do mandato deveria se dar por declaração da Mesa e não por deliberação política do Plenário⁹⁷. Antes do julgamento do mérito do mandado de segurança, a Câmara dos Deputados suprimiu a previsão de voto secreto na matéria e deliberou pela cassação.

O que se deduz desse registro final é que o modelo vigente não pode ser caracterizado como de supremacia judicial. O Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de ser o intérprete final do direito, nos casos que são a ele submetidos, mas não é o dono da Constituição. Justamente ao contrário, o sentido e o alcance das normas constitucionais são fixados em interação com a sociedade, com os outros Poderes e com as instituições em geral. A perda de interlocução com a sociedade, a eventual incapacidade de justificar suas decisões ou de ser compreendido, retiraria o acatamento e a legitimidade do Tribunal. Por outro

⁹⁴ AP 565, Rel. Min. Carmen Lúcia (caso Ivo Cassol).

⁹⁵ Foi o meu caso. Em outra decisão, ao apreciar pedido cautelar no MS 32.326, do qual era relator, expus de forma analítica minha posição: “Este *imbroglio* relativamente à perda de mandato parlamentar, em caso de condenação criminal, deve funcionar como um chamamento ao Legislativo. O sistema constitucional na matéria é muito ruim. Aliás, o Congresso Nacional, atuando como poder constituinte reformador, já discute a aprovação de Proposta de Emenda Constitucional que torna a perda do mandato automática nas hipóteses de crimes contra a Administração e de crimes graves. Até que isso seja feito, é preciso resistir à tentação de produzir este resultado violando a Constituição. O precedente abriria a porta para um tipo de hegemonia judicial que, em breve espaço de tempo, poderia produzir um curto circuito nas instituições”.

⁹⁶ AP 396, Rel. Min. Carmen Lúcia (caso Natan Donadon).

⁹⁷ MS 32326, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

lado, qualquer pretensão de hegemonia sobre os outros Poderes sujeitaria o Supremo a uma mudança do seu desenho institucional ou na superação de seus precedentes por alteração no direito, competências que pertencem ao Congresso Nacional. Portanto, o poder do Supremo Tribunal Federal tem limites claros. Na vida institucional, como na vida em geral, ninguém é bom demais e, sobretudo, ninguém é bom sozinho.

Conclusão

Circunstâncias diversas, como o final da guerra, a consolidação do ideal democrático e a centralidade dos direitos fundamentais, impulsionaram uma vertiginosa ascensão institucional do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional em todo o mundo. Como consequência, juízes e tribunais passaram a integrar a paisagem política, ao lado do Legislativo e do Executivo. A teoria constitucional dominante, nas últimas décadas, tem desenvolvido um discurso de justificação e legitimação democrática desse processo histórico. Paralelamente a esse rearranjo institucional, a complexidade da vida moderna, potencializada pela diversidade e pelo pluralismo, levou a uma crise da lei e ao aumento da indeterminação do direito, com a transferência de maior competência decisória a juízes e tribunais, que passaram a fazer valorações próprias diante de situações concretas da vida.

Nesse novo universo, cortes como o Supremo Tribunal Federal passaram a desempenhar, simultaneamente ao papel contramajoritário tradicional, uma função representativa, pela qual atendem a demandas sociais relevantes que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário. No desempenho de tal atribuição, o juiz constitucional não está autorizado a impor suas próprias convicções. Pautado pelo material jurídico relevante (normas, conceitos, precedentes), pelos princípios constitucionais e pelos valores civilizatórios, cabe-lhe interpretar o sentimento social, o espírito de seu tempo e o sentido da história. Com a dose certa de prudência e de ousadia. O conjunto expressivo de decisões referidas no presente trabalho, proferidas sob a Constituição de 1988, exibem um Supremo Tribunal Federal comprometido com a promoção dos valores republicanos, o aprofundamento democrático e o avanço social. No desempenho de tal papel, a Corte tem percorrido o caminho do meio, sem timidez nem arrogância.

Referências bibliográficas

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. *Separação de poderes e medidas provisórias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.

_____. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. ed. Freiburg: München, 2005.

_____. Justification and application of norms. *Ratio Juris*, v. 6, n. 2, p. 157-170, 1993.

_____. *La institucionalización de la justicia*. 2005. p. 76.

_____. ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre T. G.; LOPES, Mônica Sette; SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). *Anais do Congresso Brasil-Alemanha de Teoria do Direito e Direito Constitucional: Conceito e Aplicação do Direito em Robert Alexy*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck. *Old courts, new beginnings: judicial continuity and constitutional transformation in Argentina and Brazil*. 2014. (mimeogr.).

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989.

BARAK, Aharon. *Judicial discretion*. New Haven: Yale University Press, 1989.

_____. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. New York: Cambridge University Press, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, 2005.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forum, 2012.

_____. Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, 26 ago. 2014

_____. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. III.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism*. Heidelberg: Springer, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria de direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARBONELL, Miguel (Org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta-UNAM, 2007.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça*. 2011.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. *The forum of principle*. *New York University Law Review*, v. 56, p. 469-518, 1981.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

- FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: o múltiplo Supremo*, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1968.
- GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito?* São Paulo: Saraiva, 2014.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GASPARI, Elio. *A ditadura derrotada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- _____. *A ditadura encurralada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- _____. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- _____. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HOGG, Peter H.; BUSHHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.
- JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. Rio: Forense, 1970.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. 1788.
- _____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 1795.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Coimbra, 1979.
- KENNEDY, Duncan. Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000. In: TRUBECK, David; SANTOS, Alvaro (Org.). *The new law and development: a critical appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- KLARMAN, Michael J. The majoritarian judicial review: the entrenchment problem. *The Georgetown Law Journal*, v. 85, p. 491-553, 1996-1997.

LAIN, Corinna Barret. Upside-down judicial review. *The Georgetown Law Review*, v. 101, p. 113-183, 2012-2103.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, v. 57/58, ano XIV, jan./jun./1981.

MENDONÇA, Eduardo. *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. 2014. Tese (Doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. (mimeogr.).

MICHEL, Miaille. *Uma introdução crítica ao direito*. Lisboa: Moraes, 1979.

MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MILL, John Stuart. *On liberty*. Londres: Longmans, 1874.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder – parte I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. *Revista CEJ*, ano 13, n. 45, p. 102-109, 2009.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PLASTINO, Carlos Alberto. *Crítica do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STEPHAN, Alfred (Org.). *Democratizando o Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf>>.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TRIVISSONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. (Org.). *Robert Alexy – princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, v. 3, n. 12, p. 107-142, 2008.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1352, 2006.

Dignidade da pessoa humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

*Ingo Wolfgang Sarlet*¹

Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul

1. Notas introdutórias

A dignidade da pessoa humana, consagrada na condição de princípio fundamental estruturante e informador de toda a ordem jurídico-constitucional no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (doravante CF), tem assumido uma posição cada vez com maior destaque na esfera de sua invocação e aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o que, aliás, se verifica em todos os níveis da Jurisdição, seja na esfera da Justiça Estadual, seja no domínio da Justiça Federal comum e especializada, especialmente, neste último caso, da Justiça do Trabalho. Mas é na prática decisória do Supremo Tribunal Federal (STF) que o sentido e alcance atribuído à dignidade da pessoa humana assumem feição particularmente relevante, considerando-se o caráter vinculativo e diretivo da jurisprudência daquele que vem a ocupar, no caso brasileiro (e à moda brasileira), a condição de guardião da Constituição. Todavia, para viabilizar a análise seletiva da jurisprudência da nossa Corte Constitucional, importa, num primeiro passo, tematizar o conceito, as dimensões e funções da dignidade no Estado Constitucional, seguindo-se o exame da jurisprudência do STF, com ênfase na relação entre dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, ilustrado por alguns exemplos, tudo com o propósito de compreender como se aplica o princípio (e regra) da dignidade da pessoa humana no Brasil, de modo a poder avançar com algumas considerações finais de caráter crítico.

¹ Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da PUCRS. Juiz de Direito no RS.

2. Notas sobre o conceito, dimensões e funções da dignidade da pessoa no Estado Constitucional

A despeito das inúmeras tentativas formuladas ao longo dos tempos, notadamente (mas não exclusivamente) no âmbito da fecunda tradição filosófica ocidental,² verifica-se que uma conceituação mais precisa do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção na esfera do Direito, continua a ser um desafio para todos os que se ocupam do tema. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos,³ caracterizado por uma “ambiguidade e porosidade”, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica⁴. Nesta perspectiva, embora com a devida cautela, há como acompanhar José de Melo Alexandrino quando averba que “o princípio da dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar”⁵.

Uma das principais dificuldades, todavia, reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa humana, diversamente do que ocorre com as normas que definem e asseguram direitos fundamentais, não se trata de demarcar aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida por muitos – por mais reservas que se deva ter

² A respeito deste ponto, no que diz com a literatura brasileira, v. especialmente o nosso *Dignidade da pessoa e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Entre os autores estrangeiros, v., na literatura alemã e considerando apenas a produção monográfica, mais recentemente, Paul Tiedemann, *Menschenwürde als Rechtsbegriff – Eine philosophische Klärung*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007, especialmente, no que diz com a noção de dignidade no pensamento filosófico, p. 109-174. Na literatura em língua espanhola, v. entre outros, Antonio Pele, *La dignidad humana: sus orígenes en el pensamiento clásico*, Madrid: Dikynson, 2010 (embora priorizando a concepção de dignidade dos autores do período clássico, especialmente Aristóteles, Cícero e Sêneca).

³ Neste sentido, entre tantos, Theodor Maunz e Reinhold Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, 29. ed., München: C.H. Beck, 1994, p. 179.

⁴ Assim o sustenta, no Brasil, Cármen Lúcia Antunes Rocha, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *Revista Interesse Público*, n. 4, p. 24, 1999.

⁵ Cf. José de Melo Alexandrino, Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções, in: CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paulo Costa e (Coord.), *Estudos em Honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra: Almedina, 2008, v. 1, p. 481.

em relação a tal concepção! – como inerente (melhor seria atribuída e/ou reconhecida) a todo e qualquer ser humano. É precisamente nesta perspectiva que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade na sua condição jurídico-normativa.⁶

A despeito das dificuldades, verifica-se, contudo, que a doutrina e a jurisprudência – especialmente para o efeito da “construção” de uma noção jurídica de dignidade⁷ – cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito, concretizando minimamente o seu conteúdo, ainda que não se possa falar, também aqui, de uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita⁸. Nesse contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas,⁹ razão pela qual há que reconhecer que se trata de um conceito em perma-

⁶ Cf., por exemplo, adverte Michael Sachs, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, Berlin-Heidelberg-New York: Springer, 2000, p. 173.

⁷ Quando aqui se fala em uma noção jurídica de dignidade, pretende-se apenas clarificar que se está simplesmente buscando retratar como a doutrina e a jurisprudência constitucional – e ainda assim de modo apenas exemplificativo – estão compreendendo, aplicando e eventualmente concretizando e desenvolvendo uma (ou várias) concepções a respeito do conteúdo e significado da dignidade da pessoa. Por outro lado, não se questiona mais seriamente que a dignidade seja também um conceito jurídico. Neste sentido, por todos e mais recentemente, Philip Kunig, Art. 1 GG (*Würde des Menschen, Grundrechtsbindung*), in: Ingo von Münch (Org.). *Grundgesetz Kommentar*, 5. ed., München: C.H. Beck, 2000, v. I, p. 76.

⁸ Neste sentido, a sugestiva lição de Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in: Joseph Isensee-Paul Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C.F. Müller, 1987, v. I, p. 853 para quem se revela indispensável a utilização de exemplos concretos para obter uma aproximação com o conceito de dignidade da pessoa humana, salientando, além disso, a importância de um preenchimento desta noção “de baixo para cima”, no sentido de que a própria ordem jurídica infraconstitucional fornece importante material para a definição dos contornos do conceito. Registre-se, por oportuno, a crítica de Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1974, p. 57, salientando que a dogmática jurídica habitualmente define a dignidade sem qualquer consideração pelas ciências que se ocupam do Homem e da Sociedade, aferrando-se a uma tradição aristotélica. Ainda que Luhmann possa ter parcial razão quanto a este aspecto, convém destacar, todavia, que sua obra foi escrita na década de 1960, quando a ciência jurídica recém estava iniciando o estudo mais sistemático da dignidade na condição de categoria jurídica.

⁹ Cf., por todos, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 7. ed., 2003, p. 225-226.

nente processo de construção e desenvolvimento,¹⁰ assim como se dá com a própria noção de direitos humanos e fundamentais¹¹. Portanto, também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais, embora sempre em diálogo com os impulsos vindos da sociedade¹². Também por esta razão é indispensável que se tome sempre em conta o conteúdo e significado atribuído à noção de dignidade da pessoa humana pelos órgãos jurisdicionais, com destaque para a assim chamada jurisdição constitucional e para os tribunais internacionais que velam pelo cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos, o que aqui será levado a efeito com base em especial no direito constitucional brasileiro e no labor decisório do STF.

Inicialmente, importa lembrar que embora a noção de dignidade da pessoa humana pertença aos conceitos basilares da tradição filosófica desde a antiguidade, sua relevância para o Direito é recente, e, a despeito de algumas aparições isoladas anteriores, passou a ser reconhecida apenas a partir da trágica experiência da Segunda Grande Guerra.¹³ Por outro lado, embora elementar que o reconhecimento de uma dignidade à pessoa humana (e ao humano) não se processa apenas na esfera do Direito e na medida em que pelo Direito é reconhecida, também se revela evidente que o Direito exerce um papel crucial na sua proteção e promoção, de tal sorte que, especialmente quando se cuida de aferir a existência de ofensas à dignidade, não há como prescindir de uma clarificação quanto ao conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, justamente para que se possa constatar e, o que é mais importante, coibir eventuais violações desta mesma dignidade.¹⁴

¹⁰ Tal como proposto, entre outros, por Cármen Lúcia Antunes Rocha, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *Revista Interesse Público*, n. 4, p. 24, 1999.

¹¹ Cf., por todos, sublinhando a relação com a dignidade da humana, Flávia Piovesan, Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana, in: George Salomão Leite (Org.), *Dos princípios constitucionais – considerações em torno da normas principiológicas da Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180 e ss.

¹² Cf. averba Reinhold Zippelius, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, 1994, p. 14.

¹³ Cf. por último e por todos, Stephan Kirste, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2010, p. 126.

¹⁴ Cf. Peter Badura, Generalprävention und Würde des Menschen, *JZ*, 1964, p. 341, para quem a clareza suficiente a respeito do conteúdo da dignidade da pessoa tal qual reconhecida e protegida por uma determinada ordem constitucional constitui pressuposto para a solução adequada dos casos concretos. No mesmo sentido, v. também Jesus González Pérez, *Dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, p. 111.

Com efeito, refutando a tese de que a dignidade não constitui um conceito juridicamente apropriável e que não caberia – como parece sustentar Habermas¹⁵ – em princípio, aos Juízes ingressar na esfera do conteúdo ético da dignidade, relegando tal tarefa ao debate na esfera pública (em especial, no âmbito dos parlamentos), assume relevo a observação de Denninger, no sentido de que – diversamente do filósofo, para quem, de certo modo, é fácil exigir uma contenção e distanciamento no trato da matéria – para a jurisdição constitucional, quando provocada a intervir na solução de determinado conflito versando sobre as diversas dimensões da dignidade, não existe a possibilidade de recusar sua manifestação, sendo, portanto, compelida a proferir uma decisão, razão pela qual já se percebe que não há como dispensar uma compreensão (ou conceito) jurídica da dignidade da pessoa humana, já que desta – e à luz do caso examinado pelos órgãos judiciais – haverão de ser extraídas determinadas consequências jurídicas,¹⁶ muitas vezes decisivas para a proteção da dignidade das pessoas concretamente consideradas.

Feitas essas considerações, procurar-se-á, na sequência, destacar algumas das possíveis e relevantes dimensões da dignidade da pessoa humana, ressaltando-se que tais dimensões, por sua vez, não se revelam como necessariamente incompatíveis e reciprocamente excludentes. Pelo contrário, é a multidimensionalidade da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica que lhe poderá assegurar sua peculiar força normativa e o cumprimento de suas funções.

¹⁵ Com efeito, Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur – Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001, p. 70 e ss., argumenta, em síntese, que o Estado secularizado e neutro, quando constituído de modo democrático e procedendo de modo inclusivo, não pode tomar partido numa controvérsia ética relacionada com a dignidade da pessoa humana e o direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade (artigos 1º e 2º da Lei Fundamental da Alemanha). Além disso – segue argumentando Habermas – quando a pergunta a respeito do tratamento dispensado à vida humana antes do nascimento envolve questões de conteúdo ético, o razoável será sempre contar com um fundado dissenso, tal qual encontrado na esfera do debate parlamentar por ocasião da elaboração das leis (no caso, Habermas fez referência expressa ao debate no Parlamento da Alemanha, ocorrido no dia 31.05.2001).

¹⁶ Cf. Erhard Denninger, *Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, v. 86, n. 2, p. 195-196, 2003, lembrando, nesta perspectiva (da necessária intervenção da jurisdição constitucional no plano das decisões envolvendo a dignidade da pessoa humana), a argumentação desenvolvida pela ex-presidente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Juíza Jutta Limbach (extraída de voto proferido em decisão envolvendo a descriminalização do aborto), no sentido de que assim como é correto afirmar que a ciência jurídica não é competente para responder à pergunta de quando inicia a vida humana, também é certo que as ciências naturais não estão em condições de responder desde quando a vida humana deve ser colocada sob a proteção do direito constitucional (op. cit., p. 196).

Numa primeira aproximação, superando a noção (ainda extremamente influente no pensamento filosófico e jurídico contemporâneo) de que a dignidade constitui uma qualidade inata (natural) do ser humano, como algo inerente à própria condição humana, parece correto afirmar, já em outro sentido, que a dignidade representa um valor especial e distintivo reconhecido em cada ser humano como sendo merecedor de igual respeito, proteção e promoção. Além disso, não se deverá olvidar que a dignidade constitui atributo reconhecido a qualquer ser humano, visto que, em princípio, todos são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas e integrantes da comunidade humana, ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes ou consigo mesmos.

Aliás, não é outro o entendimento que subjaz ao art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”, preceito que, de certa forma, revitalizou e universalizou – após a profunda barbárie na qual mergulhou a humanidade na primeira metade do século XX – a noção de que a todos os seres humanos, sem distinção, é atribuída uma dignidade.

Considerando a distinção - embora nem sempre assim compreendida – entre as noções de dignidade humana (que transcende a dignidade da pessoa individualmente considerada) e dignidade da pessoa humana, parte-se aqui da premissa (de resto, praticamente um lugar comum) de que em função da dignidade que lhe é atribuída, cada ser humano é único e como tal titular de direitos próprios e indisponíveis. Nesta perspectiva, tal como formulado por Carlos Ayres Britto, “o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana *decola* do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um universo em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte; isto é, *se toda pessoa natural é parte de algo (o corpo social), é ao mesmo tempo um algo à parte* (grifos do autor)¹⁷.” Em outras palavras, fazendo coro com Jorge Miranda, “a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta.”¹⁸

¹⁷ Cf. Carlos Ayres Britto, *O humanismo como categoria constitucional*, op. cit., p. 27.

¹⁸ Cf. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, op. cit., v. IV, p. 199.

Por outro lado, tendo em conta que somente há que falar em dignidade (assim como em direitos e deveres humanos e fundamentais) num contexto marcado pela intersubjetividade, também já representa um lugar comum – embora a relevância da assertiva – que a dignidade da pessoa humana implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa, traduzida num feixe de direitos e deveres correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas, sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao “florescimento humano”¹⁹, tudo a reforçar a – já afirmada – relação (íntima e em parte indissociável, mas não exclusiva!) entre dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e fundamentais.

É justamente nessa perspectiva que a lição de Jürgen Habermas²⁰ se revela particularmente relevante, ao sugerir que a dignidade da pessoa, numa acepção rigorosamente moral e jurídica, encontra-se vinculada à simetria das relações humanas, de tal sorte que sua *intangibilidade* (o grifo é do autor) resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito, razão pela qual apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem, o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade.²¹ Por tal razão, como bem destaca Hasso Hofmann²², a dignidade necessariamente deve ser compreendida numa perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da co-humanidade de cada indivíduo (*Mitmenschlichkeit des Individuums*).

Afirmada sua dimensão intersubjetiva e relacional, necessário destacar que a dignidade da pessoa humana possui também um sentido histórico-cultural, sendo – na acepção de Peter Häberle – fruto

¹⁹ Cf. João Loureiro, O direito à identidade genética do ser humano, in: Portugal-Brasil Ano 2000, p. 281, 1999. (Edição Especial do Boletim da Faculdade de Direito).

²⁰ Cf. Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur – Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, p. 62 e ss.

²¹ Cf. Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur – Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001, p. 65.

²² Cf. Hasso Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, *Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)*, n. 118, p. 364, 1993, posicionando-se - ao sustentar que a dignidade, na condição de conceito jurídico, assume feições de um conceito eminentemente comunicativo e relacional – no sentido de que a dignidade da pessoa humana não poderá ser destacada de uma comunidade concreta e determinada onde se manifesta e é reconhecida. No mesmo sentido, reconhecendo que a dignidade também assume a condição de conceito de comunicação, v., no âmbito da doutrina lusitana, a referência de Jonas Machado, Liberdade de expressão – dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social, Coimbra: Coimbra, 2002, p. 360.

do trabalho de diversas gerações e da humanidade como um todo²³. Tal linha de aproximação (histórico-cultural) foi recepcionada por expressiva jurisprudência constitucional, destacando-se aqui precedente do Tribunal Constitucional de Portugal, que, no âmbito do Acórdão nº 90-105-2, de 29.03.1990, assentou que “a ideia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – não é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente”²⁴.

Para além das dimensões já apresentadas e em diálogo com as mesmas, indispensável compreender – até mesmo pela relevância de tal aspecto para os direitos e deveres humanos e fundamentais – que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta por estar em causa simultaneamente a expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente – mas não exclusivamente! – quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.²⁵ Tal concepção guarda sinergia também com a doutrina de Dworkin²⁶, que parte do pressuposto de que a dignidade possui “tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas

²³ Cf. Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in: Josef Isensee; Paul Kirchhof (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller, 1987, v. I, p. 860, destacando-se que a despeito da referida dimensão cultural, a dignidade da pessoa mantém sempre sua condição de valor próprio, inerente a cada pessoa humana, podendo falar-se assim de uma espécie de “constante antropológica”, de tal sorte que a dignidade possui apenas uma dimensão cultural relativa (no sentido de estar situada num contexto cultural), apresentando sempre também traços tendencialmente universais (op. cit., p. 842-843).

²⁴ Acórdão nº 90-105-2, de 29.03.90, Relator Bravo Serra, em que, para além do aspecto já referido, entendeu-se ser do legislador “sobretudo quando, na comunidade jurídica, haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo um pluralismo mundividencial ou de concepções” a tarefa precípua de “em cada momento histórico, ‘ler’, traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios ‘abertos’ da Constituição.”

²⁵ Cf., entre tantos, Martin Koppernack, *Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung*, Baden-Baden: Nomos, 1997, p. 19-20, salientando – na esteira de outros doutrinadores, que mesmo presente, em sua plenitude, a autonomia da vontade (dignidade como capacidade de autodeterminação) esta poderá ser relativizada em face da dignidade na sua dimensão assistencial (protetiva), já que, em determinadas circunstâncias, nem mesmo o livre consentimento autoriza determinados procedimentos, tal como ocorre, v.g., com a extração de todos os dentes de um paciente sem qualquer tipo de indicação médica, especialmente quando o consentimento estiver fundado na ignorância técnica. Até que ponto, nesta e em outras hipóteses até mesmo mais gravosas, é possível falar na presença de uma plena autonomia, é, de resto, aspecto que refoge ao âmbito destas considerações, mas que, nem por isso, deixa de merecer a devida atenção.

²⁶ Cf. Ronald Dworkin, *El dominio de la vida – una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona: Ariel, 1998, p. 306-307.

encontram-se conectadas”, de tal sorte que é no valor intrínseco (na “santidade e inviolabilidade”) da vida humana (de todo e qualquer ser humano) que encontramos a explicação para o fato de que mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada²⁷.

Que essa assertiva não conduz necessariamente à refutação da possível distinção (mas não dissociação) entre as noções de pessoa e dignidade, vai aqui afirmado, ainda que não desenvolvido, muito embora se cuide de um dos principais aspectos do pensamento de Hegel²⁸, recuperado e desenvolvido, mais recentemente, por autores como Habermas (que traça uma linha distintiva entre o que chama de dignidade da pessoa e dignidade da vida humana²⁹) e Stephan Kirste (que, em termos gerais, identifica a dignidade, na perspectiva jurídica, com a noção de Pessoa como sujeito de direitos – “Rechtsperson”)³⁰, apenas para citar alguns dos autores que têm desenvolvido tal orientação, muito embora mediante argumentos nem sempre coincidentes.

²⁷ Cf. Ronald Dworkin, *El dominio de la vida – una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona: Ariel, 1998, p. 306-309. Sobre a distinção (autonomia), mas mesmo assim íntima conexão entre dignidade e vida (pois dignidade e vida, como princípios e direitos fundamentais, referem-se, em primeira linha, à pessoa humana, sendo esta o elo comum) bem como a respeito das relações entre ambos os valores, v. especialmente os desenvolvimentos de Michael Kloepfer, *Leben und Würde des Menschen*, in: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 2001, especialmente p. 78 e ss.

²⁸ Com efeito, de acordo com Kurt Seelmann, *Person und Menschenwürde in der Philosophie Hegels*, in: Horst Dreier (Org.), *Philosophie des Rechts und Verfassungstheorie – Geburtstagsympoion für Hasso Hofmann*, Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p. 141, destaca que o mais apropriado seria falar que, ao pensamento de Hegel (e não estritamente na sua Filosofia do Direito), encontra-se subjacente uma teoria da dignidade como viabilização de determinadas prestações. Tal teoria, além de não ser incompatível com uma concepção ontológica da dignidade (vinculada a certas qualidades inerentes à condição humana), significa que uma proteção jurídica da dignidade reside no dever de reconhecimento de determinadas possibilidades de prestação, nomeadamente, a prestação do respeito aos direitos, do desenvolvimento de uma individualidade e do reconhecimento de um autoenquadramento no processo de interação social. Além disso, como bem refere o autor, tal conceito de dignidade não implica a desconsideração da dignidade (e sua proteção) no caso de pessoas com deficiência mental relevante ou gravemente enfermas, já que a possibilidade de proteger determinadas prestações não significa que se esteja a condicionar a proteção da dignidade ao efetivo implemento de uma dada prestação, já que também aqui (de modo similar – como poderíamos acrescentar – ao que se verificou relativamente ao pensamento Kantiano, centrado na capacidade para a autodeterminação inerente a todos os seres racionais) o que importa é a possibilidade de uma prestação (op. cit., p. 142). A respeito das diversas dimensões da dignidade encontradas no pensamento de Hegel, v., ainda, a breve referência de Otfried Höffe, *Menschenwürde als ethisches Prinzip*, in: Otfried Höffe; Ludger Honnefelder; Josef Jense; *Gentechnik und Menschenwürde – An den Grenzen von Ethik und Recht*, Köln: Du Mont, 2002, p. 133.

²⁹ Cfr. Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur – Auf dem Weg zur einer liberalen Eugenik?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, p. 57 e ss.

³⁰ Cf. Stephan Kirste, *A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito*, in: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Dimensões da dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 175-198.

Também (mas não apenas) nesse contexto, assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um),³¹ condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão (em particular no que diz com a perspectiva jurídico-constitucional) defensiva e prestacional da dignidade, ainda mais evidente quando se cuida de identificar a conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais, o que será objeto de maior atenção logo adiante, quando da identificação de alguns exemplos extraídos da jurisprudência constitucional brasileira.

3. A dignidade da pessoa humana na visão do STF

3.1. Dignidade como princípio estruturante e critério de legitimação da ordem jurídico-constitucional

Ao examinar o status jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana no âmbito de nosso ordenamento constitucional, verifica-se que, no Brasil, diversamente de outras ordens jurídicas em que nem sempre houve clareza quanto ao seu correto enquadramento,³² o constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, consoante já frisado, à condição de princípio (e valor) fundamental (artigo 1º, inciso III, da CF), muito embora a inclusão – no que diz com a terminologia

³¹ Cf., por todos, Adalbert Podlech, Anmerkungen zu Art. 1 Abs. I Grundgesetz, in: Rudolf Wassermann (Org.) *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Alternativ Kommentar), 2. ed., Neuwied: Luchterhand, 1989, v. I, p. 280-281.

³² Assim ocorre, por exemplo, na Alemanha, onde, inexistindo título autônomo para os princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana consta no catálogo dos direitos fundamentais (art. 1º, inc. I), sendo considerada – de acordo com a doutrina majoritária e jurisprudência constitucionais – simultaneamente um direito fundamental e um princípio fundamental da ordem de valores objetiva, havendo, contudo, quem negue o caráter de direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Sobre essa discussão, que aqui deixaremos de aprofundar, v., entre tantos, Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München: C. H. Beck, 1988, v. III/1, p. 22 e ss. Assim também Theodor Maunz e Reinhold Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, 29. ed., München: C. H. Beck, 1994, p. 180, e Tatjana Geddert-Steinacher, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, Berlin: Duncker & Humblot, 1990, p. 164 e ss., Wollfram Höfling, Anmerkungen zu Art. 1 Abs 3 Grundgesetz, in: Michael Sachs (Org.), *Grundgesetz – kommentar*, München: C. H. Beck, 1996, p. 102, Horst Dreier, Anmerkungen zu Art. 1 I GG, in: Horst Dreier (Org.), *Grundgesetz Kommentar*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, v. I, p. 117-119, Christian Starck, in: *Bonner Grundgesetz*, p. 47-9, bem como Michael Sachs, *Verfassungsrecht II. Grundrechte*, Berlin-Heidelberg-New York: Springer-Verlag, 2000, p. 171 e ss.

adotada pela CF – no Título dos princípios fundamentais, não afasta a circunstância de que a dignidade, em diversas situações, no campo do Direito, atua como regra jurídica, em outras palavras, como fundamento de regras jurídicas, como é o caso, por exemplo, da proibição da tortura, que será objeto de alguma atenção mais adiante.

Embora entendamos que a discussão em torno da qualificação da dignidade da pessoa como princípio ou direito fundamental não deva ser superestimada, já que não se trata de conceitos necessariamente antiéticos e reciprocamente excludentes (não só, mas também, pelo fato de que as próprias normas de direitos fundamentais igualmente assumem a dúplice condição de princípios e regras)³³, comungamos do entendimento de que, além de os direitos fundamentais expressamente consagrados na Constituição encontrarem – pelo menos em grande parte – seu fundamento na dignidade da pessoa humana, também é possível reconhecer que do próprio princípio da dignidade da pessoa podem e até mesmo devem ser deduzidas posições jusfundamentais (direitos e deveres), ainda que não expressamente positivados, de tal sorte que, neste sentido, é possível aceitar que se trata de uma norma de direito fundamental, muito embora daí não decorra, pelo menos não necessariamente, a existência de um direito fundamental à dignidade.³⁴ Tal aspecto, aliás, chegou a ser objeto de lúcida referência feita pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao considerar que a dignidade da pessoa não poderá ser negada a qualquer ser humano, muito embora seja violável a pretensão de respeito e proteção que dela (da dignidade) decorre.³⁵ Assim, quando se fala em um direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito ao reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa.

³³ Sobre o caráter dúplice (princípio e regra) das normas de direitos fundamentais, v. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 71 e ss. No Brasil, v., por último, destacando tal característica também para a dignidade da pessoa humana, v. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais* – conteúdo essencial, restrições e eficácia, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 183 e ss.

³⁴ Cf. sustenta, entre outros, Béatrice Maurer, Notes sur le respect de la dignité humaine... ou petite fugue inachevée autour d'un thème central, in: Alain Sérieux et al., *Le droit, la médecine et l'être humain*, Aix-Em-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1996, p. 207.

³⁵ Cf., por exemplo, BverfGE 87, 209 (228), citado por Horst Dreier, Art. 1 I GG, in: Horst Dreier (Org.), *Grundgesetz Kommentar*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, v. I, p. 120, referindo que mesmo o torturado e o perseguido não perdem a sua dignidade, ainda que esta tenha sido violada.

Num primeiro momento – convém frisá-lo –, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, da CF, não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente dotado de eficácia e aplicabilidade, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.³⁶ Nesse contexto, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais (embora com os direitos não se confunda, em toda sua extensão), mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*)³⁷. Na formulação de Jorge Miranda, que igualmente se manifestou sobre o tópico, trata-se de um “princípio axiológico fundamental” que ao mesmo tempo opera como “limite transcendente do poder constituinte”³⁸.

Voltando-nos ao direito brasileiro, no qual, em termos gerais, a doutrina tem aderido à noção de que a dignidade cumpre a função de valor-fonte da ordem jurídica,³⁹ verifica-se, já na esfera do reconhecimento jurisprudencial, que também o STF tem seguido esta linha de entendimento, sublinhando, reiteradamente, que a dignidade da pessoa humana constitui “verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”⁴⁰.

³⁶ Cf. Ernst Benda, *Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht*, in: Benda-Maihofer-Vogel (Org.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. ed., Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1994, v. I, p. 164, lição esta que – embora voltada ao art. 1º da Lei Fundamental da Alemanha – revela-se perfeitamente compatível com a posição outorgada pelo nosso Constituinte de 1988 ao princípio da dignidade da pessoa humana.

³⁷ Cf. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München: C. H. Beck, 1988, III/1, p. 23, sem que aqui se vá explorar a controvérsia em torno da relação entre o valor da vida humana e a dignidade da pessoa, já que não faltam os que sustentam a prevalência da primeira.

³⁸ Cf. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, v. IV, op. cit., p. 200.

³⁹ Cf., por todos, o nosso *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, op. cit., p. 76 e ss.

⁴⁰ Cf., em caráter meramente ilustrativo, se extrai da ementa do Acórdão proferido no HV 87.676/ES, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, julgado em 06.05.2008.

Não sendo o caso de aqui discorrer sobre a distinção entre princípios e regras, na condição de espécies do gênero norma jurídica, mas apenas assumindo que, considerados determinados critérios, há como aceitar – em linhas gerais – como correta (a despeito de importantes dissídios envolvendo a conceituação e aplicação de cada categoria) tal classificação das normas jurídicas, o que importa para a finalidade deste breve ensaio, é que se deixe devidamente consignado, que tanto na esfera doutrinária quando jurisprudencial, o caráter jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana e, portanto, o reconhecimento de sua plena eficácia na ordem jurídico-constitucional, está longe de encontrar um adequado equacionamento. Com relação às críticas - já referidas - de que a opção pelo enquadramento como princípio fundamental importaria em reduzir a amplitude e magnitude da noção de dignidade da pessoa, vale lembrar o que, de resto, parece-nos que o reconhecimento da condição normativa da dignidade, assumindo feição de princípio (e até mesmo como regra) constitucional fundamental, não afasta o seu papel como valor fundamental geral para toda a ordem jurídica (e não apenas para esta), mas, pelo contrário, outorga a este valor maior pretensão de eficácia e efetividade.

É precisamente nesse contexto que assume relevo o fato que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana opera simultaneamente elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se, de acordo com a significativa fórmula de Haverkate, no “ponto de Arquimedes do estado constitucional”.⁴¹ De acordo com o magistério de Jorge Miranda, representando expressiva parcela da doutrina constitucional contemporânea, a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.⁴² Nessa mesma linha de entendimento, fazendo coro com Jorge Reis Novais, é

⁴¹ Cf. Görg Haverkate, *Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, München: C.H. Beck, 1992, p. 142.

⁴² Cf. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, v. IV, op. cit., p. 197. No mesmo sentido, v. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 101, referindo que os preceitos relativos aos direitos fundamentais “não se justificam isoladamente pela protecção de bens jurídicos avulsos, só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além de seus actos e atributos.”

possível afirmar que no momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas⁴³.

Mas é na sua articulação com o sistema constitucional dos direitos fundamentais que a dignidade da pessoa humana se revela mais operativa, sem prejuízo de algumas perplexidades e desafios que tal relação possa ensejar. Mesmo que se deva – nesta linha de entendimento – admitir que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como elemento informador de todos os direitos e garantias fundamentais (ainda que nem todos os direitos fundamentais encontrem fundamento direto na dignidade da pessoa humana) também da Constituição de 1988 – também é certo que haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado quanto à intensidade desta vinculação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana⁴⁴. Tal diversidade manifesta-se tanto quando o que está em causa é a função da dignidade como fundamento dos direitos quanto no que diz respeito à sua função como integrando o conteúdo dos direitos (em ambos os casos, nos parece, a discussão diz respeito ao “se” e ao “em que medida”), não sendo à toa que ambas as funções (dignidade como fundamento e como conteúdo dos direitos) tenham sido tão destacadas, embora ainda tão carentes de maior aprofundamento e lapidação⁴⁵. Nos próximos itens iremos enfrentar aspectos da relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, explorando-os sempre na perspectiva da jurisprudência do STF.

3.2. A dignidade da pessoa humana e a assim chamada “abertura material” do sistema constitucional dos direitos e garantias fundamentais

Um dos setores em que se manifesta a transcendental importância da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, designadamente na sua conexão com os direitos fundamentais, diz com sua

⁴³ Cf. Jorge Reis Novais, *Os princípios estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 52.

⁴⁴ Cf., por todos, José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 101-2.

⁴⁵ Cf., sobre tal dupla função da dignidade, Jeremy Waldron. Dignity and Rank, *European Journal of Sociology*, p. 203-4, 2007.

função como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. Com efeito, não é demais lembrar que a CF, na esteira da evolução constitucional desde a proclamação da República (1889, seguida da primeira Constituição Federal e Republicana de 1891) e amparada no espírito da IX emenda da Constituição norte-americana, consagrou a ideia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, isso quer dizer que, para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), assim como integram o sistema constitucional os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos⁴⁶. Além disso, ainda de acordo com a expressa dicção do artigo 5º, § 2º, da CF, foi chancelada a existência de direitos (ainda que não direta e expressamente previstos no texto constitucional) decorrentes do regime e dos princípios da CF, noção que abarca – embora para tal efeito se possa (há quem o sustente) até dispensar uma cláusula expressa de abertura – a revelação de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados.⁴⁷

Assim, perceptível que a abertura a direitos não previstos expressamente no texto originário da CF guarda relação, embora sem que se possa falar aqui em integral superposição, com a noção de um constitucionalismo cumulativo em matéria de direitos e garantias, notadamente no que diz respeito ao fato de que aos primeiros direitos civis e políticos somaram-se os direitos socioambientais e culturais, tudo a desembocar, no que se pode designar – a exemplo do que sugeriu Carlos Ayres Britto – de um *Estado de Direitos*⁴⁸. Nessa quadra, um dos maiores desafios para quem se ocupa do estudo da abertura material do catálogo de direitos e garantias é justamente o de identificar quais os critérios que poderão servir de fundamento para a localização daquelas posições jurídico-fundamentais, como tais não expressamente designadas pelo Constituinte, mas que ainda assim integram o catálogo constitucional de direitos fundamentais.

⁴⁶ Sobre a relação entre tratados de direitos humanos e a ordem interna, v., por todos, na literatura monográfica brasileira, a paradigmática contribuição de Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁷ Sobre o sentido e significado do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, bem como a respeito da classificação dos direitos e garantias fundamentais a partir deste preceito, v. o nosso *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 78 e ss.

⁴⁸ Cf. Carlos Ayres Britto, *O humanismo como categoria constitucional*, op. cit., especialmente p. 22-23.

Certo é que a tarefa de identificar (e, acima de tudo, justificar essa opção) posições fundamentais em outras partes da Constituição, bem como a possibilidade de reconhecer a existência de direitos fundamentais implícitos e/ou autonomamente desenvolvidos a partir do regime e dos princípios da Constituição, passa necessariamente pela construção de um conceito material de direitos fundamentais, conceito que, por sua vez, dialoga fortemente com a noção de dignidade da pessoa humana. Assim, numa primeira aproximação, se com relação às normas de direitos fundamentais integrantes do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) se admite a existência de uma presunção de que sejam normas constitucionais (e fundamentais) em sentido material,⁴⁹ no que diz com a identificação e fundamentação de direitos implícitos ou positivados em outras partes da Constituição, não se poderá dispensar um exame acurado no sentido de que sejam guindadas à condição de direitos fundamentais (compartilhando, de tal sorte, do regime reforçado de tais direitos na ordem constitucional) apenas posições jurídicas implícita ou expressamente consagradas, e que efetivamente sejam de tal sorte relevantes no que diz com seu conteúdo e significado, a ponto de merecerem o *status* de direitos fundamentais, em sentido material e formal, ou mesmo apenas material, quando for este o caso.

Levando-se, contudo, em conta que – de modo especial em face do elevado grau de indeterminação e cunho polissêmico do princípio e da própria noção de dignidade da pessoa – com algum esforço argumentativo, tudo o que consta no texto constitucional pode – ao menos de forma indireta – ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa, convém alertar que não é, à evidência, neste sentido que este princípio fundamental deverá ser manejado na condição de elemento integrante de uma concepção material de direitos fundamentais, pois, se assim fosse, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia (em face de um suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana), seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada à condição de

⁴⁹ A respeito da ausência de identidade entre a constituição formal e material, mas reconhecendo, na esteira da doutrina majoritária, a necessidade de se presumir a materialidade constitucional (e fundamental) das normas inseridas na Constituição formal, v. a lição de Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1988, v. II, p. 40 e ss., sustentando, ainda (*Manual de direito constitucional*, op. cit., v. IV, p. 9 e ss.), coerente com a linha de pensamento adotada, que os direitos fundamentais formalmente consagrados na Constituição também o são em sentido material, embora existam outros direitos fundamentais para além dos direitos expressamente positivados.

materialmente fundamental. O que se pretende demonstrar, nesse contexto, é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material tanto para a fundamentação de direitos implícitos (no sentido de posições jusfundamentais de cunho defensivo e/ou prestacional subentendidas nos direitos e garantias fundamentais da Constituição) quanto – e, de modo especial – para a identificação de direitos sediados em outras partes da Constituição.

Cuida-se, em verdade, de critério basilar, mas não exclusivo, já que em diversos casos outros referenciais podem ser utilizados (como, por exemplo, o direito à vida e à saúde na hipótese do meio ambiente, ou mesmo a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, no caso da fundamentação das decisões judiciais e administrativas). O que se pretende enfatizar, é que sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir na espécie, que estamos diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido de essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa, inequivocamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental, sem desconsiderar a evidência de que tal tarefa não prescinde do acurado exame de cada caso. Em outras palavras, sempre que a violação de um direito (seja ele expressa, seja ele implicitamente positivado) resultar em violação da dignidade da pessoa humana e de suas dimensões essenciais já apresentadas, se estará em face de um direito fundamental.

Assim, apenas a título exemplificativo, não há maior dificuldade em justificar que a proteção do meio ambiente, especialmente considerando a própria dicção utilizada pela CF na redação do artigo 225, indica a condição de direito e dever fundamental, embora não seja o caso de adentrar, neste estudo, a discussão a respeito da possibilidade de se reconhecer um direito subjetivo à proteção dos bens ambientais, sabidamente controversa, especialmente na doutrina estrangeira⁵⁰. O que importa, por ora, é a constatação de que a relação umbilical entre uma existência humana com dignidade e a tutela ambiental é tão evidente – e em tantas situações! (basta apontar para a grave condição dos refugiados climáticos, a afetação da saúde e das condições de vida das pessoas por força de danos ambientais, entre outros) –, que a

⁵⁰ A respeito da contróversia relativa à subjetivação da proteção ambiental (posição favorável a um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou saudável) ou a sua tutela jurídico-constitucional pela via objetiva, ou seja, dos deveres de proteção, v., por todos, com ampla documentação, Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente*, Coimbra: Coimbra, 2007, p. 25-222.

dignidade da pessoa humana (como da vida em geral) opera como justificativa relevante, embora mesmo neste caso não exclusiva, a indicar a fundamentalidade formal e material do direito (e dever) fundamental à proteção do ambiente, consoante, aliás, reconhecido pelo STF⁵¹.

Muito embora não se possa falar de um limite previamente definido quanto à identificação de direitos fundamentais implícitos ou positivados em outras partes da Constituição, também é correto afirmar que tal atividade reclama a devida cautela por parte do intérprete (já que de atividade hermenêutica se cuida), notadamente pelo fato de estar-se ampliando o elenco de direitos fundamentais da Constituição com as consequências práticas a serem extraídas, não se devendo, ademais, desconsiderar o risco – a exemplo do que já foi referido com relação à própria dignidade – de uma eventual desvalorização dos direitos fundamentais, já apontada por parte da doutrina.⁵²

Ainda que nos tenhamos posicionado no sentido da inexistência de um direito fundamental à dignidade (como algo que possa ser objeto de concessão pela ordem estatal ou comunitária), comungamos do entendimento – em que pesem as respeitáveis posições em sentido contrário –⁵³ de que do princípio da dignidade da pessoa humana podem ser deduzidas posições jurídico-subjetivas fundamentais que tenham por objeto a proteção da dignidade contra novas ofensas e ameaças, em princípio não alcançadas, ao menos não expressamente, pelo âmbito

⁵¹ ADIN 3.540-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Na esfera doutrinária, v., na literatura brasileira, afirmando a dupla dimensão da tutela ambiental (direito e dever fundamental) Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros, *Meio ambiente – direito e dever fundamental*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32-3; Anízio Pires Gavião Filho, *Direito fundamental ao ambiente*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; Orcy Paulino Bretanha Teixeira, *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; Tiago Fensterseifer, *Direitos fundamentais e proteção do ambiente*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Por último, v. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Direitos fundamentais e estado socioambiental*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁵² Referindo uma tendência para a panjusfundamentalização, no âmbito de uma inflação no campo do reconhecimento de novos direitos fundamentais, advertindo, neste contexto, para os riscos de uma banalização, v. o contributo de José Casalta Nabais, *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais*, in: *AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra, 1995, p. 980 e ss. Nesse sentido, também aponta John Rawls, *O liberalismo político*, 2. ed., São Paulo: Ática, 2000, p. 350, sustentando a necessidade de limitar-se “as liberdades àquelas que são verdadeiramente essenciais”, pena de correr-se o risco de uma fragilização da proteção das liberdades mais relevantes.

⁵³ Questionando a possibilidade da dedução direta de direitos subjetivos do princípio da dignidade da pessoa humana, encontramos, dentre outros, a lição de Winfried Brugger, *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 1996, p. 19 e ss., consignando-se não ser esta a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência alemãs, que, de modo geral, sustenta a dupla dimensão da dignidade da pessoa humana como princípio e direito fundamental.

de proteção dos direitos fundamentais já consagrados no texto constitucional.⁵⁴ Da jurisprudência do STF, extrai-se, na seara dos direitos de personalidade, em que o vínculo com a dignidade se manifesta com especial agudeza, decisão reconhecendo tanto um direito fundamental ao nome quanto ao estado de filiação, mediante o argumento de que “o direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível”⁵⁵. Ainda no que diz respeito ao tema da abertura material do catálogo de direitos fundamentais, importa destacar o reconhecimento, pelo STF, de um direito à ressocialização do apenado, iluminado pela concepção de que ao preso há de ser assegurada a possibilidade de reinserção na vida social de modo livre e responsável (liberdade com responsabilidade), diretriz que, portanto, há de servir de parâmetro para a interpretação e aplicação da legislação em matéria de execução penal⁵⁶. Também a extensão à união homoafetiva da proteção com base na união estável e de entidade familiar (artigo 226, CF), em que o argumento da dignidade (e do reconhecimento) teve particular relevância, poderá ser aqui invocado como um dos exemplos mais controversos extraídos da jurisprudência do STF.

4. A Dignidade da pessoa humana e a “face” negativa e positiva dos direitos fundamentais

A dignidade da pessoa humana, na sua relação com os direitos e garantias fundamentais, acaba operando, ainda que de modo diversificado, tanto como fundamento (embora não de todos os direitos fundamentais) quanto como conteúdo (igualmente não de todos os direitos e não com a mesma intensidade) dos direitos fundamentais. Por outro lado, doutrina e jurisprudência majoritária (mas não uníssona, em

⁵⁴ Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in: Josef Isensee; Paul Kirchhof (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller, 1987, v. I, p. 844, nos lembra, neste contexto, que o desenvolvimento pretoriano ou mesmo a nova formulação textual de direitos fundamentais específicos pode ser vista como uma atualização do postulado básico da proteção da dignidade da pessoa humana em face de novas ameaças.

⁵⁵ Cf. RE no 248.869-1 (07.08.2003), relator Ministro Maurício Corrêa.

⁵⁶ Cf., entre tantos, a decisão preferida no NC 94163, de 02.12.2008, relator Ministro Carlos A. Britto, na qual, em apertada síntese, foi assentado que a fuga, embora interrompa o prazo de cumprimento da pena, não pode servir de fundamento para a desconsideração dos dias trabalhados pelo apenado e da respectiva remissão.

especial no direito estrangeiro), também quanto à evolução jurídico-constitucional brasileira, reconhecem, consoante já averbado, que a dignidade da pessoa humana cumpre uma dupla função, atuando tanto como limite para a intervenção do Estado e de terceiros (inclusive, em determinados casos e observados certos pressupostos, para efeito da proteção da pessoa contra si mesma) quanto como tarefa, no sentido de gerar um dever jurídico de atuação em prol da proteção da dignidade contra o Estado e contra terceiros, mas em especial no concernente à promoção ativa da dignidade, notadamente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, ainda mais naquilo em que o indivíduo necessita do concurso do Estado e/ou da comunidade para a realização e proteção de suas necessidades existenciais (e não apenas físicas) básicas.

Quanto à sua função como limite negativo, como bem apontam Karl-Heinz Ladeur e Ino Augsberg, é possível reconhecer na dignidade da pessoa humana uma espécie de “Sinal de Pare”, no sentido de uma barreira absoluta e intransponível (um limite) inclusive para os atores estatais, protegendo a individualidade e autonomia da pessoa contra qualquer tipo de interferência do Estado e da sociedade, de tal sorte a assegurar o papel do ser humano como sujeito de direitos⁵⁷. Nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana assume a condição de direito de defesa, que tem por objeto a proibição de intervenção na esfera da liberdade pessoal de cada indivíduo e a salvaguarda da integridade física e psíquica de cada pessoa contra toda e qualquer ação estatal e particular.

Já como fundamento de direitos subjetivos a prestações, a dignidade da pessoa humana guarda tanto uma relação de proximidade com a noção do mínimo existencial e dos direitos sociais considerados, em sentido mais restrito, como direitos a prestações materiais (ou fáticas) quanto com a noção de direitos a prestações em sentido amplo, que, na visão de Robert Alexy, abrangem também prestações de natureza não tipicamente social⁵⁸. Conveniente sublinhar, em caráter complementar, que da dupla função de proteção (e promoção) e de defesa segue também o dever de implantar medidas de precaução procedimentais e organizacionais, no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos

⁵⁷ Cf. Karl-Heinz Ladeur e Ino Augsberg, *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat*, Tübingen: Mohr-Siebeck, 2008, p. 10-12.

⁵⁸ Sobre a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, v., para além de Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 171 e ss. e p. 395 e ss. (aqui abordando os direitos a prestações em sentido amplo e estrito).

direitos fundamentais, ou, quando isto não ocorrer, com o intuito de fazer cessar ou mesmo minimizar os efeitos das violações, inclusive assegurando a reparação do dano.⁵⁹ Por outro lado, imprescindível destacar que, também no que diz respeito ao seu conteúdo em dignidade da pessoa humana e mesmo quando em causa uma manifestação autônoma da dignidade da pessoa humana, todos os direitos fundamentais – tal qual a dignidade da pessoa – apresentam uma dupla face defensiva e prestacional, de modo que, já por tal razão se pode assumir como correta uma dogmática jurídico-constitucional unitária (um regime jurídico unificado) dos direitos fundamentais.⁶⁰

A partir da perspectiva ora traçada e sem que se tenha a pretensão de inventariar, na sua integralidade, a diversificada e cada vez mais numerosa jurisprudência do STF invocando a dignidade da pessoa humana na sua relação com direitos fundamentais de caráter negativo e positivo, seguem alguns exemplos que oferecem um panorama suficientemente atualizado e abrangente.

Num primeiro grupo de decisões, poderiam ser enquadrados julgados que, embora sem exame deste aspecto, aplicam a dignidade da pessoa humana como regra impeditiva de determinadas condutas, com amplo destaque para a vedação (expressamente consagrada pela CF no artigo 5º, inciso III) da tortura e de qualquer tratamento desumano ou degradante, que corresponde justamente à noção subjacente à fórmula-objeto acima referida e que define o que se pode considerar de conteúdo nuclear do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, aqui operando como direito de defesa (negativo). Entre os casos que merecem destaque, considerando a produção jurisprudencial posterior ao advento da atual CF, colaciona-se julgado relatado pelo Ministro Celso de Mello, no qual estava em causa a prática de tortura contra criança e adolescente por parte de policiais, e em que restou consignada a absoluta vedação da tortura na ordem jurídico-constitucional brasileira, de acordo com orientação uníssona adotada pelo STF⁶¹, em sintonia, portanto, com a noção de que a dignidade da pessoa humana

⁵⁹ Cf., por todos, Stephan Rixen, *Die Würde und Integrität des Menschen*, in: Sebastian Heselhaus e Carsten Nowak (Ed.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, München/Wien/Bern: C. H. Beck, Linde, Stampfli & Cie AG, 2006, p. 355.

⁶⁰ Cf. a posição já adotada no nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., desde a primeira edição (1998). Em Portugal, v., mais recentemente, adotando um regime jurídico único, Jorge Reis Novais, *Direitos sociais – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra, 2010.

⁶¹ Cf. HC nº 70.389-SP, relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ em 23.06.1994.

opera como limite jurídico intransponível, visto que faticamente violável. Da ementa da decisão colacionada, extrai-se a afirmação de que a tortura constitui “prática inaceitável de ofensa à dignidade da pessoa”, além de se tratar de “negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete – enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo”. Dessa afirmação é possível extrair a conclusão de que – pelo menos quanto à posição veiculada nas decisões examinadas e ressalvado o exame de eventuais contradições – para o STF a dignidade da pessoa humana não está sujeita a qualquer tipo de restrição e renúncia, o que remete ao tormentoso tema a respeito do caráter absoluto da dignidade da pessoa humana – ao menos na perspectiva da proteção jurídica – e que aqui optamos por não desenvolver em virtude dos limites da presente abordagem.⁶²

A mesma linha de entendimento, vinculada à negação de uma redução do ser humano a objeto da ação estatal, encontra-se explicitada em uma série de decisões do STF, como dá conta a controvertida Súmula vinculante nº 11, dispondo sobre a necessidade de fundamentação – por parte das autoridades policiais e judiciárias – da necessidade de uso de algemas. Com efeito, sem que aqui se vá adentrar a discussão a respeito do acerto da opção pela edição de Súmula sobre esta matéria, o fato é que o que está em causa, ao fim e ao cabo, é coibir a humilhação da pessoa no âmbito da já suficientemente invasiva ação policial e jurisdicional peculiar ao processo criminal, além do reconhecimento, por parte do STF, de que a pessoa algemada se encontra mais facilmente submetida à ação de terceiros, sem prejuízo de outros aspectos que poderiam ser aqui colacionados.

No campo dos direitos sociais (aqui compreendidos em sentido muito ampliado), especialmente quando em causa o assim chamado mínimo existencial (no caso, o conjunto das condições que asseguram a cada um uma vida com dignidade,⁶³ ou seja, com um mínimo de qualidade, no sentido de uma vida saudável), também se manifesta a dimensão negativa – impeditiva de ações – da dignidade da pessoa humana,

⁶² A respeito da discussão sobre a possibilidade de restringir a dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio e norma que assegura direitos fundamentais, v., por todos, o nosso *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, op. cit., p. 135 e ss.

⁶³ No mesmo sentido, afirmando que “a dignidade da pessoa exige condições de vida capazes de assegurar liberdade e bem-estar”, de modo especial no que diz com a garantia de um direito a uma existência condigna, v. também Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, v. IV, op., cit., p. 211.

o que se pode constatar quando se trata de examinar decisões do STF relativas à proibição de confisco (atos com efeito confiscatório)⁶⁴ e que chancelam a vedação da tributação do mínimo existencial ou mesmo decisões que proíbem (ou determinam o restabelecimento) a interrupção ou supressão de determinadas prestações de caráter existencial.

Também neste particular, no que concerne à assim chamada dimensão negativa da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, importa consignar a manifestação do Ministro Carlos Britto, quando, por ocasião do julgamento do RE 407.688-8/SP, em 08.02.2006, divergiu da maioria de seus pares (que reconhecerem a constitucionalidade da lei que autoriza a penhora do único bem imóvel do fiador de contrato de locação), aderindo à posição perfilhada pelos Ministros Eros Grau e Celso de Mello, ao sustentar que a moradia é necessidade vital do trabalhador e de sua família, cuidando-se, portanto, de direito indisponível e não sujeito à expropriação via penhora embasada em contrato de fiança. É preciso salientar, todavia, que a posição vencedora (em prol da legitimidade constitucional da penhora) reconheceu a moradia como direito fundamental conectado com a dignidade da pessoa, mas afirmou que neste caso, além da disposição voluntária do bem pelo fiador, estaria em causa a proteção e promoção do acesso à moradia de terceiros, que depende da estabilidade do mercado imobiliário, entre outros aspectos que motivaram a decisão e que aqui não cabe aprofundar.

Já no que diz respeito à assim chamada dimensão positiva (prescricional) da dignidade da pessoa humana e do correlato direito ao mínimo existencial, fortemente sedimentado, na jurisprudência do STF, o entendimento de que nesta seara incumbe ao Estado, em primeira linha, o dever de assegurar as prestações indispensáveis ao mínimo existencial, de tal sorte que em favor do cidadão há que reconhecer um direito subjetivo, portanto, judicialmente exigível, à satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo existencial, e, portanto, à dignidade da pessoa humana. Sem que se tenha aqui a pretensão de avaliar se e em que medida o STF tem julgado de modo uniforme e mesmo coerente tais questões, o fato é que pelo menos no que concerne ao direito à saúde e ao direito à educação (no caso do direito à moradia

⁶⁴ v., a título exemplificativo, RE 397744, Rel. min. Joaquim Barbosa, fundamentando a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, entre outros, no exercício do direito a uma existência digna, através de atividade profissional que satisfaça necessidades vitais, como saúde, educação e habitação (julgado em 15.10.2009).

não se registra julgado assegurando um direito subjetivo à construção de uma moradia digna por parte do Estado) já são várias as decisões reconhecendo um dever de prestação, inclusive em caráter originário, ou seja, não necessariamente dependente de prévia política pública ou previsão legal. Nesse sentido, adotando linha argumentativa similar (e em parte idêntica) a que foi esgrimida no bojo da conhecida ADF 45⁶⁵, podem ser referidas, em caráter meramente ilustrativo, decisões que asseguram às crianças com menos de seis anos de idade o acesso gratuito a creches mantidas pelo poder público, bem como, entre outras, uma série significativa de decisões assegurando prestações na área da saúde, relativizando – em favor da vida e da dignidade – limitações de ordem organizacional, orçamentária⁶⁶, sem prejuízo dos demais aspectos que dizem respeito ao – intenso – debate sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais como direitos a prestações, que aqui não será desenvolvido⁶⁷.

Quanto à dimensão positiva (prestacional) da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais a prestações que lhe são correlatos, o que se percebe a partir do exame dos julgados selecionados é que embora a tranquilidade com que o STF reconhece direitos subjetivos na esfera do mínimo existencial e a despeito da igualmente assente vinculação entre dignidade da pessoa humana e os direitos sociais na condição de direitos a prestações, ainda não é possível identificar, com clareza, os critérios que justificam tal relação e, de modo especial, a amplitude da noção de mínimo existencial neste contexto, ou seja, de quais são as prestações que integram este mínimo existencial. Considerada a diversidade e abrangência das prestações (que incluem prestações no âmbito do direito à educação), há como afirmar que o STF tem privilegiado uma exegese extensiva, indo além da noção reducionista de um mínimo vital (ou daquilo que também se designa de um mínimo existencial fisiológico), que guarda sintonia com a concepção de um mínimo existencial destinado a assegurar o pleno desenvolvimento da

⁶⁵ Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29.04.2004.

⁶⁶ Cf., por exemplo, a decisão proferida no RE 573061, julgado em 28.08.2009, Relator Ministro Carlos Britto, em que estava em causa a manutenção do direito ao Programa HUCAN, que prevê acompanhamento clínico e psicológico destinado a aferir a viabilidade de cirurgia de transgenitalização de caráter terapêutico, assegurado pelas instâncias ordinárias, que restou cancelado pelo STF.

⁶⁷ Sobre o tema, v., por todos, Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Org.), *Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, bem como Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmiento (Coord.), *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, obras coletivas contendo diversificada, atualizada e representativa literatura sobre o tema no Brasil.

personalidade, de modo a agregar também o que se convencionou denominar de um mínimo existencial sociocultural⁶⁸.

5. A dignidade como parâmetro interpretativo na aplicação dos direitos fundamentais

A dignidade da pessoa humana, como se verifica também na jurisprudência do STF, seguidamente é invocada como constituindo – de modo geral em combinação com determinado(s) direito(s) fundamental(ais) tanto fundamento (critério material) a justificar a legitimidade constitucional da imposição de limites ao exercício de direitos fundamentais. Da mesma forma, registram-se decisões nas quais é o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais que opera como limite aos limites dos direitos fundamentais, de modo a obstaculizar determinadas medidas que, embora sirvam à proteção ou promoção de outros direitos fundamentais (com maior ou menor relação com a dignidade da pessoa humana). Muito embora não se possa identificar, no âmbito da – também neste campo nem sempre uniforme e clara – jurisprudência do STF, a consolidação de uma doutrina a respeito do tema, percebe-se que a dignidade da pessoa humana guarda relação tanto com a noção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais (embora sobre a qualidade da relação em si pouco se possa aferir do exame das decisões) quanto com a aplicação do princípio da proporcionalidade, tudo no contexto mais amplo da problemática dos limites e restrições dos direitos fundamentais, com destaque para as hipóteses de conflitos (colisões) entre direitos fundamentais.

Um dos casos mais citados, neste contexto, é o Habeas Corpus nº 71.374-4, relatado pelo então Ministro Francisco Rezek⁶⁹, em que estava em causa a legitimidade constitucional da condução coercitiva do suposto pai, réu em ação investigatória de paternidade, para efeitos de realização, em laboratório, de exame de sangue com vistas à

⁶⁸ Cf., no Brasil, o nosso *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, op. cit., p. 320. Confira-se, no que diz com a literatura brasileira especializada, Ana Paula Barcellos, *O mínimo existencial e algumas fundamentações*: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy, in: Ricardo Lobo Torres (Org.), *Legitimação dos direitos humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002; Ricardo Lobo Torres, *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008; e, por último, Eurico Bittencourt Neto, *O direito ao mínimo para uma existência digna*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁶⁹ Cf. Habeas Corpus nº 71.373-4/130 – RS, Relator Ministro Francisco Rezek, DJ 22.11.1996.

apuração da paternidade do investigante, autor da ação. A despeito dos votos vencidos, com destaque para o voto do próprio Relator, que, em síntese, sustentavam o caráter não absoluto do direito ao próprio corpo e do direito à integridade física e corporal, não vislumbrando uma intervenção desproporcional por conta da condução coercitiva, mormente a prioridade do direito ao conhecimento, por parte do autor, da sua descendência biológica e do correlato direito aos alimentos (além das demais consequências), prevaleceu o entendimento – aqui sintetizado mediante transcrição de trecho do voto do Ministro Marco Aurélio – de que:

[...] a recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu. Assim o é porque a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade.

Aderindo ao voto do Ministro Marco Aurélio, cumpre referir os votos do Ministro Moreira Alves, limitando-se a afirmar o caráter disponível do direito do autor em face da indisponibilidade do direito personalíssimo do Paciente, e do Ministro Néri da Silveira, que, além de frisar a inviolabilidade da intimidade e do corpo, apontou para a ausência de fundamento legal para a condução coercitiva. Ainda que, também quanto a este caso, não se trata de formular um juízo sobre o acerto ou desacerto da decisão ou de sua fundamentação, o que importa enfatizar é a utilização do argumento da dignidade da pessoa humana no contexto da colisão de direitos e dos limites aos limites dos direitos fundamentais, resultando na clara prevalência da dignidade (e do conteúdo em dignidade do direito ao corpo e intimidade) em face do direito ao conhecimento da paternidade biológica, especialmente disponíveis outros meios para assegurar o direito (pelo menos em parte) do autor.

Outra hipótese de crescente relevância quanto à utilização da dignidade da pessoa humana como critério para interpretação do

ordenamento jurídico envolve tanto a identificação de um conteúdo em dignidade de outros direitos fundamentais quanto a interpretação “conforme a dignidade” de institutos jurídicos que implicam restrição de direitos, de tal sorte que, em alguns casos, o próprio âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais acaba por ser delimitado de modo mais extensivo, e, portanto, de modo a assegurar um nível mais acentuado de proteção dos direitos.

Um bom exemplo desse tipo de argumentação, no qual a eventual violação (a ser demonstrada no caso concreto) da dignidade da pessoa humana implica a relativização de regra jurídica proibitiva de determinado benefício, pode ser extraído do julgamento do HC 83.358-6/São Paulo, relatado pelo Ministro Carlos Britto, em que estava em causa a solicitação de concessão da possibilidade de pessoa idosa cumprir a pena privativa de liberdade em regime de prisão domiciliar, a despeito de ter sido condenada pela prática atentado violento ao pudor, alegando a precariedade de seu estado de saúde. Embora no caso apreciado pelo STF tenha sido negado o pleito, mediante o argumento de que não restou devidamente comprovada a excepcionalidade da situação, o Tribunal reconheceu, a exemplo de outros julgados⁷⁰,

[...] que a condenação por crime tipificado como hediondo não enseja, por si só, uma proibição objetiva incondicional à concessão de prisão domiciliar, pois a dignidade da pessoa humana (e cabe sublinhar tal aspecto!) especialmente a dos idosos, sempre será preponderante, dada a sua condição de princípio fundamental da República.

Por outro lado, importa destacar que diversamente de uma série de outros julgados em que não houve qualquer preocupação em examinar, à luz das circunstâncias do caso, a ocorrência de uma violação da dignidade da pessoa humana, no caso ora apresentado, restou consignado que o deferimento do benefício (excepcionando a regra legal) se justifica apenas quando a dignidade do condenado (apenado) efetivamente estiver sendo violada ou ameaçada de violação. Com efeito, de acordo com o que se extrai da ementa do julgado, a “dignidade

⁷⁰ Em caráter ilustrativo, v. HC 86875, relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 07.10.2005; HC 84539, relator Ministro Carlos Britto, julgado em 16.12.2004.

se encontrará ameaçada nas hipóteses excepcionalíssimas em que o apenado idoso estiver acometido de doença grave que exija cuidados especiais, os quais não podem ser fornecidos no local da custódia ou em estabelecimento hospitalar adequado”.

Exemplo mais recente, e que se encontra em fase de discussão no STF, diz respeito às condições indignas do sistema carcerário brasileiro, que inclusive já extrapolou as fronteiras do país e está submetido ao crivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A questão em debate é, para além do reconhecimento em si do problema do cumprimento das penas restritivas da liberdade em condições que violam os mais elementares reclamos da dignidade, quais as consequências jurídicas que podem ser agregadas, de modo a resolver ou pelo menos mitigar o problema, o que aqui, contudo, não será desenvolvido.

6. Considerações finais

Os exemplos colacionados, que representam apenas uma pequena amostra do universo de julgados nos quais o STF, cada vez mais e especialmente após a promulgação da CF, invoca o princípio (e a regra) da dignidade da pessoa humana como fundamento principal ou secundário para a solução de controvérsias que lhe são direcionadas, demonstram claramente uma tendência no sentido de consagrar, também no direito brasileiro, a noção de que na dúvida deverá o intérprete – seja no âmbito de uma “ponderação de interesses/direitos/valores”⁷¹, seja em outras hipóteses – optar pela alternativa mais compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana (no sentido de um *in dubio pro dignitate*), muito embora quais sejam exatamente tais exigências também no Brasil ainda esteja longe de ser elucidado, precisamente em função da conhecida dificuldade de delimitar o conteúdo em

⁷¹ Cf., no âmbito da literatura brasileira, por todos, Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, Luís Roberto Barroso (Org.), *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Trilhando uma perspectiva crítica em relação à ponderação e à utilização da proporcionalidade neste contexto, confirmam-se, especialmente e entre outras, as contribuições de Lenio Luiz Streck, *Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, bem como Álvaro Ricardo Souza Cruz, *Hermenêutica jurídica e(m) debate*, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

dignidade dos direitos e garantias fundamentais ou identificar – a depender do caso – eventual conteúdo autônomo para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, quanto mais se recorre à dignidade da pessoa humana como argumento no processo judicial tanto mais se faz necessária cautela no seu manejo, pois se a dignidade e os direitos humanos e fundamentais apontam – como bem observou Gomes Canotilho – para a afirmação da ideia de uma comunidade constitucional republicana e inclusiva, necessariamente pautada por um multiculturalismo mundivisional avesso a qualquer tipo de “fixismo”⁷², também se prestam uma perigosa manipulação retórica e mesmo fundamentalista, caso transformados em instrumentos de pautas de valores e interesses pessoais e sectários, resultando naquilo que já foi designado como uma “tirania da dignidade”⁷³.

Ainda no que concerne à função da dignidade da pessoa humana para o Estado Constitucional, sua condição de valor-fonte do Estado e do Direito, implica, como bem averbou Jorge Miranda, que ela (dignidade) seja devidamente considerada como um *prius* em face da vontade popular, no sentido de que esta está subordinada à dignidade da pessoa humana, “porquanto é a própria idéia constitucional de dignidade da pessoa humana que a exige como forma de realização”⁷⁴.

⁷² José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7. ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 225-26, desenvolvendo a ideia da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da República.

⁷³ Cf., por todos, Ulfried Neumann, *Die Tyrannei der Würde*, ARSP, v. 84, p. 153 e ss., 1988.

⁷⁴ Cf. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, op. cit., p. 214.

O estado de coisas inconstitucional no constitucionalismo contemporâneo: efetividade da Constituição ou ativismo judicial?

Pietro de Jesús Lora Alarcón
Professor

Sumário: Introdução; 1. O ECI na jurisprudência da Corte Constitucional de Colômbia; 1.1. Alguns elementos da realidade colombiana imprescindíveis para caracterizar o ECI; 1.2. Considerações da Corte Constitucional de Colômbia nas decisões que declaram o ECI; 2. O Requerimento da declaração de ECI no sistema penitenciário brasileiro – ADPF 347; 3. O ECI no Constitucionalismo Contemporâneo; 3.1. Sobre o prisma da doutrina; 3.2. O intérprete e a compreensão do Direito; 3.3. O intérprete e a compreensão da Constituição; 4. São as decisões que declaram o ECI uma manifestação de ativismo judicial?; 4.1. Cortes Constitucionais e Estado Constitucional de Direito; 4.2. O tema do ativismo judicial; 4.3. A interpretação dos fatos. Conclusões. Bibliografia.

Introdução

Em cenários nos quais as pessoas padecem de extrema vulnerabilidade e se registram gravíssimas violações aos direitos humanos, quais os critérios hermenêuticos a que pode ou deve recorrer o intérprete e aplicador do Direito para guardar a supremacia constitucional?

É legítimo que em tais situações o Judiciário incorpore o papel de ordenador da atuação estatal? Nessas condições, quais as variáveis metodicamente relevantes para realizar o controle de constitucionalidade dos atos normativos? Por acaso se modificam tendo em vista as peculiaridades fáticas? E, ainda, é possível declarar a inconstitucionalidade de circunstâncias ou fatos?

¹ Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP, com estudos pós-doutorais na Universidade Carlos III de Madrid e na Universidade de Coimbra. Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da PUC/SP e do Centro Universitário de Bauru – CEUB.

Esses são alguns dos temas em discussão quando se analisam as decisões da Corte Constitucional colombiana que sustentam a existência em vários âmbitos desse país de um *estado de coisas inconstitucional* – ECI –. E talvez as decisões da Corte tivessem sido objeto de análise com interesse exclusivamente acadêmico – o que já de por si teria um mérito significativo – não fosse pelo fato de que na ADPF 347, protocolada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) no Supremo Tribunal Federal, a peça inicial tenha-se referido com especial cuidado ao ECI nos termos estabelecidos pelo Tribunal Colombiano, para ao final requerer que se caracterize através dessa categoria jurídica a situação do sistema penitenciário brasileiro.

A ação obriga a uma reflexão em sentido mais abrangente, pois se insere num debate sobre as possibilidades de que, no Brasil, a jurisprudência seja especialmente útil, se adotada para a construção de uma norma de decisão final diante de uma situação extrema de não efetividade de direitos fundamentais por causas estruturais e ações ou omissões do poder público.

É compreensível a polêmica jurídica instalada se levarmos em conta os limites aos quais estão sujeitos os atores estatais, no caso e com ênfase, as Cortes constitucionais. Com efeito, no exercício de sua atividade as Cortes devem preservar a estrutura essencial do regime político condensado na separação de funções, mas também devem estar dispostas a assegurar a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, nos planos horizontal e vertical, em grau máximo.

Assim, é natural que as decisões da Corte colombiana sejam alvo do juízo crítico da doutrina, ingressando como mais um elemento nos marcos da discussão sobre os ativismos judiciais, as omissões inconstitucionais e as possibilidades de manter a ponderação como pressuposto metodológico para a solução dos casos difíceis, em um contexto no qual os órgãos que exercem poder não raro cruzam acusações sobre extrapolações e ineficiências sobre o desempenho de cada um.

Nossa breve reflexão se insere nessa discussão, procurando encontrar respostas à ideia de se realmente estamos diante de uma nova modalidade de ativismo judicial, ou talvez diante de uma situação na qual o Judiciário, negando-se a declarar o ECI, torna-se também sujeito omissivo diante da gravidade dos fatos. Outra opção é possível examinar, e consiste em observar se na verdade as Cortes, autorizando a caracterização de um ECI, contribuem à aplicabilidade imediata dos fins e valores constitucionais em casos extremos.

Assumir um posicionamento sobre o assunto implica incursionar tanto na dimensão jurídico-constitucional, que sugere atender inicialmente a um conceito de Direito e de Constituição tendo como pano de fundo o Constitucionalismo de nossos dias, quanto na dimensão hermenêutica, que necessariamente conduz a uma análise sobre técnicas de interpretação no intuito de aplicar o Direito, com fundamento nos princípios adotados pelos sistemas jurídicos.

1. O ECI na jurisprudência da Corte Constitucional de Colômbia

1.1. Alguns elementos da realidade colombiana imprescindíveis para caracterizar o ECI

As jurisprudências que definem o ECI se originaram na Corte Constitucional Colombiana e começaram a ser formuladas para irradiar proteção jurídica a grupos vulneráveis. Paulatinamente, esse critério inicial foi materialmente impulsionado por fatores expressivos de uma realidade de crise humanitária de grandes proporções.

Por isso, nas últimas sentenças, é notória a associação com o conflito social e armado que se desenvolve ainda no país. Neste caso, as sentenças constituem uma continuidade das medidas historicamente tomadas para sua contenção. Não é matéria de análise do presente artigo o conjunto de fatores que desencadeiam a situação de guerra interna na Colômbia. Entretanto, citaremos alguns dados oficiais que servirão como referência para comprovar a gravidade da situação, passando de imediato a uma análise dogmático-constitucional sobre as decisões da Corte.

Na sua história recente, o deterioro em matéria de direitos humanos é de tal magnitude que uma organização política, a União Patriótica, – UP – fundada em 1984, teve entre o ano de seu nascimento e 1990 mais de 5 mil de seus integrantes assassinados ou desaparecidos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, em decisão proferida em 26 de maio de 2010, responsabilizou ao Estado colombiano por ação e omissão nesses fatos, tendo em vista a comprovada atuação de membros da força pública, de maneira aberta ou acobertada, sob a forma de grupos paramilitares, na execução de planos de extermínio contra esse partido.²

² Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf>.

Entre 1982 e 2013, foram cometidas 728 chacinas no país, delas 1.116 foram executadas por grupos paramilitares, 295 por grupos armados não identificados e 238 pelas guerrilhas.³ Acionada por organizações nacionais e internacionais, a CIDH proferiu 15 decisões contra o Estado colombiano, assim que provada provada a participação dos seus agentes em crimes contra a humanidade.

No ano de 2008, surgiram os *falsos positivos* – execuções de pessoas civis que logo são apresentadas aos meios de comunicação como membros de forças insurgentes. Até abril de 2015, a Procuradoria-Geral da Nação tinha 3.043 processos abertos contra agentes públicos vinculados a essas execuções. A esses fatos devem se adicionar a comprovação de execuções extrajudiciais – 178.000 nos últimos dez anos –, o desaparecimento de mais de 25.000 colombianos, as 8.070 pessoas lesadas por minas terrestres, os 51 defensores de direitos humanos assassinados durante 2015 e a militarização dos presídios nos quais há mais de 5.000 pessoas consideradas presos políticos.⁴

Os deslocados internos totalizam 7 milhões e os refugiados 350 mil, que vivem, na sua maioria, no Equador e Venezuela.⁵ Em 13 de março do ano em curso, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR manifestava sua preocupação com a situação de vulnerabilidade de mais de 6 mil pessoas, entre as quais um imenso percentual de indígenas e afrodescendentes, vítimas de deslocamento forçado na região costeira pacífica do país, bem como de mais de 7 mil vítimas de confinamento e restrição de movimentação.

Em tais condições, como bem afirma V.M. Moncayo, não há dúvidas de que se constata “[...] uma circunstância especial de degradação dos direitos humanos, em cujo processo não se excluem nem agentes nem práticas que comprometem a responsabilidade do Estado”. E daí o tratamento que se dá dessa situação a partir da decisão da Corte Constitucional T-025 de 2004, que declarou o ECI.⁶

Apreciam-se dados bastante expressivos quanto à situação que pretende atender a Corte nas últimas decisões que reconhecem o ECI.

³ Disponível em: <<http://es.insightcrime.org/>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

⁴ Consultar dados da Federação Internacional de Direitos Humanos em: <<https://www.fidh.org/es/>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

⁵ Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/acnur-e-escriptorio-da-onu-para-direitos-humanos-pedem-protexao-a-populacao-civil-na-colombia/>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

⁶ MONCAYO, V. M. Las conversaciones de La Habana: una compleja oportunidad para la paz en Colombia In: ESTRADA, Jairo (Coord.). *Solución política y proceso de paz en Colombia*. p. 18.

Entretanto, passaremos sem maiores delongas ao relato dessas sentenças apreciando os argumentos técnicos trazidos para alicerçar a jurisprudência.

1.2. Considerações da Corte Constitucional de Colômbia nas decisões que declaram o ECI

Os ditames da Corte que declaram o ECI são bastante recentes. Numa primeira impressão destaca o progressivo amadurecimento na caracterização da anormalidade dos fatos que se confronta com a Constituição do país.

Na decisão SU-559, de 6 de novembro de 1997, o Tribunal declarou o ECI pela omissão de dois municípios do departamento de Bolívar, na zona costeira norte colombiana, de filiar seus docentes no Fundo Nacional de Prestações do Magistério, embora estivessem sendo feitos os descontos nos salários dos professores para vincular os recursos ao fundo.

Em lugar de transcrever o inteiro teor, que pode ser facilmente obtido pelos meios eletrônicos, destacaremos alguns parâmetros de interpretação levados em conta na sentença: a) a Corte assume a tarefa de *colaborar de maneira harmônica com o restante de órgãos do Estado para a realização de seus fins. Do mesmo modo que se deve comunicar à autoridade competente a notícia relativa à comissão de um delito, não há razão para omitir a notificação de que um determinado estado de coisas resulta violador da Constituição*; b) para a Corte, a guarda da Constituição implica sua legitimidade para instar o cumprimento das obrigações constitucionais pelas quais deve responder uma autoridade, evitando-se a utilização excessiva dos mesmos recursos jurídicos para o mesmo fim; c) o ECI deve guardar *relação direta com a violação dos direitos fundamentais*; d) a Corte sustenta que, neste caso, *a notificação da irregularidade existente poderá ser acompanhada de um requerimento específico ou genérico dirigido às autoridades para que realizem ou se abstenham de realizar uma ação e, finalmente, e) a Corte expande os efeitos da sua decisão expondo “[...] a circunstância de que o estado de coisas não somente serve de suporte causal da lesão jusfundamental examinada, senão que, ademais, em relação com situações semelhantes, não restringe o alcance do requerimento que se formule”*.

A Corte reafirmou o sentido da sua decisão na sentença T-068 de 1998, na qual examinou situação parecida e sustentou o ECI diante da mora habitual da Caixa Nacional de Previsão em resolver as petições dos aposentados. Logo, nas decisões SU-250 de 1998 e T-1695 de 2000 o ECI foi declarado pela falta de convocatória de concurso público para preencher vagas no sistema de notariado e registro.

Nesses casos, perante a anomalia jurídica ocasionada pelo retardo ou a inexistência de providências estatais, o Tribunal deu eficácia aos direitos fundamentais estampados na Constituição de 1991 através da interpretação e aplicação de seus princípios e invocando a aplicabilidade imediata de dispositivos que exigem máxima efetividade.

Já na Sentença T-590 de 1998, que declarou o ECI pela omissão do Estado em adotar medidas para garantir a segurança dos defensores de direitos humanos, a Corte considerou a grave situação do país que coloca essas pessoas em elevadíssimo grau de vulnerabilidade. Em pauta encontrava-se o traslado de uma pessoa que atuando em defesa dos direitos humanos realizou várias denúncias contra membros do Estado. A pessoa foi privada de sua liberdade, estando em curso processos nos quais era peticionário, por suposta participação em atos de rebelião no marco do conflito interno.

Fundada em dados do ACNUR e outras entidades de direitos humanos que atestaram que a atividade de defensor é de alto risco, argumentou a Corte que a situação “incrementa o dever de proteção jusfundamental que recai sobre o Estado com relação a essas pessoas”, motivando sua decisão no “[...] clima generalizado de intolerância e violência do qual são objeto por se dedicar à promoção das garantias mais básicas do ser humano”.

No caso, a Corte apurou e se certificou da ausência de ações estatais contundentes de proteção aos defensores de direitos humanos e fez uma convocação deixando preventas todas as autoridades da República para o cese de tal situação. Igualmente, solicitou ao Procurador-Geral da Nação e ao Defensor do Povo que “dentro da obrigação constitucional de guardar, proteger e promover os direitos humanos se ofereça especial favorecimento à proteção da vida dos defensores de direitos humanos.”. Finalmente, exortou “[...] a todas as pessoas que habitam na Colômbia para que cumpram com o mandamento do artigo 95 da Constituição que obriga a defender e difundir os direitos humanos como fundamentos da convivência pacífica.”.

Na mesma decisão a Corte argumenta:

Neste tema não são possíveis ambiguidades. A comunidade internacional é particularmente sensível e essa sensibilidade se requer indispensavelmente na Colômbia, devendo-se construir um avançado sistema de proteção jurídica e real para os defensores dos direitos humanos. Máxime quando a atitude dos defensores de direitos humanos é um componente básico da vida política de uma nação. [...]. Mas, a verdade é que, muito embora as instruções presidenciais, o ataque aos defensores de direitos humanos continua [...] e há condutas omissivas do Estado quanto a sua proteção, máxime quando se coloca em seu conhecimento o clima de ameaças contra esses ativistas. Esta é uma situação abertamente inconstitucional, à qual o juiz constitucional não pode ser indiferente.

As diretrizes dessa sentença foram ampliadas nos pronunciamentos da Corte referentes às Tutelas 719 de 2003 e 1191 de 2004, na quais para determinar o ECI a Corte considerou que os especiais riscos extraordinários aos que se expõem os defensores de direitos humanos lhes confere o *status de sujeitos de especial proteção constitucional*, o que implica:

[...] a proibição de que a Administração adote decisões que criem um risco extraordinário para as pessoas em razão de suas circunstâncias, com o conseqüente amparo aos afetados. [...] O Estado está obrigado a outorgar e desenvolver ações positivas para assegurar esta proteção especial, mais ainda está obrigado a evitar qualquer tipo de atividade que possa ampliar o grau de exposição a riscos extraordinários destas pessoas.

Na mesma decisão, ponderou o Tribunal sobre a necessária abertura de espaços de interlocução entre autoridades e defensores dos direitos humanos, para um debate democrático,

[...] em atenção à situação de conflito no país e ao papel que cumprem os defensores [...] na formação

da opinião pública e na promoção e denuncia das violações aos mesmos, e tendo em vista a incidência de seu trabalho como componente básico da vida política da Colômbia.

Também na Tutela 025 de 2004, que declara o ECI da população deslocada, a Corte prosseguiu caracterizando as conjunturas e condições fáticas para a determinação da inconstitucionalidade:

1) A vulneração massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetem a um número significativo de pessoas; 2) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento das suas obrigações para garantir os direitos; 3) a adoção reiterada de ações constitucionais como a tutela para garantir o direito quebrantado, advertindo que se cada um dos afetados utiliza-se seu direito de acessar o judiciário, se produziria uma inusitada congestão judicial; 4) a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a vulneração dos direitos; 5) a existência de um problema social cuja solução compromete a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante; [...]⁷

No caso, quanto à possibilidade de ruptura do princípio da separação de funções a Corte argumentou:

Com a finalidade de corrigir esta situação, é necessário que as diversas entidades nacionais e territoriais encarregadas da atenção da população deslocada, cumpram cabalmente com seus deveres constitucionais e legais e adotem, em prazo razoável, e dentro do âmbito de suas competências, os corretivos que assegurem uma suficiente apropriação orçamentária. Ao ordenar este tipo de

⁷ Corte Constitucional Colombiana. Decisão T-025 de 2004.

medidas, não está desconhecendo a Corte a separação de poderes que estabelece a nossa Constituição, nem deslocando às demais autoridades no cumprimento dos seus deveres. Pelo contrário, a Corte, tendo em vista os instrumentos legais que desenvolvem a política de atenção à população deslocada, assim como o desenho da política e dos compromissos assumidos pelas diversas entidades, está apelando ao princípio constitucional de colaboração harmoniosa entre as diversas ramificações do poder, para assegurar o cumprimento dos deveres de proteção efetiva dos direitos de todos os residentes no território nacional. Essa é a competência do juiz constitucional em um Estado Social de Direito respeito de direitos que tenham uma clara dimensão prestacional.

Para efetivar sua decisão, distinguiu a Corte entre ordens *complexas* e *simples*. As primeiras referem-se a ações que devem ser empreendidas pelos órgãos competentes em favor de todo e qualquer deslocado, independentemente de ter ingressado ou não com a ação de tutela e com o objetivo de superar as deficiências orçamentárias; nas segundas constam medidas em favor daqueles que ingressaram com ações de tutela.

De ressaltar que sendo na Colômbia o *Conselho Nacional de Atenção Integral à População Deslocada* o órgão encarregado de formular a política pública e de garantir o orçamento para os programas de atendimento, a Corte comunicou seu ditame, assinalando que é o Conselho que determina a forma de superação da insuficiência de recursos e das falências institucionais sobre o tema. Estabeleceu, ainda, prazo de seis meses, contados a partir da comunicação, para o acabamento das iniciativas encaminhadas a que os deslocados desfrutem de um mínimo de amparo a seus direitos.

A brevidade do espaço não permite maiores apontamentos sobre cada sentença. Contudo acreditamos que este relato permite uma aproximação inicial às fontes materiais e considerações que geraram a construção das normas de decisão aplicadas pela Corte.

Em que pese salientar que não se afigura em momento algum que a intenção tenha sido criar um paradigma interpretativo, a verdade é que na América Latina a gravidade das situações em matéria de direitos

humanos, aliada à ineficiência estatal para lidar com episódios frequentes e graves de desconhecimento de direitos, bem como às manifestações expressivas de uma *judicialização da política*, permitem pensar numa transposição ou adaptação da jurisprudência a novo contextos.

A expectativa sugere um exame sobre o ECI que não pode ser dissociado da reflexão em torno a temas como a *constitucionalização do ordenamento*⁸, a riqueza de técnicas de interpretação/aplicação do direito e o papel do Judiciário, convertido, em muitos casos, em um substituto de luta social para a efetividade da Constituição.⁹

2. O Requerimento da declaração de ECI no sistema penitenciário brasileiro – ADPF 347

Protocolada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e acompanhada de documentos que comprovam o quadro dramático dos direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro, a ADPF 347 objetiva que seja reconhecido o estado de coisas inconstitucional nesse âmbito, sustentando que a tese é perfeitamente aplicável na jurisdição constitucional do país, para que o STF determine medidas urgentes dirigidas a sanar lesões gravíssimas decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos dos entes federativos.

Na data de elaboração da nossa exposição, o processo, relatado pelo Min. Marco Aurélio de Farias Mello, encontra-se na Procuradoria-Geral da República. Entretanto, o Tribunal, em sede de pedido cautelar da ação, em decisão de 09.09.2015,¹⁰ determinou, por maioria, que estando presente o quadro de superlotação carcerária, condições desumanas de custódia e violação da integridade física e moral dos presos “[...] decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’”.

Estimou o Supremo que “[...] *Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional*”. E, finalmente, determinou que

⁸ Como formula R. Guastini em seu *Estudios de teoría constitucional*, México: Fontamara: UNAM: 2003.

⁹ Sobre tema tão relevante, recomenda-se a leitura da obra de Antoine Garapon, *O juiz e a democracia – o guardião das promessas*, 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.

¹⁰ ADPF 347. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ. 19.02.2016.

Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Pois bem, advertíamos que a doutrina brasileira já manifestou algumas opiniões sobre o ECI, ora margeando, ora ingressando em detalhes da decisão do STF. Um dos pontos de partida do debate, ao qual temos aderido, consiste em que a Constituição de 1988 projetou um modelo de vida para a comunidade organizada, uma aspiração de futuro da qual se desprendem tarefas concretas para o Poder Público. Nesse modelo, as liberdades públicas, os direitos sociais e políticos, as diversas formas de expressão humana, devem ecoar, transparecer e se concretizar. Certamente essa não é a realidade nacional em campos como a educação, a saúde, a segurança pública, o sistema penitenciário, a seguridade social, a situação das crianças e dos adolescentes, para apenas citar alguns.

Com esse enfoque, se o ECI servisse para caracterizar toda e qualquer situação na qual a realidade não retrata o projeto constitucional, então não seria preciso refletir sobre seu conteúdo jurídico, e como afirma L. Streck, a figura seria tão abrangente que não haveria espaços para sua contestação.¹¹ Desde logo, por essa linha de raciocínio poder-se-ia também pensar que se a Corte Constitucional – seja a Corte colombiana ou o STF brasileiro – é a chamada a declarar o ECI, emergiriam bases argumentativas para justificar o decisionismo e o ativismo carentes de qualquer proporção ou limite.

Por isso consideramos que teórico estruturalmente não é possível construir a tese de que o ECI serve para caracterizar juridicamente toda e qualquer situação. Muito embora na atual quadra do Constitucionalismo, nos cenários de sociedades periféricas ou semiperiféricas, o papel do Judiciário seja especialmente relevante para a efetivação do Estado Social de Direito, não é possível construir a realidade aguardada a partir quase que exclusivamente de decisões judiciais.

¹¹ L. Streck, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ou.24/observatorio-constitucional-estado-coisas-incosntitucional-forma-ativismo>>, acesso em: 4 nov. 2016.

Entretanto, a sustentação desse ponto de vista requer alguns subsídios e considerações, que serão feitas no decorrer da exposição.

3. O estado de coisas inconstitucional no Constitucionalismo Contemporâneo

3.1. Sobre o prisma da doutrina

Na linha expositiva que empreenderemos, há duas preocupações: de início, o papel epistemológico necessariamente crítico da doutrina com relação às decisões dos juízes e das cortes constitucionais; logo a seguir, a necessidade de reconhecer que os contextos nos quais se expõem as análises doutrinárias e se fundamentam sentenças e acórdãos são carregados de experiências humanas peculiares e enriquecedoras.

Há uma discussão preliminar lembrada sobre o primeiro tema, que gira em torno se a ótica do jurista é de *segunda mão*, recebida dos legisladores ou dos juízes, ou se forja uma perspectiva própria e inédita, uma construção discursiva independente.¹²

Bastante similar era a apreensão do saudoso professor L. A. Warat, a qual se refere L. Streck, no sentido de que “ainda hoje – ou cada vez mais – a produção doutrinária que se relaciona àquilo que se pode denominar de dogmática jurídica continua caudatória das decisões tribunalícias. Ou seja, a doutrina continua doutrinando pouco. Cada ementário constitui um resto de sentido. Migalhas (des) significativas, coagulações de sentidos que, perigosamente, colocam em constante risco a sobrevivência do direito”.¹³

É claro que a resistência não consiste em eventualmente ter como objeto de análise uma decisão jurisprudencial. O que resulta realmente problemático é que a doutrina não consiga detectar o transfundo ideológico que há nelas. Por outras palavras, o realmente grave é que a doutrina não reflita e aceite um modelo jurisprudencial por mera fé, sem se preocupar pela maneira como este expressa uma compreensão do Direito.

¹² NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. p. 1-10.

¹³ STRECK, L. *Compreender direito*. Notas Introdutórias. p. 10.

As sentenças e acórdãos são autênticas normas – normas de decisão – que propõem um determinado sentido do proibido, do permitido e do obrigatório. Interferem na estagnação ou no progresso jurídico que se destine aos mais diversos planos da vida social. Nesse sentido, qualquer decisão destinada à defesa da supremacia da Carta torna evidente uma forma de funcionamento do próprio Direito, no qual se entrecruzam representações que provêm de posturas que abrangem desde a política, passando pela economia e a moral, até questões de elevadíssima relevância nos planos da ética.

Esse embrulho é inevitável porque o Direito se interliga com as cosmovisões dominantes, as circunstâncias sociais e as relações de poder. Por isso enfatizava Carlos Nino que “como um instrumento de mudanças sociais de natureza variada, o direito é reflexo de ideologias e de esquemas valorativos dominantes e enfrenta a resistência de diferentes grupos de pressão e de diversas circunstâncias sociais e econômicas”.¹⁴

E também por isso para a doutrina não pode existir figura ou categoria jurídica que não seja interpretada conforme o contexto em que se dá sua gênese, e deve afunilar seu raciocínio para verificar as contradições e manifestações de poder que lhe deram origem. Em termos concretos, o que seja a constitucionalização, o controle de constitucionalidade, a legalidade e questões como o ECI se definem não somente a partir de considerações extraídas do âmbito textual ou legislativo, senão que se encontram enraizadas em últimas em questões fáticas.

Logicamente, uma das grandes dificuldades para a doutrina, diretamente entrelaçada com essa visão, é que ao final é gerado um enfrentamento entre uma pretensa universalidade discursiva e a riqueza contextual. Esse contratempo é normal. O que não é possível é forjar um discurso afastado da realidade, quando no exercício de interpretação e aplicação do Direito as Cortes constitucionais elaboram a norma de decisão não só a partir do exame do texto normativo, mas também dos fatos que o envolvem. E na nossa visão, o desafio de abordar a jurisprudência sobre o ECI supõe este reconhecimento que antecede a qualquer outra reflexão.

¹⁴ NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. p. 7.

3.2. O intérprete e a compreensão do Direito

Embora, como reconhece Nino, não seja fácil encontrar uma única resposta, especialmente se nos recusamos a aceitar uma fórmula tão vazia como aquela que nos diz que “o objeto do direito é regular a conduta humana”,¹⁵ o estudioso do Direito procura um ângulo de observação para sua compreensão.

De nossa parte temos assumido, em várias oportunidades, que o Direito pode ser analisado como fenômeno ou experiência histórica e cultural, que essencialmente procura atingir fins e prestigiar valores ou elementos consensuais da comunidade organizada.¹⁶ E optamos por esse enfoque sabendo que cada palavra usada dessa síntese pode ser convenientemente esmiuçada, como também que essa postura é apenas uma forma de encarar as diversas manifestações do fenômeno.

Seja que a opção interpretativa tenha altas doses de sofisticação ou que não seja outra coisa que uma repetição das fórmulas de sentido comum, essa escolha será projetada a toda e qualquer reflexão sobre os diversos tópicos do mundo jurídico. Se houver suficiente sensibilidade para tentar um progresso que outorgue autonomia ao Direito, então haverá compromisso e provavelmente uma responsabilidade científica testada em vários momentos. Alertamos sobre isso porque há demandas de confronto inexorável, entre elas o exame dos fatores sociais que incidem na configuração do Direito; a justificativa moral dos seus dispositivos; as fórmulas redacionais e seus significados; a efetividade e resultado de sua interpretação e aplicação.

Nessa trilha, merece atenção redobrada o fato de que sendo uma experiência o Direito somente poderia ser concomitantemente uma construção coletiva. Como tal não se confunde com as representações que temos de suas categorias. Ou seja, o Direito não é a lei, nem a Constituição, nem a sentença, nem o decreto, nem qualquer outro dos muitos *status* ou níveis que nos oferece o que tem se convencionalmente denominar *direito positivo*.¹⁷

De maneira que razão assiste a Zagrebelsky quando opina que a raiz das dúvidas e polêmicas do jurista, e na verdade do que tudo depende, é da *ideia* de Direito e de suas marcas históricas. E bem por

¹⁵ NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. p. 7.

¹⁶ Trabalhamos este conceito a partir de G. Lumia, *Elementos de teoria e ideologia do direito*, p. 23 e ss. e Norbert Roland, in: *Nos confins do direito*, p. 5-15.

¹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. p. 9.

isso na primeira oportunidade, ao abordar a compreensão da Constituição, Zagrebelsky convida a indagar, a controverter e argumentar com relação às "ideias gerais, a mentalidade, os métodos, as expectativas, as estruturas de pensamento e os estilos jurídicos herdados do passado e que já não encontram justificação no presente".¹⁸

Essas reflexões, a nosso juízo, devem ter especial repercussão no debate sobre o Direito que se pretende construir na América Latina. Na mutabilidade da história, as sociedades deste segmento do mundo parecem ter ficado estáticas num grau elevado de ineficácia jurídica, que passa pela precariedade da ideia incutida de república, de constituição, de separação de funções, de direitos humanos. Nelas, o papel da interpretação muitas vezes permaneceu (ou permanece) vinculado às vontades dos detentores do poder, o que conduziu (ou conduz) a uma representação do Direito desprovida de legitimidade. Não raro a ideia de Direito é a de um amontoado de textos incompreensíveis e distantes dos interesses das pessoas.

Paralelamente, persistiu-se em negar que o Direito pudesse ser teorizado, e disto somente poderia derivar uma predominante cultura jurídica desprovida de subsídios para atender às necessidades populares. Tornou-se comum a banalização da interpretação, a escassa motivação das decisões e a aceitação quase que automática de modelos importados da doutrina estrangeira que, naturalmente, possui outros pontos de referência. Construímos, como chamava atenção um professor colombiano em Congresso sobre filosofia do direito, uma *teoria impura do Direito*.¹⁹ A essa situação L. Streck tem feito referência com bastante assiduidade:

O direito necessita de teorias que explicitem as condições para o adequado fornecimento de respostas (decisões) que estejam em conformidade com a Constituição. Esse é o ponto central da reflexão jurídica: a necessidade de uma teorização, que decorre do caráter alográfico do direito, como diz Eros Grau. O direito necessita de um "medium interpretandi". Sem a teoria não há direito.²⁰

¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, p. 9-10.

¹⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego E. Por que falar de uma "teoria impura do direito" para América Latina? *Cadernos do Programa de Pós-graduação Direito/UFRGS*, v. 11, p. 3-49, 2016.

²⁰ STRECK, L. *Compreender direito*. É possível fazer direito sem interpretar? p. 35.

Nesse sentido, veja-se que as palavras de um texto jurídico normativo como a Constituição apenas alcançam seu real significado a partir de um exercício de teorização que compreende um embasamento em consonância com o mundo, com a realidade, é dizer, com os fatos da vida. O que revela que interpretar a Constituição exige uma tomada de postura filosófica, uma filosofia do Direito, uma compreensão dos pressupostos que lhe dão origem.

Logicamente, se o intérprete não procura compreender esses fundamentos e acredita que o Direito é um dado em si mesmo, então terminará por negar o caráter prático da ciência jurídica. Durante muitos anos essa foi uma opção do positivismo nas suas diversas versões – o legalismo, o historicismo, o institucionalismo e outras – deixando em segundo plano outras disciplinas que contribuem a desvendar as razões do Direito.²¹

A recuperação de uma postura filosófica, a teorização e a identificação dos obstáculos a transpor no contexto da América Latina, sugerem a possibilidade de um jurista crítico. Na nossa percepção, diagnosticando realidades com o apoio da interdisciplinariedade e oferecendo soluções a partir das noções do campo do Direito, o estudioso foge da retórica, da padronização de alternativas e da fragmentação do seu próprio conhecimento. Abandona, dessarte, a imagem de que o Direito é resultado exclusivo do legislador, dos juízes ou dos responsáveis por políticas públicas ou diretrizes executivas.

No transcender de um positivismo acrítico, no qual a história do Direito é a história das leis e dos códigos, o intérprete começa o processo de averiguação das relações humanas, em tempo e espaço historicamente considerados, da qual se desprendem novas categorias jurídicas que não escaparão a seu entendimento.

3.3. O intérprete e a compreensão da Constituição

Se de maneira geral o estudo o Direito supõe uma Teoria do Direito e um exercício hermenêutico, o estudo da Constituição subentende uma Teoria da Constituição e uma dogmática constitucional.

²¹ Sobre o tema, veja-se G. Zagrebelsky, *História e constituição*, p. 29-31.

Na sua exploração no campo da ciência jurídica, a pretensão do intérprete não pode ser diversa de projetar a potencialidade do texto normativo constitucional fazendo que incida sobre os fatos, transformando realidades. O texto não é um sistema, pois o sistema é construído pelo intérprete identificando os valores e fins nele embutidos. Logicamente, identificar valores e fins para de imediato, torna-os susceptíveis de aplicação às mais diversas realidades, demanda um raciocínio axiológico e teleológico, isto é, exige argumentos sólidos e convincentes para construir a solução justa ou adequada, que será uma solução normativa. Mas é nisso, precisamente, que consiste a interpretação constitucional.

Não tencionamos fazer uma exposição pormenorizada das técnicas de interpretação. Contudo, métodos serão irremediavelmente utilizados na presente reflexão no momento de tomar posição sobre o reconhecimento do ECI. O que nos preocupa por ora é a atitude teórica que se deve abraçar para uma análise nessa direção. A questão é necessária porque sendo o ECI uma incorporação à contemporânea ciência do Direito Constitucional, o que possa ser dito sobre ela depende da resposta a indagações como: para que serve, num determinado contexto, uma Constituição?

Cumpre advertir que os ventos do chamado *constitucionalismo de princípios* assomaram tardiamente na América Latina. No entanto, conta-se com constituições – como a brasileira de 1988 e a colombiana de 1991 – com elevada carga valorativa e postulados finalísticos relevantes. Nelas, tais valores e fins dirigem-se ao texto normativo através das chamadas *normas princípio*, que reclamam efetividade em grau superlativo, mas que também podem entrar em franca oposição ocasionando os tão conhecidos juízos de ponderação. Na base do estabelecimento de proporções por parte do intérprete para solucionar casos difíceis, subjaz uma concepção sobre a elasticidade ou flexibilidade do conteúdo dos princípios, que dessa maneira se distinguem das *normas regra*.

Nessa toada, a doutrina tem encampado a perspectiva de uma constitucionalização do ordenamento jurídico, assumindo que a interpretação da Constituição não pode ser realizada a partir dos moldes clássicos, senão que reclama uma nova leitura ancorada, precisamente, na principiologia constitucional, na superação do positivismo legalista e na ultrapassagem da eficácia normativa pela aplicabilidade direta dos dispositivos constitucionais.

Sem embargo, a ausência de uma aprimorada e generalizada teoria da decisão repercute em que ao lado de jurisprudências, como a que agora ocupa nossa atenção, sejam encontradas outras de extremo conservadorismo. No Brasil e outros países da região, constata-se um panorama decisório de altos e baixos interpretativos, de ousadias e recuos, em alguns casos doses de emotividade na interpretação e em outros um excesso de cautela por parte do Judiciário.²²

Como se trata de ir adiante com fundamento numa compreensão constitucional, a despeito das teses que reivindicam a *intenção original dos redatores do texto (original intent)* e da *atitude passiva*, que sustenta que a interpretação deve acolher o sentido que entrave o menos possível às autoridades políticas para que façam o que entendam ser melhor para a comunidade,²³ inclinamo-nos por uma atitude teórica que considera que a Constituição tem, no mínimo, três formas de ser concebida e que devem ser vistas como complementares.

Em primeiro lugar, o entendimento de que tecnicamente e quando bem interpretada instala um sistema de princípios e não uma sequência descontinua de formas políticas de distribuição de poderes ou um conjunto anárquico de direitos.

Destarte, cada princípio deve ser interpretado e aplicado de modo a criar um todo coerente com as interpretações de outros setores da Constituição.²⁴ Os valores e fins no transfundo de cada princípio justificam uma estrutura constitucional que lhes outorga um papel preponderante no momento de estabelecer a norma de decisão que deverá dar solução ao dilema jurídico.

Para que esse resultado seja o mais afinado com a intencionalidade constituinte, cada princípio deve ser considerado *não absoluto*, mas compatível com os outros com os quais coexiste e com os quais se comunica dentro dos processos de interpretação.²⁵

²² Uma amostra disso é a evolução do mandado de injunção brasileiro, que veio de menos a mais em sucessivas decisões que hoje são qualificadas como *ativistas*, quando a queixa inicial era sua inutilidade. Consulte-se os MI 670, 708 e 712, relatados pelos Min. Gilmar Mendes e Eros Grau.

²³ DWORKIN, R. *Controvérsia constitucional*. Revista *Sub Judice*, n. 12, p. 28.

²⁴ Dworkin identifica este tipo de postura como a *tese da integridade constitucional* e complementa a explicação argumentando que são os princípios da moral política, nesta tese, os que justificam a estrutura constitucional, questão que detalha no seu *Law's Empire*. A nosso juízo, a questão da moral política é questão, especialmente em sociedades plurais, de extrema complexidade. Sendo consequentes com o nosso posicionamento em outras reflexões, continuamos a optar por critérios axiológicos e teleológicos como inspiradores do projeto constitucional, sem que isso signifique reconhecer que este debate seja menos complexo que o referente ao da moral política.

²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Idem*, p. 10.

Logo, e em segunda chamada, que as sociedades assignam à Constituição não somente a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.²⁶ Nesse sentido, as categorias do Direito Constitucional e, logicamente, sua interpretação, para poder servir como critério de ação ou de juízo para a práxis, devem dirigir-se a promover uma combinação ou *política constitucional* na qual interagem os vários órgãos que recebem o mandato de efetivá-la. Assim, a Constituição *viva* é o resultado concreto das adesões ou abandonos ao projeto constitucional por parte dos diversos atores sociais, econômicos e políticos.

Finalmente, a atitude do jurista crítico presume procurar no momento da interpretação as saídas para a conquista na sociedade do plano de valores e fins, em lugar de uma atitude descompromissada ou de resignação diante do fatalismo das circunstâncias.

É claro que em todo o exercício de interpretação e aplicação do texto constitucional há problematizações, porque não se retira a Constituição do papel em virtude de um voluntarismo interpretativo e pouco responsável. Mais uma razão para avançar com cuidado em nossa exposição.

Pensamos que a identificação de uma orientação estabilizadora em termos temporais e espaciais, que deve dar lugar a uma constitucionalização da vida social, vinculada a esses condicionantes valorativos e finalísticos, é a motivação permanente do intérprete e a grande tarefa de um tribunal constitucional.

4. São as decisões que declaram o ECI uma manifestação de ativismo judicial?

Diz M. Beuchot que o instrumento cognoscitivo de maior relevância na filosofia contemporânea é a hermenêutica. E há que prestar atenção a essa afirmação que parece corroborada pela explosão de análises sobre o tema.

Em ocasiões, como reconhece o próprio Beuchot, cansados do racionalismo e do cientificismo os intérpretes partem para os extremos do relativismo e do subjetivismo e, então, para fugir do paradigma da

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. p. 13.

univocidade, se deslizam ao paradigma da equivocidade. Por isso proliferam “[...] as hermenêuticas relativistas, equivocistas, nas quais ou quase tudo é válido ou quase qualquer interpretação é válida, ou de plano não há nenhuma validade nem objetividade para a interpretação. Por isso convém encontrar um ponto médio, uma moderação prudencial”.²⁷ Esse ponto médio em Beuchot se focaliza na *phrónesis* aristotélica, que há sido revitalizada dentre outros autores por Gadamer.²⁸

No Brasil, o professor L. Streck também se refere ao tema, denunciando como, em pleno século XXI, ainda não se conseguem estabelecer parâmetros para resolver o *como decidir*. A derivativa dessa anomalia é que a interpretação navega entre “objetivismos” e “subjativismos”. Para Streck a tarefa é encontrar um caminho intermediário, e daí a necessidade de construir uma teoria da decisão.²⁹

A nosso ver – na esteira das questões até agora sustentadas, e a isso também se reporta D. Sarmento – o núcleo do debate é como tornar o sistema jurídico funcional, estável e harmônico com os valores do Estado Democrático de Direito, que precisa de princípios, mas também de regras. O importante é encontrar uma medida justa, “que não torne o processo de aplicação do Direito amarrado demais, como ocorreria num sistema baseado exclusivamente em regras, nem solto demais, como sucederia com um que se fundasse apenas em princípios”.³⁰

E nessa visão, uma boa teoria da decisão vai precedida de uma boa Teoria do Direito e da Constituição, que são precisamente as que nos impediriam cair nos extremos do *objetivismo* ou do *subjativismo*, da dicotomia entre *originalistas* e *não originalistas*, entre univocidade e equivocidade.

Situaremos nosso posicionamento sobre o assunto em três segmentos que nos parecem pertinentes e significativos, ligando-os de imediato ao exame do ECI.

4.1. Cortes Constitucionais e Estado Constitucional de Direito

Colocar em pauta a jurisprudência que determina o ECI permite-nos ingressar no papel do juiz no Estado organizado constitucionalmente, é dizer, um Estado sujeito a um Direito que emana da Constituição.

²⁷ BEUCHOT, M. Perfiles esenciales de la hermenéutica. p. 8-9.

²⁸ Idem, *ibid.*, p. 9.

²⁹ STRECK, L. *Compreender direito*. É possível fazer direito sem interpretar? p. 39.

³⁰ SARMENTO, D. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, D. (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. p. 140.

Na Colômbia, o artigo 1º da Constituição de 1991, resultante de um processo de paz entre Estado e grupos insurgentes, caracteriza o Estado como um Estado Social de Direito. No Brasil, como foi percebido pela doutrina há já um bom tempo, a interpretação sistemática do Texto normativo constitucional promulgado em 1988 aponta para um Estado Social comprometido com a efetividade dos direitos e prestações estampados no artigo 6º e posteriormente desenvolvidos no Título VIII.

Adicione-se que tanto a Colômbia quanto o Brasil projetam também a construção de um Estado democrático, inicialmente no artigo 3º da Carta de 1991 e no artigo 1º, parágrafo único e no artigo 14, da Constituição de 1988. Todavia, nos dois textos podem ser identificados vários dispositivos que autorizam aferir a intenção de uma democracia participativa e inclinada à deliberação.³¹

Não pretendemos mostrar com exaustividade artigos das constituições em pauta. Sem embargo parece-nos imprescindível mencionar, pela sua densidade teleológica e valorativa, o artigo 2º da Carta colombiana, que expõe:

São fins essenciais do Estado: servir à comunidade, promover a prosperidade geral e garantir a efetividade dos princípios, direitos e deveres consagrados na Constituição, facilitar a participação de todos nas decisões que os afetam e na vida econômica, política, administrativa e cultural da Nação; defender a independência nacional, manter a integridade territorial e assegurar a convivência pacífica e a vigência de uma ordem justa. As autoridades da República estão instituídas para proteger a todas as pessoas residentes em Colômbia, na sua vida, honra, bens, crenças, e demais direitos e liberdades e para assegurar o cumprimento dos deveres sociais do Estado e dos particulares.

³¹ Uma leitura pormenorizada dos Diplomas permite extrair a intencionalidade de edificar uma democracia participativa. São exemplos, no caso da Constituição colombiana o artigo 48, que estabelece a participação dos particulares na seguridade social; no caso da brasileira, os artigos 194, caput, com relação à mesma matéria; ainda podem ser mencionados os artigos 198, III e 205, nos casos da saúde e da educação. Tivemos oportunidade de desenvolver o tema em *Ciência política, estado e direito público*, p. 139-142.

Note-se que na Constituição brasileira há dispositivos que pontuam a mesma intenção. O artio 1º, III do Título I, *Dos Princípios Fundamentais*, começa por estabelecer como fundamento do Estado a *dignidade da pessoa humana*, matriz, sem dúvida, dos direitos fundamentais; o artigo 3º, que estabelece a intenção de construir uma *sociedade livre, justa e solidária*. E há notadamente um extenso rol de direitos fundamentais expostos no artigo 5º e ainda o compromisso, no artigo 4º, II, de atuar na direção de outorgar *prevalência* aos direitos humanos.

Verifica-se que nos dois casos as constituições remetem a um regime de especialização de funções – como corresponde aos Estados democráticos – para assegurar direitos. Suas diretrizes estabelecem uma morfologia estatal condicionando a ação dos seus órgãos à obtenção de fins. Evidentemente que as constituições examinadas no momento de caracterizar o Estado como um Estado Social e Democrático colocam um carimbo axiológico que pautará o sentido da atuação do Poder Público.

Com fundamento nessas premissas, a indagação resultante é a repercussão que tem o preparo e aparelhamento de um Estado Social na tarefa da Corte que guarda a Constituição, especialmente quando os valores e fins que ela determina são obstaculizados pela ação ou omissão de agentes públicos.

Pode a Corte, em casos extremos, reconduzir o Estado aos caminhos da constitucionalização?

Preocupado com essa situação, L. Ferrajoli retoma a problema desde sua gênese, é dizer, desde a nomenclatura *Estado de Direito*, conceituando-os como “àqueles ordenamentos nos quais todos os poderes estão vinculados ao respeito de princípios substanciais, estabelecidos pelas normas constitucionais, como a divisão de poderes e os direitos fundamentais”.³²

Ferrajoli parte de um positivismo renovado, em cuja base está a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade, insiste por isso na superação do *paleojuspositivismo* – *Estado legislativo de Direito* –. *Do seu ponto de vista, a nova fase do Estado Constitucional é susceptível de se compreender a partir da troca de paradigmas em*

³² FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y presente del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. p. 13-14.

três âmbitos: “a) na natureza e estrutura do direito; b) na natureza da ciência jurídica e c) na jurisdição”.³³

Com efeito, se no Direito pré-moderno de formação jurisprudencial e doutrinal não existia um sistema unitário e formalizado de fontes e, então, o direito era sustentado pela intrínseca racionalidade e justiça do conteúdo das visões dos juízes e dos juristas, no Estado de Direito surgido na modernidade, a disciplina é refundada sobre o princípio da legalidade como garantia de liberdade perante a arbitrariedade.

Surge assim o Estado legislativo, que combate o esquema anterior promovendo uma consequência determinante para a ciência jurídica e a jurisprudência. É que se no Direito pré-moderno doutrina e jurisprudência são o próprio Direito, no Estado legislativo de Direito a ciência jurídica passa a ser uma disciplina cognoscitiva e, por sua vez, a jurisprudência passa a ser submetida à lei e à legalidade. Esse desenvolvimento no terreno da tarefa de decidir derivou na independência dos juízes e em garantias processuais que constituem a parte formal do devido processo legal.

Logo, na segunda metade do século XX, operou-se uma nova mudança de paradigma com o postulado da força normativa da constituição e a abertura a uma visão de supremacia constitucional que vence a formalidade e se instala na forma de compreender o ordenamento jurídico e no caráter que deve assumir a interpretação e aplicação dos desideratos constitucionais.

Contudo, para Ferrajoli o modelo de Estado atual já está em crise, e ela decorre, na sua opinião, do “*colapso da capacidade reguladora da lei*”, da regressão a um Direito jurisprudencial pré-moderno que nos coloca de “retorno ao papel criativo da jurisdição”, e pela “perda da unidade e coerência das fontes e a convivência e superposição de diversos ordenamentos concorrentes”.³⁴

Essa tentativa de fornecer uma sucessão histórica é bastante elucidativa, mas o que realmente preocupa Ferrajoli é a incompatibilidade entre as aspirações constitucionais e o papel que poderia ter o juiz e a jurisprudência. Daí falar em retorno ao pré-modernismo.

De tudo resulta que, no que se refere ao exame do ECI, há de se iniciar pela necessidade de superar os desafios que o Estado Constitucional tem, na prática, para sua afirmação contemporânea, e nesse processo os juízes e a jurisprudência não podem ser afastados ou

³³ FERRAJOLI, Luigi. Idem, p. 14.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 20.

simularmos que não existem. O que se reivindica, em todo caso, é que o equilíbrio decisório é algo essencial no Estado Constitucional para atender não somente os limites de cada órgão do Estado mas para estabelecer os resguardos e salvaguardas dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, não se pode esperar que diante de condições de vulnerabilidade extrema e confronto de princípios constitucionais, que afetam sensivelmente o projeto de vida da comunidade política, sejam extravasados os limites de organização e competências, mas tampouco que se mantenham impassíveis os responsáveis pela defesa da Constituição e a superação do quadro de crise.

O assunto reporta tanto a tema da neutralidade do Estado Constitucional quanto ao da neutralidade do intérprete e do juiz. A inação estatal, que a partir da ótica do liberalismo clássico do Estado legislativo impõe o respeito pelas opções do ser humano, mas resulta insuficiente para resolver os casos relatados e que originam a possibilidade de declarar o ECI. A mesma inação, que pode representar para alguns que o Estado não interfira na sua propriedade ou riqueza, representa o abandono e a condenação para os membros do grupo vulnerável e em franca desvantagem.

Acontece que a Constituição pretende a criação de uma ordem orientada para a liberdade, a igualdade e a concretização da dignidade das pessoas, nesse sentido ela não é neutra. E se fosse de outro modo, nada faria sentido. Em tais condições, não é possível para o intérprete ou para o juiz assumir que no Estado, balizado pela Constituição, um grau de intensa vulnerabilidade em matéria de direitos humanos, por exemplo, seja algo corriqueiro e natural.

Por isso, assiste razão Gargarella e Curtis quando lembram a polémica entre Hart e Lord Devlin, em que se deduz que pode, em certos casos, não haver razões para que exista uma

[...] superposição entre vigente e válido. Um certo estado de coisas pode representar o estado de coisas vigente, mas, ao mesmo tempo, pode ser moralmente inaceitável, e podemos contar com razões para modificá-lo. [...] pelo contrário, esse estado de coisas requer também de uma justificativa especial se é que se pretende que seja mantido”.³⁵

³⁵ GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latino-americano: promesas e interrogantes*. p. 37-38.

É claro que em consonância com o que temos já afirmado, as justificativas jurídicas no Estado Constitucional para que se mantenha ou se modifique um ECI não se confundem com justificativas morais, embora o intérprete ou o juiz tenham orientações morais. As justificativas, em qualquer caso, devem ser orientadas pela principiologia constitucional.

4.2. O tema do ativismo judicial

É claro que a construção de uma cultura de responsabilidade democrática na América Latina passa por um sistema judiciário eficiente e sensível à efetivação dos direitos. Nessa pretensão, não há como desvincular variáveis como democracia e interpretação e aplicação do Direito. Trata-se de aspectos interligados.

Entretanto, na nossa reflexão não vamos a discutir argumentos tão singelos e batidos como o de que o problema do ativismo judicial reside em que os juízes não são eleitos, ou bem aqueles que sustentam, em análises desavisadas, em que não devem ser juízes ou Cortes aqueles que cuidem da integridade do texto constitucional. Na história do constitucionalismo latino-americano, a fiscalização da lei e dos atos normativos emanados do Poder Público tem sido tradicionalmente tarefa dos juízes e, mais recentemente, de Cortes Constitucionais, resultante da escola do *judicial review* dos Estados Unidos ou do controle concentrado da Alemanha.

A discussão é outra e reside na filosofia do trabalho interpretativo e nas técnicas aplicadas para encontrar as melhores opções e solucionar dilemas jurídicos. Na nossa trilha expositiva, as melhores saídas sempre serão aquelas que prestigiem a axiologia e a teleologia da Constituição. É dizer, o problema tem a ver com a maneira como uma Corte Constitucional utiliza as ferramentas constitucionais para decidir.

Sobre o ponto, em páginas anteriores temos argumentado que a interpretação judicial não é um ato de voluntarismo ou sujeito ao reconhecimento de padrões morais, isso porque uma cultura jurídica ancorada na realização dos direitos fundamentais tem como referência postulados jurídicos, expostos na Constituição regularmente em normas princípio de alta carga valorativa que evidenciam escolhas que conduzem a um projeto de vida comunitária.

Assim, por exemplo, rejeitar o racismo significa não somente inclusão social, senão estabelecer as bases para uma sociedade na qual sejam

eliminados os preconceitos por motivos étnicos ou pela simples cor da pele. Há intrinsecamente uma valoração do ser humano, simplesmente uma pessoa não pode ser conduzida a estágios de degradação – tratada como indivíduo de espécie distinta da humana ou como mera coisa – pela cor da sua pele. E isso é perfeitamente deduzível, no caso da Constituição brasileira, tanto do artigo 1º, III, quanto do artigo 3º e do artigo 4º, que expõem baluartes interpretativos que condenam o racismo.

Portanto, a decisão que condene o racismo não está alinhada a uma subjetividade que possa ser discricionariamente descartada por um ou outro juiz. Ou seja, não se trata de uma escolha pessoal do juiz, ou do resultado de uma aceitação livre e espontânea, senão de uma decisão que pode ser motivada com fundamento em um exercício de interpretação do sistema jurídico constitucional.

Por essa via, na compreensão de que o juiz exerce a tarefa de construir uma norma de decisão com fundamento no texto normativo constitucional e ancorado em fatos e na sua percepção - algo inevitável - do fenômeno, evita-se o juízo aleatório, se fornece segurança jurídica e se fortalece o regime democrático. Juiz, destarte, não substitui nem ao legislador nem à Administração Pública.

Acontece que na Colômbia e no Brasil há uma realidade que tem algo em comum: a crise aguda de representatividade do Legislativo e do Executivo ocasionada pelo desgaste dos sistemas eleitorais e ausência de uma política de Estado que encaminhe a superação dos problemas sociais, que se acumulam ao longo do tempo. Dessa simbiose, fatal para a reprodução de um ambiente jurídico ancorado nos postulados constitucionais, de inoperância administrativa e precariedade no conceito de interesse público, de escassa visão sobre o que representa a indisponibilidade de gestão dos bens públicos e prestação de contas, pode surgir uma visão da jurisprudência constituir-se em vanguarda defensora da Constituição ou correr até à margem dela.

Para compreender melhor há que constatar como na história recente a insatisfação popular e a *crise nas alturas nos órgãos de representação (crises institucionais)* trouxeram como consequência o traslado das discussões sobre política, economia, ética, direitos sociais, proteção das pessoas carentes e mais vulneráveis, às instâncias jurisdicionais, num fenômeno conhecido como *judicialização da política*.

Em reiteradas oportunidades, os impasses e transtornos ocasionados pela omissão estatal para a efetivação de direitos converteram as cortes constitucionais em instâncias promotoras do bem-estar social,

obrigando a um dever decisório que tem sido qualificado como *ativismo judicial*. Da filtragem constitucional desejada passamos a uma discussão sobre *ativismos conservadores ou ativismos progressistas*.

Se a polêmica fosse concentrada no terreno da política seria muito mais singelo manter uma posição. Aplaudiríamos o progressismo e qualquer conservadorismo seria rejeitado. Pode o cientista do Direito aplaudir quando convêm? Quem diria o que é progresso ou conservação? O Judiciário? O povo?

A questão, por isso, é mais profunda e difícil. Algo deve ser dito inicialmente: não é compatível com a supremacia material da Constituição que a construção de uma norma de decisão, nos casos em que as Cortes examinem situações nas quais sejam requeridas providências para atender gravíssimas violações de direitos humanos ou proteção de grupos vulneráveis, seja ancorada numa visão burocrática, que não leve em conta as diferenças qualitativas da interpretação constitucional. A Constituição deve ser vista como um “modelo axiológico”, que é na verdade um *valor em si*³⁶, em cujo centro está a garantia dos direitos fundamentais.

No caso, a separação entre o Judiciário e o restante dos órgãos do Estado passa a ser balizada pela justiça material e pela aspiração constitucional de uma ordem justa, que faz que a dimensão jurídica do dever, que outrora consistia num simples reflexo ou aplicação da lei, se converta num elemento autônomo propriamente constitucional.³⁷

Claro que ainda nessa linha expositiva existe o risco de um decisionismo ou um ativismo negativo ou de decisões holísticas e daquilo que Comanducci denomina *neoconstitucionalismo de contrapoderes*.³⁸ Daí a importância de se estabelecerem elementos axiológicos e finalísticos norteadores da tutela jurídica.

Por isso temos insistido em que no Estado Constitucional, que se distingue por um elemento instrumental – a separação de funções – e um elemento de fundo – a proteção dos direitos fundamentais –, e cuja tática consiste em tornar o Poder Público refém de um projeto principiologicamente alicerçado, a interpretação da constituição, axiológica e teleologicamente sustentada, elimina o risco decisionista e pode impulsionar uma ação do Judiciário para a satisfação dos direitos.

³⁶ COMANDUCCI, P. Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. p. 83-84.

³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. Idem, p. 93.

³⁸ COMANDUCCI, P. Idem, p. 86.

No caso das sentenças da ECI, é possível distinguir duas questões de interesse: a dificuldade com o conhecimento das consequências jurídicas e os argumentos que as justificam.

Em torno à primeira questão, basta-nos reconhecer que as decisões da Corte não eliminam as causas estruturais que originam o ECI, mas podem reduzir o impacto das mesmas, especialmente a partir das atuações dos órgãos aos quais lhes foi ratificada a competência de tomar decisões para aliviar a gravidade dos fatos. E, nesse sentido, tem o valor constitucional de avizinhar o projeto estampado no texto da Constituição de 1991 à realidade do país. No caso colombiano, não podemos esquecer, o pacto constitucional deu-se como resultado de um processo de paz, o que ressalta que a operação de consignar opções através de princípios se torna tão relevante que resulta ser praticamente a própria condição de sucesso da obra do constituinte.³⁹

Para o STF brasileiro, a decisão de declarar um ECI somente pode estar racionalmente exposta se ancorada em valorações e fins estabelecidos constitucionalmente. Aqui o fundamental consiste em compreender o sentido de Direito e de Constituição elaborado pelo Tribunal que inspiram os elementos decisórios.

Na decisão colocada pela Corte Constitucional colombiana e que já foi referenciada pelo próprio Supremo Tribunal brasileiro, a pedra angular é o caráter jurídico imperativo dos deveres constitucionais dos órgãos de representação popular e da atribuição jurisdicional para poder atender a uma expectativa de satisfação de direitos especialmente aos setores mais vulneráveis da sociedade em contextos de crise. Se a Corte colombiana não tivesse realizado essa função, os dispositivos constitucionais não passariam de exortações morais insuficientes para atender casos que precisam de soluções urgentes, como o drama dos deslocados na Colômbia. Igual poder-se ia dizer do drama nos presídios brasileiros.

Vale lembrar, que na sua crítica a Dworkin, que defende que os juízes devem-se ater a julgar de acordo com princípios, deixando as considerações referentes à política aos outros órgãos do Estado como maneira de superar a discricção judicial, Carlos Nino indica que, talvez o que se deve exigir não é que os juízes se abstenham de toda consideração de políticas sobre objetivos coletivos, e sim que as políticas

³⁹ Nesse sentido, Gustavo Zagrebelsky, *idem*, p. 97.

consideradas pelos juízes sejam inferidas das finalidades que buscam os outros órgãos do Estado ao estabelecer as normas do sistema.⁴⁰

Nossa opinião sobre o tema é que as duas formas de apreciar o assunto conduziram ao mesmo resultado. Discrção judicial não é sempre sinônimo de ativismo judicial e as Cortes constitucionais não poderiam permanecer de costas aos objetivos traçados pela Constituição, obrigatórios para os órgãos do Estado, nem poderiam renunciar a decidir com fundamento nos princípios do sistema. Podem confirmar ações a serem empreendidas por outros órgãos ou exigi-las quando estas não existam.

No caso das sentenças sobre o ECI, a jurisprudência pode ser considerada uma ferramenta útil de defesa e desenvolvimento do Estado constitucional social e democrático de Direito porque se trata de uma proteção reforçada e estrutural dos direitos fundamentais, no caso da Colômbia, no meio de um prolongado conflito social e armado interno no qual não há obediência das partes às normas do Direito Internacional Humanitário e dentro de um quadro de gravíssimas e sistemáticas violações aos direitos humanos que afeta grupos vulneráveis que merecem proteção reforçada.⁴¹ No caso brasileiro, diante das violações graves aos direitos humanos apontadas pelos requerentes na ADPF 347.

4.3. A interpretação dos fatos

Nas sentenças da Corte colombiana, a absorção dos elementos da realidade do país é um exercício valorativo empírico. Na ADPF 347, o requerimento está em boa medida embasado no mesmo tipo de exercício. Ou seja, devem-se valorar fatos. Estamos diante de um alargamento do controle de constitucionalidade?

A questão pode ser problemática. O próprio Magistrado da Corte Constitucional colombiana relator da decisão na Tutela 025 de 2004, sustenta que nas sentenças que declaram o ECI:

⁴⁰ NINO, Carlos. *Ibid.*, p. 511-513.

⁴¹ Nessa perspectiva, Gabriel Bustamante Peña, *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*, p. 6.

“[...] não se julga um ato jurídico, senão uma realidade, um estado de coisas. Conceitualmente é um giro copernicano no entendimento do controle de constitucionalidade, devido a que, no controle do direito, as normas e os atos são o tradicional, porém, aqui o que se controla ou se pretende transformar é a realidade, uns fatos, um estado de coisas contrário à Constituição”.⁴²

Para sopesar fundamentos que possam contribuir para uma adequada análise, convém lembrar que tais ocorrências ou inações se consideram abertamente contrárias a preceitos constitucionais porque vulneram massiva e maciçamente direitos fundamentais. Procura-se que sejam assim declarados e em consequência a Corte inste às autoridades competentes a que, nos marcos das suas funções e dentro de um término razoável, adotem as medidas necessárias para corrigir ou superar tal estado de coisas.⁴³

Perceba-se que a supremacia material da Constituição é posta a prova pela atuação ou ineficiência estatal extrema. Não nos parece adequado sustentar que com a declaração do ECI o controle deixe de ser controle porque se aplica a fatos em lugar de se aplicar a atos normativos. O que percebemos é a necessidade de estabelecer a vinculação positiva dos órgãos estatais à materialização dos fins constitucionais. Fatos são eventos ou acontecimentos, e embora não sejam elementos exclusivos para construir a norma de decisão, tampouco ela poder ser construída sem levá-los em conta.

A questão já foi enfrentada por Friedrich Muller, e em nosso meio por Eros Grau. Os autores esclarecem que na época da interpretação meramente subsuntiva, o exercício hermenêutico era distanciado da aplicação do Direito. Mas, a interpretação é concomitante à aplicação do Direito, ou seja, a interpretação é *produção prática do Direito* e isso significa que a *norma* é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos colhidos do texto normativo (mundo do dever ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será aplicada – o que quer dizer, a partir de dados da realidade (mundo do ser).

⁴² Voto do Magistrado Manuel José Cepeda (Relator). Decisão T-025 de 2004.

⁴³ LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, v. III, n. 1, p. 71-72, 2011.

Por isso o intérprete interpreta também o caso no momento histórico no qual se opera a interpretação em cujo contexto será aplicado o texto, e por isso inexistem soluções previamente estruturadas como produtos semi-industrializados e uma linha de montagem, para os problemas jurídicos.⁴⁴

Nos casos decididos na Colômbia, é com decorrência do relato fático que se imprime coerência à norma de decisão. Entretanto, vale advertir, fatos não são suficientes. O intérprete deve sempre atender às exigências de uma *reserva de consistência*,⁴⁵ isto é, apresentar os argumentos substanciais que demonstrem que os atos ou omissões do agente público são incompatíveis com a Constituição. E esses elementos estão no texto normativo.

Para a Corte Constitucional existem razões suficientes para declarar o ECI sem fugir do sistema. Podem ser singelamente sintetizadas porque: são elas aquelas chamadas à guarda da Constituição; o Estado Constitucional é orientado por princípios que induzem a fins e valores; porque o Estado tem um compromisso com os direitos humanos, decorrente tanto da própria Constituição como dos tratados internacionais; e porque existe a necessidade de proteção e amparo de pessoas em situação de vulnerabilidade a partir da utilização de garantias constitucionais.⁴⁶

São as circunstâncias em que se desenvolvem as relações humanas, aliadas à postura interpretativa que considera a unidade sistêmica da Constituição da qual se extrai a intencionalidade valorativa e finalística, desconhecida pela omissão ou pela ação de outros órgãos ou atores, os elementos motivadores da decisão.

Conclusões

Para a apreciação conveniente das decisões que declaram o ECI é preciso, com antecedência, assumir uma compreensão de Direito e de Constituição. Nessa visão, o jurista crítico procurará encontrar os fundamentos para um raciocínio ancorado em valores e fins que

⁴⁴ Consulte-se a obra de Eros Grau, Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, p. 92-93.

⁴⁵ CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição*. p. 668.

⁴⁶ BUSTAMANTE PEÑA, Gabriel. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. p. 6.

possibilitarão o início da uma caminhada à procura de respostas para uma teoria da decisão. O objetivo é afugentar pretensões voluntaristas, emotivas ou de irresponsabilidade hermenêutica na construção da norma que coloca fim ao dilema jurídico.

As jurisprudências sobre o ECI deixam evidente uma contradição entre a sociedade e as aspirações constitucionais, como consequência se estabelece a necessidade de uma mudança na política constitucional que não pode ser conjuntural, mas estratégica e projetada ao futuro.

No contexto da judicialização dos mais variados campos da vida social e de defesa da supremacia material da Constituição, as Cortes Constitucionais podem e devem assumir um compromisso com os setores mais vulneráveis, rejeitando a exclusão sistêmica e a violência injusta por sobre eles exercida. Isso implica que exponham claramente os argumentos constitucionais que possibilitam que o legislador ou o administrador seja obrigado a tomar medidas imediatas de modificação do contexto, atuando ainda como regulador temporal e espacial da atuação dos outros.

Nas sentenças estudadas, insta-se as autoridades a uma ação conjunta, programada e eficaz para a transformação da realidade de maneira a concretizar um *dever ser* próprio do Estado Constitucional na sua atual fase de desenvolvimento. O que não é incompatível com uma ação jurisdicional, que mantida nos rigores do sistema fundado em elementos axiológicos e teleológicos, declare a situação de inconstitucionalidade de fatos, eventos e circunstâncias que se afiguram na contramão da constitucionalização da vida social.

Bibliografia

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS - ACNUR. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/acnur-e-escriptorio-da-onu-para-direitos-humanos-pedem-protecao-a-populacao-civil-na-colombia/>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

BEUCHOT, Mauricio. *Perfiles esenciales de la hermenéutica*. México: FCE: UNAM, 2008.

BUSTAMANTE PEÑA, Gabriel. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. 2011. Maestría (Estudios Políticos) - Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, D.C., 2011. Disponível em: <http://participaz.com/images/pdf/Capitulo6/estado_de_cosas_insconstitucional.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2016.

CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Disponível em: <www.corte-constitucional.gov.co>. Acesso em: 5 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Controvérsia constitucional*. *Revista Sub Judice* – Justiça e Sociedade, n. 12, p. 27-31, jan./jun. 1998.

FREITAS, Juarez. A pretensão da única resposta correta pode inviabilizar a melhor interpretação. In: *A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta*.

FUX, Luiz; NERI JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: CEPAL: ONU, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara: UNAM, 2003.

FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <<https://www.fidh.org/es/>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

INSIGHT CRIME. Disponível em: <<http://es.insightcrime.org/>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *Por que falar de uma “teoria impura do direito” para américa latina?* in Cadernos do Programa de Pós-graduação. Direito/UFRGS. vol. 11. 2016. pp. 3-49.

LUMIA, Giussepe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes.

LYONS, Monterroza e Meza. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, v. III, n. 1, p. 71-72, 2011.

MONCAYO, Victor Manuel. Las conversaciones de la Habana: una compleja oportunidad para la paz en Colombia. In: ESTRADA, Jairo (Coord.). *Solución política y proceso de paz en Colombia*. Bogotá: Ocean Sur, 2013. p. 9-34.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ROLAND, Norbert. *Nos confins do direito*. São Paulo: Martins Fontes.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito – desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ou.24/observatorio-constitucional-estado-coisas-incosntitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução ao castelhano de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

_____. *História y constitución*. Tradução ao castelhano de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

O tempo como fator de aplicabilidade das normas constitucionais¹

Walter Claudius Rothenburg²
Procurador Regional da República

Sumário: 1. O tempo, a realidade e a aplicabilidade. 2. Ambiente doutrinário. 3. A teoria da aplicabilidade das normas constitucionais e seu tempo. 4. Exemplos reais e hipotéticos. 4.1. Proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa. 4.1. Benefício assistencial às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos. 4.3. A propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos quilombolas; as datas comemorativas de alta significação. 4.4. Vedação ao nepotismo. 5. O tempo da política.

“Se você me perguntasse qual é a situação mais desagradável que existe, eu diria que é a ausência de medida. Dependemos totalmente dela. A vida é vazia demais para o nosso gosto, aberta demais; inventamos todo tipo de coisas onde nos agarramos: nomes, datas, medidas, acontecimentos. Portanto me deixe em paz. Não tenho nada mais do que minhas convenções, e por isso continuarei me referindo simplesmente a dia e hora, mesmo que nossa viagem parecesse não ter a menor percepção de seus ditames. Os Sioux não tinham uma palavra para tempo, mas ainda não cheguei a este ponto, ainda que seja um aprendiz rápido.”

(Cees Nooteboom)³

¹ As ideias deste texto foram originalmente apresentadas em colóquio sobre os vinte anos da Constituição brasileira de 1988 (Petrópolis-RJ, agosto de 2008). O texto (O tempo e a aplicabilidade das normas constitucionais) veio a ser publicado como capítulo no livro *Vinte anos da Constituição Federal de 1988* (coordenado por Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 387-398) e como artigo na *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, n. 8, p. 151-164, out./dez. 2008.

² Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II. Professor de Direito Constitucional. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC.

³ *A seguinte história*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995. p. 85.

A possibilidade de aplicação das normas constitucionais em face de lacunas e insuficiências normativas é tendencialmente mais direta à medida que o tempo passa. Isso significa conferir um peso decisivo ao fator “tempo” em relação à aplicabilidade das normas constitucionais, ou seja, emprestar ao fator “tempo” um papel de destaque na interpretação constitucional.

1. O tempo, a realidade e a aplicabilidade

Embora diversos fatores possam concorrer para que ocorra a aplicação das normas constitucionais ao longo do tempo, o problema da falta de norma complementar ou a deficiência normativa, por causa da inação dos responsáveis pela integração das normas constitucionais, pode – e tende mesmo a – ser superado.

Tomemos o art. 206, VI, da Constituição brasileira, que preceitua a “gestão democrática do ensino público, na forma da lei”, o que pode oscilar em função de um governo mais ou menos autoritário do setor, ou mesmo em função do maior ou menor interesse da comunidade (por exemplo, pouca atenção dada à questão pelos meios de comunicação). A integração normativa requerida, no entanto, é um fator para a aplicação da norma constitucional cuja necessidade vem a reduzir-se. Se, com o tempo, a lei referida não é editada, importa aplicar a norma constitucional independentemente de legislação de integração. As exigências (normativas e não normativas) de integração devem ser satisfeitas, ainda que temporariamente, de outros modos: normas regulamentares (decretos autônomos) ao invés de lei formal (enquanto esta não vem), deliberações locais (como a implementação de colegiados diretores com a participação de representantes da comunidade), até mesmo ordens judiciais (em ações civis públicas). A interpretação da norma constitucional, no que diz respeito à sua aplicabilidade, deve levar em consideração o tempo.

A teoria da aplicabilidade ou eficácia jurídica das normas constitucionais preocupa-se principalmente com a estrutura normativa: se a norma depende ou não de integração, especialmente por meio de outras normas jurídicas infraconstitucionais. Seriam, dito genericamente, “programáticas” – por oposição às normas “operativas” (cuja eficácia não depende “de condições institucionais ou de fato”) – aquelas normas constitucionais “que definem objetivos cuja concretização depende de providências situadas *fora* ou *além* do texto

constitucional” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 28). A discussão, portanto, é sobre a completude normativa dos dispositivos constitucionais, e é este o ponto que nos interessará. Trata-se de uma teoria até certo ponto “endógena”, mas que não ignora a eficácia externa (efetividade) das normas constitucionais: a eficácia “jurídica” como requisito da eficácia “social” ou efetividade e, mais além, a eficácia jurídica *em função* da eficácia social.

O que pretendo enfatizar é um aspecto certamente subentendido pela teoria, mas que talvez mereça maior atenção: a suposta necessidade ou oportunidade de integração normativa tende a arrefecer com o tempo. Assim, a análise do fator “tempo” é importante para definir a aplicabilidade das normas constitucionais. Ademais, a consideração do tempo conecta a perspectiva “endógena” à “exógena”, lembrando que é sempre preciso atentar para a realidade do “mundo exterior”, ou melhor, que estas perspectivas não são tão distintas assim, pois o fenômeno jurídico compõe-se de uma dimensão factual (MÜLLER, 1996): “É correto que os fenômenos não se localizem apenas na história, mas tenham – e isto vale ao menos para os fenômenos do universo humano – simultaneamente o ‘tempo’ como momento da sua estrutura interna.” (MÜLLER, 2007, p. 99).

O grande desafio do Direito não está na aplicabilidade, mas na efetiva aplicação (efetividade) das normas, e, com o tempo, esmaece a importância da discussão a propósito da eventual necessidade de integração normativa dos dispositivos constitucionais (aplicabilidade), superada pela discussão – sempre presente – a respeito do efetivo cumprimento das determinações constitucionais (aplicação).

Sempre haverá espaço para a atuação daqueles que devem oferecer condições para a realização dos comandos constitucionais, especialmente os órgãos públicos, conquanto esta atuação possa não ser necessária ou se tornar superável em face da omissão.

Tomemos como exemplo o direito de locomoção (previsto no art. 5º, XV, da Constituição), que provavelmente mais assegurado estará, quanto menor for a cidade e melhor o poder aquisitivo dos cidadãos, o que não impede – e sempre recomenda – que se otimizem as condições de trânsito urbano. Nas metrópoles, contudo, o direito de locomoção depende de serviços públicos. Por isso, o transporte coletivo urbano tem sua essencialidade reconhecida pela Constituição (art. 30, V), sendo atribuído aos Municípios. A mera distribuição constitucional de competência já configura limitação normativa (ao estabelecer que

os Municípios e não os demais entes da federação têm a aludida atribuição) e dela decorre também a limitação normativa quanto ao exercício desta competência (será preciso que os Municípios atuem, editando normas e adotando as demais providências necessárias).

Ao interpretar as normas constitucionais pertinentes ao direito de locomoção e ao transporte coletivo urbano, para resolver problemas em ambos os âmbitos de limitação normativa, deve-se ter em conta o tempo. Assim, no tocante à competência constitucional, a inação do Município pode levar à abertura de espaço para a atuação do Estado-Membro, por exemplo, para a prestação direta do serviço ou para a realização de outras atividades implicadas, como a realização de estudos de impacto ambiental. Quanto ao exercício dessa competência constitucional, pode-se, sem precisar sair da esfera municipal, cogitar de uma desinvestidura do Executivo (Prefeitura) inerte, com o Legislativo (Câmara) a deferir a uma organização não governamental, por exemplo, a prestação do serviço.

O exemplo é artificial, mas ilustra o esforço em se proporcionar aplicação integral às normas constitucionais e superar a falta de integração normativa “convencional”, reconfigurando a teoria da aplicabilidade em função do tempo.

O exemplo também é revelador da assunção de algumas posições teóricas mais ou menos diretamente implicadas, como o reconhecimento do caráter dúplice dos direitos constitucionais fundamentais como de defesa e prestacionais, ao invés de uma distinção entre ambas as categorias; a negação do exclusivismo na separação de poderes estatais, o que implica uma relativização da necessidade de interposição legislativa, um espaço acentuado para a manifestação do Poder Judiciário e das “funções essenciais à Justiça” e, sobretudo, a admissão de soluções específicas e contextualizadas; a aceitação de que as Constituições podem e devem estabelecer determinações mais ou menos específicas, principalmente no campo dos direitos fundamentais (sociais inclusive).

2. Ambiente doutrinário

Ter acompanhado os vinte primeiros anos da atual Constituição do Brasil e invocar a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais confessa certa idade. Seria admitir os pressupostos do Estado Social, do

dirigismo constitucional, da judicialização da política – pressupostos “fora de moda”?

Não há como fugir totalmente desses pressupostos no quadro da Constituição de 1988, sob pena de fugir da própria Constituição de 1988 e sustentar que “*não vale o escrito*” (BARROSO, 2003, p. 156). Entretanto, não é preciso pretender que a Constituição regule tudo por ela mesma, senão que muita coisa a partir dela mesma. É justamente a concretização da Constituição para além do modelo clássico da imprescindibilidade de interposição legislativa que dá conta do “*alto grau de diferenciação da estatalidade pluralisticamente organizada*” (CANOTILHO, 2001, prefácio, X).

Não é preciso desconsiderar o Legislativo, o Executivo e as instâncias eminentemente políticas do Estado. Ao contrário, deve-se reconhecer o papel primordial que lhes cabe na articulação das expectativas da sociedade, mas sem ignorar as orientações de atuação definidas na Constituição e, sobretudo, sem renunciar a mecanismos de superação de eventual insuficiência ou omissão. A questão, portanto, não é de menosprezar a necessidade (e a legitimação democrática) de interposição legislativa⁴, mas de avaliar até quando será lícito aguardar por ela.

Não é preciso remeter todas as expectativas para o foro judicial, porém considerar também essa alternativa – eventualmente subsidiária e certamente derradeira – diante dos termos claros de que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (Constituição, art. 5º, XXXV), pois o juiz “é o guardião das promessas” (OST, 2005, p. 177). É o que afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 352), com vistas nos direitos sociais: “a possibilidade de se reconhecerem, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo independentemente ou para além da concretização pelo legislador”.

Momentos constituintes, refundantes de uma sociedade no plano político-jurídico, são convites à sementeira. A época de elaboração de uma Constituição democrática e compromissória tem uma vocação natural para a expansão. Digo isso para, uma vez mais, invocar o tempo de cada fenômeno. As revisões desencantadas do dirigismo constitucional acontecem – e só podem mesmo acontecer – em retrospectiva: seu momento é o das reformas à Constituição. Enquanto não alterada, a

⁴ CANOTILHO, 2001, prefácio, XVI.

Constituição mantém suas promessas e compromissos, que demandam permanente aplicação e constante revitalização. Por conseguinte, não se deve corromper a potencialidade da Constituição de 1988, tal como ela foi feita e se apresenta, por conta de um ceticismo atual que, ao projetar-se para o passado, nega a própria juridicidade.

A encampação “antropofágica” ou superação “dialética” da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais e de seu entorno doutrinário permite, ainda, sintonizar algumas ondas da “pós-modernidade” constitucional (TORRES, 2007, p. 962) – do “neoconstitucionalismo”, dirão alguns⁵ –, como a importância dos princípios (com o espaço concedido à aplicação “tópica”, argumentativa), a abertura para o Direito supranacional e, principalmente, a predominância dos direitos fundamentais. A importância dos princípios (mesmo que a diferença essencial para com as demais normas seja hoje mitigada: Ávila (2003); Dimoulis (2006, p. 61-62); Dimoulis e Lunardi (2008) é ressaltada, pois sua baixa “densidade semântico-normativa” é mitigada pelo tempo. A abertura para o Direito supranacional é ressaltada, pois o dogma da soberania estatal impede a mobilização de outras fontes normativas além do Legislativo e demais instâncias nacionais, fontes que, estimuladas pelo tempo, podem ser encontradas no plano internacional. A predominância dos direitos fundamentais é ressaltada, visto que sua satisfação é buscada a qualquer custo, menos o do tempo.

3. A teoria da aplicabilidade das normas constitucionais e seu tempo

Tem sido afirmado que a ênfase dada à aplicabilidade ou eficácia jurídica das normas constitucionais é uma característica – portanto, um diferencial – da doutrina constitucionalista brasileira. Diversos constitucionalistas pátrios ocuparam-se do tema,⁶ sendo destacada a classificação apresentada pelo Prof. José Afonso da Silva (1982). Com efeito, a efetividade ou força normativa da Constituição depende da aplicabilidade que se confira às normas constitucionais. Do ponto de

⁵ Por exemplo: Sanchís (2004); Moreira (2001).

⁶ Entre as propostas apresentadas: J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 295-361; Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: Saraiva, 1982; Maria Helena Diniz, *Norma constitucional e seus efeitos*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

vista prático, a boa ou má vontade revelada pela atribuição ou não de aplicabilidade imediata às normas constitucionais revela a intenção política de dar ou não cumprimento à Constituição, sendo, assim, índice de maior ou menor estima constitucional. Se essas considerações são comuns à doutrina constitucionalista em geral, o desenvolvimento da teoria da aplicabilidade ou eficácia jurídica das normas constitucionais e a ênfase que tem recebido no Brasil são ímpares. Diversos de nossos manuais de Direito Constitucional contêm capítulo específico.⁷

Curiosamente, a preocupação com a completude “estrutural” das normas jurídicas encontrou espaço no Direito Constitucional, a revelar o glamour deste ramo. Peculiaridades, como a importância democrática da interposição legislativa e o caráter acentuadamente principiológico de muitas normas constitucionais, explicam a ênfase que se emprestou ao tema no âmbito do Direito Constitucional. Todavia, a questão da aplicabilidade não é exclusiva do Direito Constitucional e apresenta-se nos diversos setores do Direito (por exemplo, no Direito Criminal, quanto às normas penais em branco) e na relação entre as diversas espécies normativas (leis e regulamentos, até mesmo contratos etc.); é tema de Teoria Geral do Direito, por conseguinte.

O discurso acerca da aplicabilidade das normas constitucionais assentou-se, portanto, no Direito Constitucional brasileiro. Arrisco afirmar que, paradoxalmente, ao convencer sobre a importância da discussão sobre a aplicabilidade das normas constitucionais e criticar a manobra diversionista que representa a negativa em conferir-lhes a mais imediata aplicabilidade possível (como anota em linguagem elegante André Ramos Tavares (2006, p. 97), “os responsáveis pela implementação concreta da Constituição têm-lhe podado as vontades reais sob o argumento, já desbotado pelo uso recorrente, da mera programaticidade”) – sim, pois me parece que a doutrina da aplicabilidade é engajada: não fica apenas na descrição –, a teoria estimula o reconhecimento de uma tendencial aplicabilidade imediata. Esta, ao generalizar-se, provoca a perda de sentido da classificação, quase resumida a uma única categoria.

⁷ Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 18-24; André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 87-97; Pedro Lenza, *Direito constitucional esquematizado*, 8. ed., São Paulo: Método, 2005, p. 73-83; Guilherme Peña de Moraes, *Direito constitucional – teoria da constituição*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 83-94; Walber de Moura Agra, *Curso de direito constitucional*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 63-72; Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 39-41; Zulmar Fachin, *Curso de direito constitucional*, 3. ed., São Paulo: Método, 2008, p. 121-131.

A partir de outra acurada visão, com a qual concordamos no geral, considera-se a teoria tradicional da aplicabilidade das normas constitucionais superada no sentido de que nenhuma norma constitucional é suficiente e todas dependem, em maior ou menor medida, “de algum tipo de regulamentação”, bem como são suscetíveis “de algum tipo de restrição” (SILVA, 2005, p. 303-305). Também essa perspectiva tira força à classificação. Ela acentua a inafastável possibilidade de integração em geral, mas talvez não negue definitivamente a possibilidade de suficiência estritamente normativa das normas constitucionais.

Mais grave é o efeito contrário que a teoria pode provocar: ante um amplo reconhecimento da tendencial aplicabilidade imediata das normas constitucionais, a invocação de outras formas de aplicabilidade funciona como obstáculo, com objetivo reacionário. Ao criticar a tradicional teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, Sergio Fernando Moro adverte:

A abordagem “semântica” da questão da aplicabilidade das normas constitucionais compromete, desnecessariamente, o esquema aqui resumido. Sua conseqüência prática é impedir a concretização judicial de determinadas normas constitucionais, aquelas que forem classificadas como de ‘aplicabilidade mediata’, como se o Judiciário abdicasse de sua responsabilidade de controle da atividade legislativa em relação a parte, às vezes, substancial, da Constituição.

Com preocupação semelhante, aduz Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p. 265, nota 173):

Nascida [a questão da efetividade das normas programáticas] como um mecanismo de tornar a Constituição instrumento de melhoria da qualidade de vida no Brasil, passou a ser empregada na jurisprudência como mecanismo de sonegar os direitos sociais.

Assim, de avançada e comprometida com a efetividade da Constituição, a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais corre o risco de ser utilizada de modo retrógrado, para evitar o cumprimento da Constituição.

O paradoxo proposto por este texto está, então, em utilizar a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais e até acrescentar-lhe um componente, quando a teoria esboça sinais de honroso esgotamento.

Com efeito, e de acordo com Silva (2005, p. 307-310), a teoria tradicional da aplicabilidade das normas constitucionais baseia-se numa interpretação eminentemente textual e não considera devidamente a necessidade de atuação – sobretudo estatal – para a concretização das normas constitucionais em geral (“plano jurídico-empírico”, ou seja, vinculação essencial do fenômeno jurídico à realidade). Parece-me que o autor destaca a dimensão temporal, ao fazer depender a aplicabilidade imediata das normas constitucionais da existência de condições fáticas (ou seja, de *quando* estas estão presentes), antes que de integração normativa.

O reconhecimento da plena aplicabilidade das normas e, então, a superação da classificação, é também uma tendência do Direito Internacional (inclusive o Direito Comunitário), especialmente no campo dos direitos humanos (direitos fundamentais). Quanto aos direitos humanos, o reconhecimento dessa eficácia jurídica plena é sustentado por Piovesan (1997, p. 103) a partir do art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira:

Ora, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que estas normas merecem aplicação imediata.

O exemplo do Direito Comunitário é interessante pelo “caso Francovich”, em que o passar do tempo produziu a responsabilização da Itália por não haver implementado internamente (no plano legislativo) uma diretiva comunitária sobre a proteção dos trabalhadores em face da falência ou insolvência do empregador e, assim, não haver garantido direitos de duas trabalhadoras (CANOTILHO, 2001, prefácio, XXVII-I-XXIX). Aqui, o reconhecimento da possibilidade de aplicação direta da norma internacional (comunitária) redundou na responsabilização internacional do Estado.⁸

⁸ Agradeço ao amigo André de Carvalho Ramos a indicação do “caso Francovich” e da doutrina que se lhe seguiu. A propósito, do autor, *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos – seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis – teoria e prática do direito internacional* (2004).

4. Exemplos reais e hipotéticos

O tempo sempre é relevante para a aplicabilidade das normas constitucionais e ainda mais à medida que o Direito infraconstitucional vai sendo criado ou adaptado à Constituição que um dia foi nova. Com a produção legislativa, há uma tendencial complementação das normas constitucionais que demandam integração normativa (normas constitucionais de aplicabilidade reduzida e diferida) e uma tendencial definição das restrições a que são suscetíveis as “normas constitucionais de eficácia contida”. Embora a atividade legislativa seja dinâmica e o processo de integração, contínuo, essa integração, com o passar do tempo, tende a apresentar-se não mais de forma originária, mas em renovação, reconfiguração.

Porém, quando a falta de integração normativa (lacuna, omissão) persiste ou quando as reconfigurações não mantêm o grau de aplicabilidade, o tempo recomenda uma interpretação no sentido de conferir a mais direta e ampla aplicabilidade possível.

Algumas situações ocorridas no Brasil oferecem campo experimental para a tese.

4.1. Proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa

Uma norma que, de início, é tranquilamente classificada como carente de autoaplicabilidade integral e demandante de integração, pode passar, ante a persistência da omissão normativa, a prescindir de integração e ser considerada de aplicabilidade imediata. É o caso da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I, da Constituição: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”): a exigência de lei complementar deve ceder à possibilidade de aplicação direta pelo árbitro ou juiz, que, no caso concreto, pode fixar uma indenização compensatória e não apenas isso, pois o próprio texto constitucional assegura ainda outros direitos, sem especificar. Senão, seria razoável ao menos buscar no Direito Internacional um lenitivo à omissão do Legislativo brasileiro: a possibilidade de utilização da norma internacional (Convenção 158 da OIT) em lugar da (inexistente)

norma interna, para a integração desse dispositivo constitucional (ROTHENBURG, 2005, p. 75-77).

4.2. Benefício assistencial às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos

Determina a Constituição brasileira que, às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos (categorias em situação de fragilidade social) “que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família” (fragilidade qualificada pela carência econômica), será assegurada uma renda de “um salário mínimo de benefício mensal”, tudo “conforme dispuser a lei”.

É uma norma interessante, que bem poderia figurar apenas na legislação infraconstitucional de assistência social. Entretanto, o assunto foi expressa e originariamente constitucionalizado. Exemplifica o pendor analítico, “prolixo” (BONAVIDES, 1996, p. 74), de nossa Constituição. Não vejo nele, porém, um mau exemplo, pois densifica o princípio da isonomia na perspectiva concreta do Brasil, onde as desigualdades são tão gritantes e a expectativa constitucional é de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III).

São de fácil extração da própria literalidade do dispositivo constitucional as informações suficientes à aplicação da norma. A remissão à lei - também clara, também textual, também originária - é um evidente reconhecimento ao espaço de conformação pelo Legislativo, no contexto complexo das condições orçamentárias, mas a aplicabilidade do dispositivo precisa ser definida sob o influxo do tempo. Não é adequado imaginar que, por algum momento, a norma constitucional sob comento carecesse de possibilidade de aplicação imediata: desde a entrada em vigor, a Constituição determinou claramente que o Estado brasileiro pagasse mensalmente às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos carentes pelo menos um salário mínimo por mês. A legislação integrativa deve(ria) regulamentar a forma de pagamento (requisitos razoáveis para se aferir a carência, órgão encarregado etc.), porém a falta ou insuficiência dessa legislação não elide a configuração, desde logo, de um direito subjetivo. Portanto, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 213.736/SP (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000), de que se tratava de um dispositivo constitucional não autoaplicável, cuja eficácia jurídica somente teria

surgido com a edição da Lei 8.742/1993 – Lei Orgânica da Assistência Social, desconsiderou a imediatidade da determinação constitucional.

O fator “tempo” volta a merecer atenção atualmente e suscitar uma reinterpretação, desta vez da legislação infraconstitucional, cuja disciplina se torna incompatível com o comando constitucional: o limite fixado na Lei 8.742/1993, de renda familiar mensal de um quarto do salário mínimo por pessoa (art. 20, § 3º), vem-se mostrando insuficiente à luz de outras bases utilizadas pelo próprio Legislativo. Com efeito, a Lei 9.533/1997, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, determina que os recursos federais serão destinados às famílias que se enquadrarem em determinados parâmetros, previstos nos incisos do dispositivo, dentre os quais a renda familiar *per capita* inferior a meio salário mínimo (art. 5º, I).⁹ A partir da reforma à Constituição veiculada pela Emenda Constitucional 31/2000, que instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, foi editada a Lei Complementar 111/2001, que remeteu ao Executivo a definição do conceito de linha de pobreza (art. 3º, § 2º); este estabeleceu que o valor da linha de pobreza é equivalente a $\frac{1}{2}$ salário mínimo (Decreto 3.997/2001, art. 4º, I).¹⁰ Também a Lei 10.689/2003, que cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA, estabelece que os benefícios serão concedidos para a unidade familiar com renda mensal *per capita* inferior a meio salário mínimo (art. 2º, § 2º).¹¹ Ocorre, então, de a integração normativa fornecida pelo Legislativo revelar-se ultrapassada, insuficiente, a suscitar a plena integração do comando constitucional por outros meios, abrindo-se maior espaço à apreciação jurisdicional.

⁹ “Art. 5º Observadas as condições definidas nos arts. 1º e 2º, e sem prejuízo da diversidade de limites adotados pelos programas municipais, os recursos federais serão destinados exclusivamente a famílias que se enquadrem nos seguintes parâmetros, cumulativamente: I – renda familiar *per capita* inferior a meio salário mínimo; [...]”

¹⁰ “Art. 4º Para o corrente ano [2001], os recursos do Fundo serão destinados: I – a famílias cuja renda *per capita* seja inferior a R\$ 90,00 (noventa reais); [...]”. O Decreto 3.997/2001 foi revogado pelo Decreto 4.564/2003, que estabelece: “Art. 4º Os recursos do Fundo serão direcionados a ações que tenham como alvo: I – famílias cuja renda *per capita* seja inferior à linha de pobreza e indivíduos em igual situação de renda; [...]” Parágrafo único. A linha de pobreza ou conceito que venha a substituí-la e os municípios que apresentem condições de vida desfavoráveis serão definidos, para fins deste Decreto, e divulgados, a cada ano, pelo órgão gestor do Fundo.”

¹¹ “Art. 2º § 2º Os benefícios do PNAA serão concedidos, na forma desta Lei, para unidade familiar com renda mensal *per capita* inferior a meio salário mínimo.”

4.3. A propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos quilombolas; as datas comemorativas de alta significação

Outro exemplo é dado pelo art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que reconhece, aos remanescentes das comunidades de quilombos que estejam ocupando suas terras, a propriedade definitiva, “devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

Sempre tive essa regra como imediatamente aplicável, mas, ainda que se admita, para argumentar, a necessidade de integração normativa por meio de lei, essa exigência decai com o tempo (ROTHENBURG, 2008, p. 460-463). Não é razoável que, vinte anos passados da promulgação da Constituição, o direito fundamental à moradia e outros direitos fundamentais interligados (cultura, livre iniciativa econômica...) ainda sejam tidos por dependentes de regulamentação, quando a previsão constitucional foi clara e específica.

Mais um exemplo: comunidades culturais que se sentirem menosprezadas em razão da desconsideração de suas “datas comemorativas de alta significação” podem reivindicar que o Executivo as fixe por decreto, ou mesmo que o juiz as garanta (facultando, por exemplo, a ausência coletiva ao trabalho e à escola, e determinando a veiculação pública de notícia a respeito), ante a ausência de lei (Constituição, art. 215, § 2º: típica norma constitucional de eficácia limitada que, com o tempo, pode transformar-se em norma constitucional de eficácia plena). Esses seriam modos de se assegurar o princípio democrático numa perspectiva multicultural.

4.4. Vedação ao nepotismo

No âmbito do princípio da legalidade, acho que se legitima a atuação normativa do Conselho Nacional de Justiça, ao restringir por meio de resolução a possibilidade de escolha de parentes em cargos comissionados do Poder Judiciário. A Resolução 7/2005 foi considerada compatível com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal (ADC 12 MC/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 16/02/2006). Tal restrição normalmente demandaria a edição de lei, mas a longa falta de atuação do Poder Legislativo e a emergência de um novo ator no cenário (o CNJ, com a Emenda Constitucional 45/2004) justificam essa concretização normativa dos princípios da impessoalidade e da moralidade.

O fator “tempo” desempenha, aqui, mais uma função, além de autorizar uma fonte normativa alternativa: ele condiciona essa atuação, que deve ser qualificada como *supletiva*, vale dizer, podendo ser superada por uma posterior atuação legislativa.

A possibilidade de regulamentação por atos mais específicos, sem necessidade de lei formal, mas a possibilidade de apropriação, pela lei formal, dessa regulamentação, é sustentada, por exemplo, por Souza Neto e Feres Júnior (2008, p. 361-362) em relação ao estabelecimento de cotas por universidades.

A atuação legislativa posterior, no caso do nepotismo no Judiciário, somente admitiria suplantação por nova resolução do CNJ na hipótese excepcional de tornar-se insuportavelmente obsoleta; senão, a apropriação legislativa (por meio de lei) do tema não permitiria mais a regulamentação por resolução do CNJ (ROTHENBURG, 2007a, p. 302-305).

5. O tempo da política

Porque formuladora de programas de atuação de duração indeterminada e sobretudo porque consagrada de direitos fundamentais, a maioria das Constituições contemporâneas traz disposições de provimento inesgotável: “As constituições contemporâneas contêm princípios e valores potencialmente inexauríveis.”, afirma o italiano Temistocle Martines (2005, p. 208). As promessas constitucionais são atuais, permanentes e infinitas. Não é a Constituição que está à disposição do tempo (de modo que o cumprimento daquela possa ser postergado), mas o tempo que está à disposição da Constituição. A teoria da aplicabilidade das normas constitucionais deve levar esse aspecto em consideração. A insistência na falta de integração das normas constitucionais pode fazer com que elas adquiram capacidade de incidir desde logo, ou seja, o tempo pode conferir-lhes aplicabilidade direta.

Os sujeitos “tradicionais” da integração normativa dos comandos da Constituição – Legislativo e Executivo – continuam sendo reconhecidos como tais: são os primeiros (no sentido de primazia) aplicadores/intérpretes desses comandos; bem por isso, Daniel Sarmento (2006, p. 194) enfatiza a necessidade de “adoção, pelos juízes, de uma postura de moderação e de respeito diante das decisões adotadas pelos demais poderes, em razão do seu lastro democrático-eleitoral”. Mas os sujeitos “tradicionais” já não são aplicadores exclusivos

e podem vir a rivalizar com ou até ser substituídos (provisória ou definitivamente) por outros.

O principal árbitro dessa desinvestidura por inação é o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade em última instância, que, no quadro da Constituição brasileira de 1988, é o Supremo Tribunal Federal. Para tanto, são utilizadas modalidades de decisão como a interpretação conforme a Constituição, em que o tempo pode ser levado em consideração, pois se “permite ao Judiciário ‘atualizar’ a ordem jurídica ordinária em face dos valores constitucionais sem demandar nova atividade legiferante”, por meio de “técnica através da qual se afirma o chamado ‘registro de aprendizagem constitucional’, permitindo o estabelecimento de diálogo entre as realidades jurídica e social” (SCHIER, 1999, p. 136).

Não há uma alegada e temerosa “despolitização” da Constituição (BERCOVICI, 2003; 2007, p. 172-175), senão por consequência do abandono a que os principais atores constitucionais “políticos” lhe hajam relegado, e isso também é despolitização. Há de ser respeitada a distinção funcional entre o discurso de justificação do Direito - voltado à elaboração legislativa - e o discurso de aplicação do Direito (SAMPAIO, 2002, p. 429, referindo-se ao pensamento de Jürgen Habermas), cada qual com suas exigências argumentativas. Mas ocorre, é claro, a assunção de um papel “político” destacado por parte do tribunal constitucional, que prefiro ver antes como nova instância reflexiva do que como decisor último (ROTHENBURG, 2007b), negando, portanto, à jurisdição constitucional, a pecha radical de “única referência de legitimidade do sistema” (BERCOVICI, 2007, p. 173).

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da Constituição – estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150.

_____. A constituição dirigente e a constitucionalização de tudo (ou do nada). In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.) *A constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 167-175.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico – introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

_____.; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O positivismo jurídico diante da principiologia. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coord.) *Teoria do direito neoconstitucional – superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 179-197.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARTINES, Temistocle. *Diritto costituzionale*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA Filho, Willis Santiago. (Org.) *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 313-336.

MORO, Sergio Fernando. *Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=98>>. Acesso em: 28 nov. 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

_____. *O novo paradigma do direito – introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos – seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis – teoria e prática do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito – a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos). In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Omissão inconstitucional e troca de sujeito. In: TAVARES, André Ramos (Coord). *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007a. p. 301-317.

_____. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007b. p. 429-440.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 397-431.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: _____. *Livres e iguais* – estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional* – construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo, 2005. 370 f. Tese (concurso para o cargo de Professor Titular) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João. Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 345-363.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. A constitucionalização do direito financeiro. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.) *A constitucionalização do Direito* – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 961-986.

O Guardião da Constituição e sua Legitimidade ou Ativismo Judicial. Entre a fórmula vazia e o sinal de alerta

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. O guardião da Constituição; 3. A legitimidade do Poder Judiciário como guardião da Constituição; 4. Notas sobre o chamado ativismo judicial; 4.1. Decisão para além do texto legislado; 4.2. Respeito à discricção do Executivo e à opção política do Legislativo; 4.2.1. § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2016; 4.2.2. Prisão após condenação por órgão colegiado; 5. Conclusão; Bibliografia.

1. Introdução

A *Constituição*, como norma suprema de um determinado ordenamento jurídico², deve ter sua autoridade preservada seja em face da legislação ordinária, seja dos atos praticados por agentes estatais ou mesmo por particulares.

A observância aos comandos presentes na Carta Política acerca do exercício do Poder corresponde ao pressuposto de validade (e de legitimidade) para que a Lei promulgada pelo Parlamento ou para que as manifestações de vontade de servidores públicos ou cidadãos possam produzir os efeitos a que se destinam.³

¹ Mestre e doutorando em Direito do Estado. Professor da Escola Paulista da Magistratura.

² Não cabendo nesse espaço polemizar a respeito da noção da Constituição, bem como se haveria um possível descompasso entre uma Constituição formal e uma Constituição real (representada essa pelas relações reais de força que se estabelecem entre os seres humanos (LASSALE, 1999, p. 59)), segue nosso ponto de partida para a presente reflexão, uma das possibilidades de definição para o instituto defendida por Dalmo de Abreu Dallari: “A Constituição é a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por uma lei superior a todas as outras e que, visando a proteção e promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo” (DALLARI, 2010, p. 25).

³ Embora haja doutrina relativamente abundante entre nós sobre o controle de constitucionalidade da lei pelo Judiciário, tema que certamente merece avanço em nosso sistema é a viabilidade do referido controle pela própria Administração. Sobre o tema ver Freitas (2014).

A Constituição, como fruto de uma decisão política fundamental, tem como finalidade permanente assegurar a busca pela sociedade de certos valores que, em um determinado momento, foram por esta eleitos como centrais para seu desenvolvimento.

Como para a convivência entre os seres humanos sempre se mostrou necessária a existência de regras de conduta, a organização do Estado e a disciplina do uso da força, constantes de um texto escrito⁴, passaram a ser a ordem do dia em algumas sociedades contemporâneas, em especial como reflexo de uma busca pela contenção do Poder estatal, para o que passa a ser ponto de partida a divisão de competências entre seus diferentes órgãos (MONTESQUIEU, 1995, p. 328).

O movimento que ganhou a alcunha de “constitucionalismo”⁵ refletiu o desejo de vários povos quanto ao estabelecimento de normas gerais e abstratas que regessem a *relação entre Estado e indivíduos*⁶, assegurando, quanto a estes, direitos invioláveis, cuja tutela seja garantida pela ordem jurídica⁷.

*Instituição de um governo de Leis e não de homens*⁸

⁴ Apontamento pertinente no sentido de que o efeito equivalente é conseguido (às vezes de forma até mesmo mais eficiente) em países sem tradição de promulgação de Constituições escritas, ver Elster (2009, p. 133-134).

⁵ Um breve (e informativo) histórico a respeito pode ser consultado em Conrado Hübner Mendes (2008, p. 2-8 e ss.). Para mais detalhes, ver Amaral Júnior (2014) e Caenegem (2000). J. J. Gomes Canotilho, anotando que não existe um, mas vários *constitucionalismos*, assim define esse tipo de movimento: “[...] é a teoria, ou ideologia, que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos” (CANOTILHO, 2003, p. 51).

⁶ Embora tenhamos usado a fórmula tradicional de indicar uma relação jurídica que se estabelece entre um ente moral (o Estado) e os indivíduos, o mais preciso seria a referência à qualidade do vínculo que deve ser mantido entre governantes/burocratas e governados, o que, ao retirar um pouco da abstração da teoria (DUGUIT, 2007, p. 74), talvez possa contribuir para o exercício mais legítimo do Poder por parte de algumas pessoas sobre outras.

⁷ Na célebre dicção do art. 16 da Declaração de Direitos de 1789: “Toda sociedade na qual a garantia de direitos não seja assegurada, nem a separação de poderes determinada, não possui Constituição” (trad. livre). No original: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution” (disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>, acesso em: 03 nov. 2016, às 23:00).

⁸ Fernando Dias Menezes de Almeida e Mariana Augusta dos Santos Zago recordam que a máxima esteve presente originalmente na Declaração de Direitos de Massachusetts de 1780 e, refletindo o espírito do Estado de Direito que se buscava construir, pretendia a “substituição do sentido subjetivo da vontade dos governantes pelo sentido objetivo da vontade do Direito” (ALMEIDA e ZAGO, 2014, p. 101). Manoel Gonçalves Ferreira Filho, também fazendo referência a tal declaração (art. XXX), acrescenta: “Os regimes constitucionais pluralistas, na verdade, nasceram da preocupação de

Tal propósito, que segundo uma determinada visão idealizada de lei parlamentar embalava o pensamento político do século XVIII (MONTESQUIEU, 1995, p. 87 e ss.; ROUSSEAU, 2001, p. 76 e ss.; ROUVILLOIS, 2012, p.16 e ss.; CARBONIER, 2014, p. 123 e ss.), não é mais o único norte das Democracias contemporâneas.

Os mitos do *legislador racional e da lei perfeita/completa* (FERREIRA FILHO, 2009, p. 12 e ss. e p. 263 e ss.; ROUVILLOIS, 2012, p. 33), ainda que com alguma resistência, finalmente vão perdendo força nas lições da melhor doutrina.

A *Lei*, como ato geral e abstrato aprovado pelos congressistas e sancionado pelo Executivo, não possuindo vida própria, não diz nada por si nem tem capacidade de governar quem quer que seja.⁹

Seu texto, contudo, pode levar a atuações práticas em descompasso com a ordem que se deduz da *Lei Maior*.

Para que a **organização política consolide-se como espaço de realização de direitos fundamentais** (CUNHA, 2012, p. 383), justificativa última para que um indivíduo sujeite-se aos deveres que lhe são impostos por aqueles que exercem, momentaneamente e em seu nome, o Poder, a **harmonia entre lei e Constituição é medida imperativa**.

Tal harmonia, vale ressaltar, não se dá só entre textos.

Ela, para ser efetiva, deve necessariamente ocorrer na aplicação destes textos à realidade, à vida das pessoas, para a qual a lei, a Constituição e o próprio Direito existem (REALE, 2016, p. 583¹⁰).

instaurar o 'governo de leis e não de homens', intuito bem claro nas Revoluções Francesa e Norte-Americana. O apego à lei demonstrado nas Constituições resultantes desses dois movimentos e dos que mais tarde os prosseguiram é tão grande que os juristas veem nelas um novo tipo de Estado, o estado de direito. Ou seja, o Estado que deve agir sobre o fundamento do Direito e pela forma do Direito" (FERREIRA FILHO, 2009, p. 10-11).

⁹ No âmbito do Estado, quem extrai significados cogentes a partir dos textos legais são pessoas físicas que, ocupando cargos, empregos ou funções públicas, tenham atribuição para tanto.

¹⁰ Em passagem que precisa ser constantemente revisitada pelos estudiosos do Direito, em especial por aqueles que buscam uma racionalidade intrínseca na lei parlamentar, independentemente dos efeitos que suas interpretações possam ter na realidade (que deve ser servida pela lei, e não o contrário), Miguel Reale, ao tratar do ainda espinhoso problema da repercussão do desuso na vigência do direito positivo, com maestria ensina: "Um dos propósitos do legislador é o de que aquele sistema (de direito positivo) não possa ser revogado ou modificado, a não ser por outras regras escritas, que, implícita ou explicitamente, contenham a sua revogação. Isto, porém, só pode ser aceito no plano técnico-formal, ou seja, no plano da Dogmática Jurídica. A vida social, entretanto, é muito mais exigente e sorri dessas pretensões técnico-formais. O que vemos, em verdade, são preceitos jurídicos que não são vividos pelo povo, por não corresponderem às suas tendências ou inclinações

Levando-se em conta o papel central que a Constituição desempenha no ordenamento jurídico para a construção do Direito além da lei parlamentar, não se pode negligenciar a função exercida por aquele a quem cabe assegurar a realização do projeto constitucional.

A questão do controle de constitucionalidade, indissociável do temor quanto ao respectivo abuso em detrimento dos cidadãos (SCHMITT, 2007b, p. 9 e ss.¹¹), é o objeto da nossa análise.

2. O guardião da Constituição

Assim como se espera de qualquer do povo, todos os integrantes dos poderes constituídos devem zelar pela observância dos ditames da Carta Política (SARLET, 2006, p. 382 e ss.).

[...]. Há um trabalho, por assim dizer, de desgaste ou de erosão das normas jurídicas, por força do processo vital dos usos e costumes. O hábito de viver vai aos poucos influndo sobre as normas jurídicas, mudando-lhes o sentido, transformando-as até mesmo nos seus pontos essenciais, ajustando-as às necessidades fundamentais da existência coletiva. Se imaginarmos, na história da espécie, a experiência do Direito como curso de água, diremos que esta corrente, no seu passar, vertiginoso ou lento, vai polindo as arestas e os excessos das normas jurídicas, para adaptá-las, cada vez mais, aos valores humanos concretos, porque o **Direito é feito para a vida e não a vida para o Direito**" (REALE, 2016, p. 583) (g.n.). No mesmo sentido, confira-se Jean Cruet (2008, p. 22 e ss.).

¹¹ A questão do controle de constitucionalidade e de sua importância para a Democracia moderna, que não tem nada de evidente na história da afirmação dos Direitos Humanos, remete o estudioso a *vexata quaestio* do *quis custodiet ipsos custodes*, ou sobre *quem controla o controlador*, sempre em busca de uma melhor construção nos sistemas jurídicos que adotam o modelo de Corte Constitucional como garantia última (mas não única) da supremacia da Constituição. Carl Schmitt, discutindo os inconvenientes do modelo de Tribunal Constitucional como guardião onipotente da Constituição, em especial no que se refere aos assuntos de alta política, recorre à experiência histórica: "[...] o exemplo clássico dos éforos espartanos é ainda frequentemente citado no século XIX, na maioria das vezes com o inevitável '*quis custodiet ipsos custodes*' e com a advertência como aditamento de que o guardião se torna facilmente senhor da Constituição e que ocorre o perigo de um duplo chefe de Estado, mas também às vezes com a queixa sobre as **consequências ruins de uma instância inamovível, irresponsável e que decide à sua discricão**" (Schmitt, 2007b, p. 10) (g.n.). Sobre a atualidade de tal inquietação, destacamos passagem da reflexão de Roger Stifelmann Leal sobre riscos de arranjos institucionais que atribuam a um mesmo órgão jurisdicional a competência para julgar conflitos e decidir sobre a constitucionalidade das leis: "Além de conferir ao Judiciário posição proeminente no arranjo institucional, reconhece aos órgãos que têm a função de aplicar a lei ao caso concreto a prerrogativa de se recusar a fazê-lo, mediante a construção de uma suposta ofensa ao texto constitucional. Basta à autoridade judicial, mediante o uso de um 'alibi constitucional *ad hoc*' erigido a partir da abertura proporcionada por princípios constitucionais de amálgama textura, afastar o diploma legal que, segundo seus interesses, sentimentos e convicções – configura óbice para uma justa resolução do caso" (LEAL, 2011, p. 599). Uma pertinente abordagem sobre como desenhos institucionais podem aprimorar o processo deliberativo de Cortes Constitucionais e, portanto, tornarem tais órgãos mais responsáveis e, assim, legítimos, ver Conrado Hübner Mendes, 2013, p. 142 e ss.

O **Poder Legislativo**, na elaboração das leis, tem de seguir o que é estabelecido pela Constituição não só quanto ao procedimento previsto para a promulgação de norma válida, como quanto ao conteúdo desta, para que não haja violação aos princípios e regras contidos na Lei Maior.

Entre a “estática” da Carta Política e a “dinâmica” da vida social passa a haver uma tensão permanente, que se caracteriza por descompassos entre objetivos/valores fixados no passado pelo legislador extraordinário e necessidades/interesses/vontades presentes das quais o Parlamento é porta-voz.¹²

Ainda que o termo “estática” da Constituição não seja o mais exato, já que a interpretação feita diuturnamente tanto por seus destinatários como por aqueles a quem incumbe sua aplicação leva a releituras constantes de seus significados (FERRAZ, 1986, p. 55 e ss.), defende-se a existência de um núcleo rígido da Lei Maior, com relação ao qual as aspirações do legislador ordinário pode ou não ser compatível.

Perante tal quadro, para que se evite que os detentores do Poder, em um determinado momento, rompam com o equilíbrio de interesses e direitos alcançado com a promulgação da Norma Suprema, vem a necessidade de que haja instrumentos para a garantia da força normativa dos comandos aprovados quando da inauguração do Estado.

O próprio Poder Constituinte, ao prever um mecanismo mais complexo para alteração das normas constitucionais do que aquele reservado para a aprovação das leis ordinárias¹³ é, pode-se assim dizer, o primeiro guarda da organização política tal como arquitetada pelo legislador extraordinário.¹⁴

¹² Certamente, um dos maiores desafios das Democracias pluralistas é a possibilidade de os processos eleitoral e legislativo serem tomados por promessas quanto à satisfação de necessidades imediatas da população em detrimento de decisões impopulares, que devem ser adotadas para a garantia do bem-estar coletivo no longo prazo. Algumas ideias preciosas a respeito podem ser consultadas em Pierre Rosanvallon (2015, p. 70 e ss.) e Ortega y Gasset (2013).

¹³ Lembrando que a ideia de Constituição escrita que, prevendo direitos fundamentais em favor dos indivíduos, só pode ser alterada por um procedimento mais rigoroso daquele previsto para alteração na legislação ordinária, é um dos mecanismos (ao lado da Corte Constitucional) pensados por teóricos políticos a fim de que se evite a ditadura da maioria em detrimento de uma minoria MENDES, 2008, p. 8-13) (para visão crítica a respeito, ver Schmitt 2007, p. 39 e ss.).

¹⁴ Sobre o papel das limitações previstas em sistemas jurídicos que adotam o modelo de Constituições rígidas para a alteração dos respectivos termos como técnica para se assegurar a racionalidade do exercício do poder em momentos de surtos irracionais, ver *Ulisses Liberto – estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições*, de John Elster (2009, p. 24 e ss. e p. 137 e ss.). A experiência do constitucionalismo brasileiro infelizmente revela que tal tipo de salvaguarda não é o bastante

O Poder Executivo¹⁵, seja no encaminhamento de um projeto de lei à Casa Legislativa, seja na sanção ou não de um texto aprovado por esta¹⁶, deverá fazer juízo acerca da respectiva compatibilidade ou não com a Constituição.

No mais, no exercício de sua função típica de gerir o patrimônio público e de executar atividades materiais, conforme a ordem jurídica vigente, na persecução do bem comum, também incumbe aos integrantes de tal órgão o *cumprir* e o *fazer cumprir* (direito administrativo sancionador¹⁷) a Constituição e as leis (SARLET, 2006, p. 386¹⁸).

para se evitar que, em caso de “supermaiorias” no Congresso, regras tidas como estruturais do Estado possam ser modificadas. Note-se que nossa Constituição, além de exigir quórum qualificado para sua alteração, ainda tem outros mecanismos de sobrevivência estabelecidos quando de sua promulgação, como é o caso das cláusulas pétreas (art. 60 § 4º da CR) e proibição de emenda quando da existência de intervenção federal, estado de defesa ou de sítio (art. 60 § 1º da CR). Todavia, estes não se mostram suficientemente eficazes, por si só, para impedir alterações no texto constitucional em casos em que o governo tenha 3/5 de maioria em ambas as casas do Congresso. A respeito, vale pontuar que a própria redação do § 4º do art. 60 da CR, ao vetar projeto de emenda “tendente a abolir”, por exemplo, a Federação, deixa enorme margem de manobra para que o legislador, alcançada a supermaioria de 3/5, altere drasticamente a conformação do Estado pátrio desde que não elimine a forma federativa. O limite de alteração da carta em razão de situações de anormalidade institucional como, por exemplo, de intervenção federal, acaba não se impondo pela relutância das autoridades em manejar o instituto, apesar de situações excepcionais experimentadas por alguns Estados (vide situação vivenciada por Brasília, em 2010, com o seu governador preso e boa parte da Câmara Legislativa envolvida no escândalo que levou ao cárcere o chefe do executivo - sobre o triste episódio ver <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2010/02/11/maioria-no-stj-decide-decretar-prisao-preventiva-de-arruda-por-suborno.htm> - acesso em 5 nov. 2016, às 20:00). Hoje, como se todos os problemas do país tivessem alguma causa direta ou indireta no texto constante da Constituição da República de 1988, estamos na emenda constitucional de nº 93/2016, sem que haja qualquer tendência de arrefecimento de seu processo de reforma, dado que certamente é outro desafio para o amadurecimento de nossas instituições.

¹⁵ Uma perspectiva do chefe de Estado como guardião da Constituição em seu papel institucional de contraponto ao Poder do Parlamento pode ser conferida em Carl Schmitt, 2007b, p. 193 e ss.

¹⁶ Art. 66 da CR – “A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto” (g.n.).

¹⁷ No exercício do *poder de polícia* a Administração impõe regras aos particulares e exige o seu cumprimento, valendo-se da prerrogativa de impor-lhes sanções, sempre que tanto for necessário ao atendimento do interesse público. A legislação também vem atribuindo ao Executivo outras tarefas de controle quanto ao cumprimento de leis que escampam aos domínios normalmente reconhecidos como de *polícia administrativa*, como é o caso da novel Lei Anticorrupção Empresarial – Lei nº 12.846/2013, fenômeno que vem reclamando mais atenção da doutrina quanto ao desenvolvimento dos pressupostos do desenvolvimento legítimo (leia-se, constitucional) de tal atribuição.

¹⁸ “No que diz com a relação entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais, na qual vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração, a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais” (SARLET, 2006, p. 386). Evidentemente que tal ônus também deve ser satisfeito pelo Executivo no desempenho de seu poder normativo.

O Poder Judiciário, por último, em caso de provocação por particular prejudicado em decorrência de ato que, ainda que sob pretexto de cumprir a lei, viole a Carta Política, ou então por algum legitimado a questionar a constitucionalidade em tese de um ato normativo parlamentar, tem como dever institucional fazer valer a *supremacia da Constituição* (CANOTILHO, 2003, p. 890) na solução das situações que são submetidas à sua apreciação.

Estabelecido um sistema em que o Poder é limitado por normas que garantam os **direitos fundamentais dos cidadãos**, por **diretrizes de atuação política** (normas programáticas, v.g., art. 3º da Constituição da República¹⁹) e mesmo por regras que disciplinam o **regime jurídico de atividades** que ocorrem em âmbito estatal ou inteiramente privado, a proliferação de leis para atender às demandas atuais da sociedade deve respeitar os marcos traçados pelo Poder Constituinte.

Por outro lado, na aplicação dessas leis, seja no dizer o Direito para o pautar conduta própria, seja no de fazê-lo para pautar conduta alheia, igualmente deve o intérprete, atento às carências da realidade que chama sua intervenção (GRAU, 2002, p. 27-28; GRAU, 2016, p. 56-57; ARAGÃO, 2009, p. 296), ser fiel ao texto da Constituição, cuja leitura não se faz por tiras (GRAU, 2002, p. 34²⁰; GRAU, 2016, p. 86-87) nem de forma descontextualizada dos valores protegidos pela Carta.

E a última palavra a respeito²¹, ao menos no nosso sistema jurídico, cabe ao Judiciário, cujos integrantes têm por missão o dizer o direito no caso concreto com força de coisa julgada.

¹⁹ Art. 3º da CR – “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

²⁰ Eros Roberto Grau, que revisitou seus ensinamentos constantes do livro *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito* em edições posteriores da obra (como a de 2016, a que fizemos referência), sede em que revelou seu medo com o uso indiscriminado de princípios por juízes para fundamentar suas decisões em detrimento das regras previstas na legislação parlamentar (2016, p. 140-141), com muita propriedade expõe: “[...] a interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum” (GRAU, 2002, p. 34).

²¹ Goste-se ou não, a última palavra sobre o Direito na solução de disputas tem de ser dada por alguém, e em prazo razoável, condição *sine qua non* para que o Estado garanta a segurança jurídica, valor indispensável para que haja um mínimo de previsibilidade no agir social, do que depende a eficiente produção e circulação de riquezas no viver em conjunto. Sobre segurança jurídica, além das pioneiras e imprescindíveis lições de Almiro do Couto e Silva (2015), vale a consulta à obra coletiva coordenada por Cármen Lúcia Antunes Rocha denominada *Constituição e segurança jurídica* – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence (2009).

3. A legitimidade do Poder Judiciário como guardião da Constituição

Com o propósito de proteger o interesse da sociedade como um todo, que só é prestigiado na medida em que cada um dos seus cidadãos se vê protegido seja em face do Estado, seja de seu compatriota, surge a jurisdição constitucional e a figura do Tribunal Constitucional como pedras de toque da engenharia institucional adotada por Democracias em diversas partes do globo.

A ideia de que **tanto a maioria como a minoria devem ter representação no exercício do poder estatal** é própria do Estado Democrático de Direito, que pressupõe a possibilidade de alternância no governo entre as forças políticas de diferentes matizes, não se podendo cogitar, sob pena de flerte com o totalitarismo, na eliminação do outro.²²

Para assegurar o funcionamento do Estado nesses moldes existe a representação proporcional na Câmara dos Deputados e o Poder Judiciário, **órgão contra majoritário**²³, imparcial e independente, cuja cúpula é o Supremo Tribunal Federal, Corte com função precípua de interpretar a Carta Política.

Embora tanto Executivo, Legislativo e Judiciário tenham a missão de zelar pelo compromisso assumido pelas forças políticas plurais que estavam representadas quando da assembleia constituinte, sempre existe o risco de os dois primeiros, fortalecidos por um resultado expressivo nas urnas, tentarem impor a vontade da maioria que os elegeram aos demais, cujos direitos e interesses passam a não ser mais ouvidos junto ao núcleo do governo formado.

²² Algumas observações fundamentais sobre esses e outros critérios para que um regime democrático seja considerado como “de qualidade”, ver RANIERI (2014). Destacamos breve passagem da reflexão da autora: “A democracia nas complexas sociedades de massa contemporâneas exige cidadãos ativos, capazes de formular e expressar suas preferências a seus concidadãos, governantes e representantes. Exige, também, que os cidadãos tenham suas preferências consideradas por seus representantes e governantes na determinação de políticas públicas e ações governamentais, sem discriminação de conteúdo ou fonte da preferência. Um regime democrático, portanto, é aquele que tem capacidade de responder e ser responsável pelas preferências de seus cidadãos, todos, sem exceção, considerados politicamente iguais” (RANIERI, 2014, p. 300) (g.n.). Sobre o tema ver ainda DAHL (2015, p. 85 e ss.).

²³ Entre os diversos autores que destacam a importância da Corte Constitucional como instituição necessária para assegurar os direitos das minorias contra a opressão de maiorias, ver, por todos, Dworkin (2008, p. 167 e ss.).

Exatamente neste cenário, encontra eco o questionamento da legitimidade com que cada um dos poderes constituídos exerce seu papel de guardião da Constituição.

Entendendo-se Democracia Representativa como um regime de governo através do qual o povo exerce o Poder por seus representantes, pode-se extrair a leitura de que os escolhidos no escrutínio são os únicos titulares da prerrogativa de ditar os rumos da nação.²⁴

Segundo tal ótica, uma lei votada pelo Parlamento e sancionada pelo Executivo corresponderia a uma manifestação de vontade da própria população, que não poderia encontrar obstáculos impostos por outro poder cujos membros não fossem dotados da mesma legitimação dos deputados e senadores, ou seja, o voto.

A prevalecer tal concepção, o próprio controle acerca da constitucionalidade das leis que entre nós cabe aos órgãos do Poder Judiciário, cujos membros não são selecionados por sufrágio popular, seria de legitimidade duvidosa.²⁵

Nada obstante, ao menos segundo o regime jurídico que se extrai da Constituição de 1988, o desenho institucional estabelecido para o Poder Judiciário, assim como ocorre em outros países (como França, Itália e Alemanha), confere-lhe legitimidade que independe do voto popular.

A previsão da existência de um poder cujos membros são dotados das garantias de **vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos**, com função de **assegurar, com independência, a aplicação da Lei Maior** e da legislação infraconstitucional, corresponde a um contraponto ao perigo de uma ditadura da maioria que, imagina-se, não representaria avanços significativos quando comparada ao despotismo de uma minoria no que concerne à tutela dos direitos fundamentais de todos e de cada um dos membros de uma coletividade.

²⁴ Na verdade à vista dos numerosos instrumentos de participação direta da população no exercício da função pública previstos em nosso ordenamento constitucional, fenômeno que tende a ser potencializado na linha do quanto exposto por Ranieri (2014), hoje se costuma designar nossa democracia como semirrepresentativa.

²⁵ Importante destacar no ponto que nem sempre no nosso sistema constitucional coube ao Poder Judiciário a última palavra sobre a constitucionalidade das leis. Vide art. 96 da Constituição de 1937, pelo qual, declarada a inconstitucionalidade de uma lei pelo STF, o presidente poderia submetê-la novamente ao Parlamento, caso esta fosse necessária ao bem do povo ou à promoção de interesse nacional de alta monta, sendo que se houvesse voto de 2/3 de cada uma das casas a decisão do Supremo ficaria sem efeito.

A legitimidade dos juízes para o exercício desse poder decorre da própria Constituição (arts. 92 a 126 da CR), sendo que, ainda que não eleitos, estes são selecionados por **concurso público de provas e títulos**, garantindo-se o acesso à carreira àqueles que se destacam por seu mérito em tais exames.

Tal forma de composição do Judiciário introduz um elemento aristocrático²⁶ no governo do Estado, que pode ser tido como uma espécie de regime misto, conjugando os elementos aristocrático e “democrático”²⁷.

Evidente que ter a última palavra acerca da interpretação da Constituição, inclusive com a possibilidade de fazer juízo de constitucionalidade sobre emendas ao texto original da Carta²⁸, confere ao STF um **poder relevante** no nosso Estado, que, por isso, deve ser **exercido com responsabilidade**, sob pena de fragilização da relação entre os poderes constituídos.

Assim como ocorre com qualquer outra pessoa que detenha o encargo de exercer Poder em prol da coletividade, a legitimidade dos juízes em sua tarefa de assegurar a supremacia da Constituição deve ir para além da regularidade da forma pela qual estes foram investidos em seus cargos, envolvendo também o **modo pelo qual a jurisdição constitucional concretiza-se no dia a dia dos Tribunais**.

As críticas ao controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, em especial pelo seu órgão de cúpula, e a insuficiência dos meios hoje existentes para garantir melhor qualidade do desempenho dessa função são bastante amplas e, entre nós, nos últimos anos passaram a ser abrigadas sob o vago rótulo de *ativismo judicial*.

Insere-se, nesse contexto, a crítica doutrinária quanto à Corte Suprema não se limitar a fazer um juízo de legislador negativo, reconhecendo a inconstitucionalidade de leis (LOPES, 1994, p. 261), passando, cada vez mais, a invadir a seara própria do legislador e do gestor

²⁶ Aristocrático não em um sentido pejorativo, mas de grupo de pessoas que se destacam das demais pelo conhecimento ou mérito.

²⁷ Considerando o adjetivo “democrático” como sinônimo de votado pelo povo, o que nos parece uma visão estreita da ideia representada pelo vocábulo. O acesso a cargos públicos por concursos transparentes, competitivos e de livre acesso a qualquer do povo que preencha os requisitos previstos na lei e no respectivo edital para tanto, não deixa, a nosso ver, de ser democrático, já que adota critério de seleção constitucional e razoável para os fins a que se propõe (no lugar de outras opções como o sorteio ou a eleição, cuja adequação para escolha daqueles que terão por missão garantir a aplicação do Direito – o que, entre nós, exige um amplo conhecimento do direito positivo vigente – é, no mínimo, duvidosa).

²⁸ Fenômeno que a doutrina aponta como raro no direito comparado.

público, “criando normas” onde estas (ainda) não existem, bem como fazendo interpretações sem prestigiar adequadamente os textos da Constituição e das leis parlamentares postos à sua apreciação, ou então o espaço decisório que deveria ser reservado aos administradores eleitos pela população para conduzir o aparato burocrático estatal.

Sobre esses dois pontos relativos à atuação do STF, entre tantos outros que são indicados como importantes para a melhoria dos trabalhos da corte²⁹, teceremos algumas observações.

4. Notas sobre o chamado ativismo judicial

Apesar de haver registro do uso da expressão “ativismo judicial” desde meados do século XX (TERAOKA, 2015, p. 116), foi nos últimos anos que esta ganhou a predileção de muitos dos nossos estudiosos do Direito para veicular censura a uma atuação supostamente voluntarista dos magistrados na aplicação da Constituição, desbordando os limites imaginados para tanto na solução das questões levadas pelas partes às cortes (RAMOS, 2010, p. 32 e ss.³⁰).

Destacamos uma das propostas de se definir tal vício no exercício da função jurisdicional, conforme lição de Elival da Silva RAMOS:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata de exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional)

²⁹ Para ficarmos em outra crítica fundamental que não conseguiremos desenvolver neste espaço, vale a referência à necessidade de uma redução significativa dos processos que chegam ao STF, o que inviabiliza que a Corte decida em prazo razoável as matérias constitucionais de maior relevo para o país (para o que seria importante, por exemplo, a redução do foro privilegiado para um número restrito de autoridades da República, sem o que, por sua vez, o próprio julgamento em prazo razoável de crimes cometidos por políticos e funcionários públicos de alto escalão – que não necessariamente envolvem matéria constitucional – também resta prejudicado).

³⁰ Tratando especificamente do tema do mau exercício da função jurisdicional sob tal alcunha, além do livro *Ativismo judicial* de Elival da Silva Ramos (2010), confira-se, por exemplo, as obras coletivas *Ativismo judicial e garantismo processual*, coordenada por Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (2013) e *Estado de Direito e ativismo judicial*, com coordenação de José Levi do Amaral Júnior (2010).

que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o “núcleo essencial” das funções típicas constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2010, p. 116-117)

Uma das leituras possíveis dessa crítica doutrinária seria a ideia de que o Executivo e o Legislativo têm funções típicas que lhes são conferidas pela Constituição, no âmbito das quais os membros daqueles Poderes devem tomar decisões que dependem mais ou menos de sua avaliação subjetiva, a qual não poderia ser substituída pela apreciação também subjetiva dos integrantes do Judiciário.³¹

O temor quanto ao abuso no exercício do controle judicial sobre as demais funções estatais ainda encontra ressonância nas fórmulas “*governo de juizes*” ou então “*governo dos homens das leis*” (no lugar do “*governo das leis*” – (ALMEIDA e ZAGO, 2014, p. 101³²)).

A preocupação, de fato, justifica-se.

Mas talvez não nos termos em que esta é normalmente formulada pelos estudiosos que tratam o tema.

4.1. Decisão para além do texto legislado

Se cabe ao Legislativo fazer as leis e ao Executivo realizar atividades em conformidade com estas leis (e com a Constituição³³), o controle de ambas as competências, quanto à sua aderência constitucional, cabe em última instância ao Judiciário.

³¹ Na feliz síntese Thiago Teraoka: “[...] a essência do ativismo judicial está em desconsiderar uma decisão proferida por outro Poder, havendo uma solução legislada, teoricamente possível e razoável pela interpretação do texto constitucional” (TERAOKA, 2015, p. 117).

³² Sobre essa imagem só fariamos uma ressalva: o governo sempre é dos homens (e mulheres), segundo a interpretação que estes fazem das leis, seja em atividades de execução dos seus comandos, seja na missão do respectivo controle.

³³ Nossa visão sobre a vinculação da Administração diretamente à Constituição, em especial no que diz respeito à prestação eficiente de serviços públicos de saúde, pode ser conferida em CUNHA FILHO (2015).

A missão de controle de juridicidade da atuação de legisladores e gestores, para ser efetiva, não admite vácuos, espaços imunes à fiscalização.

Dessa assertiva extraímos pelo menos dois desdobramentos.

Quanto à *função legislativa*, não acreditamos que o legislador tenha maior liberdade criativa que o juiz (como defendido por RAMOS, 2010, p. 119).

O que se passa é que as atribuições de cada qual são diferentes.

Um exerce a competência de criar algo novo e o outro aprecia se esse *criar está ou não conforme o regime previsto constitucionalmente*, seja em termos processuais, seja em termos materiais.

Enquanto um parlamentar deve, após avaliar a constitucionalidade de uma ideia, transformá-la em um projeto de lei, submetendo-a ao trâmite necessário para sua aprovação na casa legislativa, ao Judiciário cabe normalmente o controle *a posteriori* do produto de tal esforço, às vezes quando já se sabe de alguns resultados indesejáveis da nova legislação na realidade, o que pode contribuir para conclusão diversa da parte do magistrado no que diz respeito à compatibilidade entre texto aprovado pelo Parlamento e a Constituição.

Quanto à *função administrativa*, para o que se aplica, com as adaptações necessárias, o que foi dito acerca da legislativa, tem-se que o **Direito exigido do controlado pelo controlador deve ser exatamente o mesmo que é aplicado pelo controlado no desempenho das competências que lhe são conferidas por lei.**

Assim, entendemos que o administrador (controlado) tem, em princípio, liberdade que não é nem maior nem menor do que a do juiz (controlador) para extrair dos textos normativos que regem suas atividades comandos que, compatíveis com a Constituição, permitam-lhe perseguir o bem comum.

Fixado esse ponto (da mesma extensão e do mesmo parâmetro - Constituição - das atividades de legislação/execução e controle), vejamos se há abuso do Judiciário quando este se afasta, em suas decisões, da leitura gramatical dos textos normativos aprovados pelo legislador constituinte ou ordinário.

Aos juízes incumbe, quando provocados por alguém que entenda que determinado ato normativo ou de execução padece de vício de constitucionalidade, oferecer uma resposta a tal questionamento,

com base na interpretação que estes extraem da redação da Carta Política.³⁴

A exegese da Constituição, como já pontuamos linhas acima, tem um caráter constitutivo de significado (GRAU, 2002, p. 22), para o qual a **repercussão do ato combatido na realidade deve ser uma das principais considerações a serem feitas pelo intérprete** (ao menos sob a perspectiva daqueles que entendem que o Direito não é um fim em si mesmo, mas, sim, um meio de disciplinar adequadamente as condutas humanas na cooperação necessária ao viver em sociedade).

Partindo de tais premissas, não vemos fundamento para as críticas quanto à prolação de decisões judiciais que se afastem dos textos legislados.

Isso inevitavelmente vai ocorrer, como sempre ocorreu³⁵, seja pelas dificuldades de clarividência dos parlamentares constituintes e ordinários quanto à melhor solução a ser adotada no futuro pelos destinatários de seus comandos (HART, 2001, p. 141 e ss.; BARNES, 2012, p. 278 e ss.), seja por graus de indeterminação próprios da linguagem que veicula os textos normativos (HART, 2001, p. 139 e ss.³⁶; BARROSO, 2013, p. 335), seja pelo fato de o Direito corresponder a um sentido de dever ser, que se extrai de diversas fontes (LIMA, 1936, p. 381 e ss.; BARNES, 2012, p. 259 e ss.³⁷), que não se resumem ao texto da lei e da Constituição.

³⁴ E como se sabe, provocado o Poder Judiciário a resolver uma disputa, este não pode simplesmente se omitir em razão de ausência de texto legal expresso a disciplinar uma matéria. É o que se conclui do art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 – “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

³⁵ Como bem pondera Jean Cruet, antes de o Legislador disciplinar uma conduta, normalmente esta foi primeiro reconhecida pelo costume e pela jurisprudência (CRUET, 2008, p. 22).

³⁶ Note-se que a indeterminação da linguagem de um texto normativo pode ser tanto acidental como proposital, sendo exemplo deste último caso as *cláusulas gerais* presentes no direito positivo (como os termos boa fé e equidade, presentes em vários dispositivos legais do país). Sobre a relação de tal técnica legislativa e ativismo, confira-se *Ativismo judicial e as cláusulas gerais processuais no direito brasileiro*, de Tânia Mara Ahualli e Jaqueline Sena (2013), que acerca do tema concluem: “[...] o ativismo judicial pode ser compreendido com o agir proativo do magistrado, avesso a legalismos que possam provocar injustiças, atento à possibilidade de descompasso entre expectativas sociais e direito positivado, que conduz o processo de forma a atenuar as assimetrias existentes entre as partes, e que está, sobretudo, atento ao fato de que conferir concretude à ordem constitucional significa interpretar as normas legais e até mesmo as normas constitucionais pautado pelo sistema de valores positivados na Carta Cidadã de 1988, sobretudo com vistas à realização da dignidade da pessoa humana” (AHUALLI e SENA, 2013, p. 349).

³⁷ O tema das fontes do Direito encontra várias visões, a depender no autor consultado (e do conceito para que se dê ao vocábulo “fonte”). Queiroz Lima, por exemplo, relaciona como fontes do Direito a lei, os costumes, a jurisprudência e a doutrina (LIMA, 1936, p. 381). Javier Barnes apresenta as fontes

Dessa maneira, se por *ativismo judicial* entender-se qualquer pronunciamento do Poder Judiciário que não reproduza a *letra fria* da lei ordinária ou constitucional, buscando a adequação dos seus textos com *seus fins sociais e as exigências do bem comum*³⁸, para o que se presume a indispensável avaliação dos impactos do sentido defendido para um diploma na vida das pessoas, acreditamos que a elegante expressão não possui maior utilidade prática.

4.2. Respeito à discricção do Executivo e à opção política do Legislativo

Por outro lado, se por ativismo judicial entende-se a desconsideração por parte do juiz constitucional de escolhas razoáveis feitas tanto por legisladores como por gestores, o termo revela um alerta que de fato desperta preocupação.

A nosso ver, a questão que se coloca é a da divisão de papéis e de harmonia que deve existir entre ação “executiva” (de fazer leis e de realizar atividades conforme as leis) e a do respectivo controle de constitucionalidade.

Assumindo a Constituição como padrão de juridicidade que deve valer para a atuação de todos os órgãos estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), **espera-se do controle deferência com relação às opções feitas pelo controlado sempre que estas, devidamente motivadas, não violem claramente uma interpretação razoável que se extraia da Lei Maior.**

Logo, no contexto de políticas públicas, ou seja, da definição de ações governamentais contínuas dirigidas à concretização de objetivos a médio e longo prazos da organização política, em princípio há larga margem de liberdade para Legislativo e Executivo definirem suas ações, desde que garantido um **nível de eficácia mínimo que se**

como tudo o que permita ao juiz ou ao administrador resolver um caso (ao que acrescentaríamos justificar uma decisão) (BARNES, 2012, p. 271). Nessa acepção, ao rol de Queiroz Lima agregaríamos, pelo menos, a Constituição e os precedentes administrativos, com relação aos quais a Administração tem o dever de guardar coerência e os administrados têm, em princípio, o direito de tratamento isonômico tomando por parâmetro o que foi já fora apreciado em favor de outro cidadão.

³⁸ O que entre nós, aliás, é exigência do direito positivo, como se extraí do art. 5º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

entenda exigível por parte dos cidadãos em face do aparato estatal³⁹.

Na dúvida quanto à constitucionalidade de uma medida que posua disciplina expressa em texto constitucional, legal ou mesmo regulamentar, em princípio esta deve prevalecer, já que corresponderia à escolha legítima feita por órgão com competência para tanto.⁴⁰

Sem prejuízo, não é prerrogativa do Estado o agir despropositado (que exija do particular constrangimento em sua liberdade sem utilidade pública que assim o justifique) ou o não agir, sobretudo quando este for fundado em alegação retórica de falta de verbas⁴¹ (o que ocorre quando a afirmação vem desacompanhada de demonstração contábil a respeito).

Ao tentar procurar o difícil equilíbrio entre tutela de direitos individuais e interesses gerais a serem perseguidos pelo Estado em prol de todos, o **encarregado da jurisdição constitucional tem o ônus argumentativo de enfrentar suficientemente as razões dadas pelo legislador ou pelo gestor para o ato impugnado**, não podendo simplesmente desconsiderá-las lançando mãos de princípios vagos como única razão de decidir.

³⁹ Nossa visão sobre o controle de constitucionalidade feito por todas as instâncias do Judiciário quanto à prestação de serviços públicos de saúde, ver o nosso *Vinculação da administração à constituição* – alguns apontamentos sobre o alcance do dever constitucional de o Estado garantir os serviços públicos de saúde (CUNHA FILHO, 2015, op. cit.). Esse “nível de eficácia mínimo” pode ser tido como outro nome para o “mínimo existencial” empregado pela doutrina especializada, questão que, assim como a sua contraface da “reserva do possível”, geralmente arguida pelo Estado para justificar não atendimento a pretensões que lhe são formuladas pelos cidadãos, não encontra resposta em abstrato, mas só na análise de casos concretos submetidos ao controle judicial. Também tratamos do tema em outro ensaio denominado *Judicialização da saúde* – algumas considerações sobre causas e limites (prelo, com previsão de publicação em 2016). Sobre o assunto ver ainda SARMENTO (2016, p. 228-234). Destacamos passagem: “[...] embora reconheça uma forte prioridade estatal na realização de gastos atinentes ao mínimo existencial, não concordo com a tese de que, em relação a ele, seja absolutamente inoponível a reserva do possível. De todo modo, estando em jogo o mínimo existencial, justifica-se um escrutínio muito mais rigoroso do Poder Judiciário sobre as escolhas alocativas e desalocativas dos poderes públicos para que se verifique sua compatibilidade com prioridades que derivam da própria Constituição” (SARMENTO, 2016, p. 233).

⁴⁰ Ricardo Dip, constatando perigos tanto no *juiz garantista* (que prestigia a lei escrita indiferentemente ao seu sentido de justiça) como no *juiz ativista* (que despreza o conteúdo da lei em seu processo decisório), propõe uma postura de meio termo a ser adotada pelo juiz diante de casos complexos, a qual imaginamos que é próxima da defendida neste ensaio: a do “juiz equitativo que, em princípio, observa a lei escrita e a costumeira e delas apenas se afasta quando elas se avessam da lei natural ou quando, por deficiência da norma, não se aplicam justamente ao caso em que se situa o objeto terminativo do direito: a ‘*res iusta*’. Trata-se aí do juiz que almeja ser justo e prudente; não do juiz que se tem por boca da lei, nem a do decisor que, ventríloquo, é mera voz do árbitro” (DIP, 2013, p. 553).

⁴¹ Rechaçando esse tipo de argumentação quando feita de forma leviana, ver MURDA (2015, p. 130-131).

Nesse ponto, é que se impõe a REALIDADE (BARROSO, 2013, p. 159/161), como destacado em mais de uma oportunidade neste ensaio.

O princípio de conteúdo determinável (como dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, individualização da pena, etc.) associado a dados da experiência fenomênica, que revelem efeitos trágicos de uma dada opção legislativa ou executiva a valores de índole constitucional, pode ser motivo bastante para a declaração da respectiva inconstitucionalidade e, longe de significar arbítrio dos juízes no manejo da jurisdição constitucional, na verdade chama os membros dos demais Poderes às suas responsabilidades com os efeitos concretos de suas políticas, ao dever de terem em conta direitos e expectativas de todos e de cada um dos cidadãos que vivem sujeitos à sua autoridade.

Lançadas tais bases, vejamos duas decisões não unânimes do STF que despertaram discussão na doutrina, que em parte tachou de *ativista* os posicionamentos adotados.

4.2.1. § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06

Um exemplo de decisão, que a nosso ver desconsiderou escolha razoável feita pelo legislador quanto à política de combate às drogas, é a interpretação dada pelo STF ao dispositivo que vedava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no chamado tráfico privilegiado (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/06⁴²).

Confira-se a ementa do HC nº 97.256/RS, julgado em 01/09/2010:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da

⁴² § 4º do art. 33 da Lei 11.343/16, em sua redação original, previa: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa” (g.n.).

resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento di-

ferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. **5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da conivência em causa, na concreta situação do paciente (STF – Pleno – Min. Rel. Ayres Britto – HC nº 97.256/RS – data do julgamento 01/09/10) (g.n.).**

O que se extraía do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas era a seguinte mensagem: caso alguém seja condenado por tráfico, ainda que primário e que não se engaje em atividades criminosas, terá de passar algum tempo atrás das grades.

Logo, ao declarar que tal dispositivo é inconstitucional por violar o *princípio da individualização da pena*, entendemos que a Corte Constitucional desconsiderou um propósito legítimo do legislador, a saber: o de buscar sinalizar para a população que, ainda que o tráfico seja praticado por quem ostente condições pessoais que lhe são favoráveis, a resposta para tal conduta será a pena privativa de liberdade, o que supostamente dissuadiria pessoas a se entregarem a tais práticas⁴³.

⁴³ No sentido de tal decisão ter sido *ativista*, contrariando texto expresso de lei e criando para os réus benefícios não previstos na legislação, ver Teraoka (2015, p. 122-123).

Pelos elementos apontados pelos julgadores na ocasião, não identificamos razões graves o bastante para que a opção feita pelos representantes do povo na promulgação da lei pudesse ser simplesmente rejeitada por alusão a princípios, sem uma maior preocupação em se demonstrar o desacerto completo da previsão legal combatida para que se alcançasse os efeitos na realidade que justificaram sua formulação.

Nesta situação em particular, contudo, o próprio Legislativo acabou por aderir às razões apontadas pelo STF no referido julgamento, tanto que fazendo uso da competência que lhe confere o inciso X do art. 52 da CR⁴⁴, o Senado emitiu resolução suspendendo a eficácia da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006⁴⁵.

4.2.2. Prisão após condenação por órgão colegiado

O Supremo Tribunal Federal, que tradicionalmente entendia que a prisão do réu antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não violava o princípio da presunção de inocência (TERAOKA, 2015, p. 120⁴⁶), alterou sua jurisprudência para exigir irrecorribilidade de tal título executivo antes de levar-se alguém ao cárcere.⁴⁷

Em 2016, de forma não unânime, a Corte Constitucional voltou ao seu entendimento anterior, em interpretação sensível aos efeitos nefastos que sua “posição garantista”⁴⁸ representava para um sistema penal

⁴⁴ Art. 52 da CR – “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Tal comando, de tão pouco uso no constitucionalismo brasileiro, acaba por levantar dúvidas quanto à possível mutação constitucional que teria ocorrido (ou tenderia a ocorrer) quanto à sua aplicabilidade no nosso sistema jurídico (TERAOKA, 2015, p. 126-129).

⁴⁵ Resolução nº 5/2012.

⁴⁶ Sobre a jurisprudência consolidada no STF acerca da possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ver os diversos julgados colacionados pelo Min. Teori Zavascki no seu voto no HC nº 126.292/SP – item 3, p. 5-7, sobre o qual teceremos considerações a seguir. Na mesma linha caminhava a jurisprudência do STJ, inclusive com entendimentos sumulados a respeito. Confira-se, sobre tal aspecto, o teor da súmulas 9 e 267 da referida corte. Súmula 9: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. Súmula 267: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

⁴⁷ A alteração de entendimento pelo STF ocorreu com o julgamento do HC nº 84.078/MG, em 2009, por votação de 7 x 4, quando se passou a considerar o trânsito em julgado da sentença penal condição para execução da pena.

⁴⁸ Adjetivo “garantista” usado aqui com a conotação que lhe é dada a palavra por Ricardo Dip: “[...] o garantista aferra-se ao mundo do direito posto (mormente da lei), como se nesta horizontalidade

que, entre nós, não tem o efeito dissuasório, que é sua própria razão de ser, em especial no que se refere à criminalidade de colarinho branco⁴⁹.

Éis a ementa do HC nº 126.292/SP, julgado pelo STF em 17/02/16:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5o, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado (STF – Pleno – Min. Rel. Teori Zavascki – HC nº 126.292/SP – data do julgamento 17/02/16).

A discussão principal a respeito do tema que se instaurou na Corte Constitucional foi a melhor interpretação para a **literalidade do inciso LVII do art. 5º da CR**, que entre nós enuncia a garantia da presunção de inocência assegurada aos acusados no processo penal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

estivesse resumida e antecipada a experiência integral do justo; supõe que as coisas da realidade sejam construídas por normas no mais das vezes escritas, e que essas normas têm o poder de desconstruir as realidades que lhes sejam opostas ou até ignoradas. Por isso não faltarão mesmo junaturalistas garantistas (ou positivistas, por paradoxal que seja dizê-lo). São pessoas que se nutrem de letras e vírgulas, entre elas pensando dissolver todas as coisas e, por elas, resolver todas as controvérsias. Transcendência horizontal, é verdade, mas que não vai além de ser uma imanência, em geral, com artefatos humanos (de que as leis dos homens, tanto que determinativas, não passam de ser [...])” (DIP, 2013, p. 551-552) (g.n.).

⁴⁹ Vide os dados estarrecedores divulgados no âmbito da operação Lava Jato da Polícia Federal, conforme se extrai do site do Ministério Público Federal: “Os procuradores da República que atuam no caso ofereceram 36 acusações criminais contra 179 pessoas pelos crimes de corrupção, organização criminosa, lavagem de ativos, entre outros. Os crimes envolvem pagamento de propina de cerca de R\$ 6,4 bilhões, sendo que R\$ 2,8 bilhões já foram recuperados pelo MPF, que também pediu o ressarcimento de R\$ 14,5 bilhões na Justiça” (disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/site-sobre-a-operacao-lava-jato-ultrapassa-1-milhao-de-acessos>>, acesso em: 07 nov. 2016, às 21:30). Isso, vale dizer, após o resultado do julgamento da Ação Penal nº 470 pelo STF (caso conhecido como Mensalão), que, envolvendo algumas das personagens que hoje também são acusadas pelos procuradores da Lava Jato, fora vista por alguns como “*ponto fora da curva*” na jurisprudência da Suprema Corte, que teria sido supostamente muito rigorosa na ocasião.

Se ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não foram poucas as vozes que, **apegadas ao texto** do dispositivo constitucional em questão, defenderam arduamente que nenhuma consequência penal poderia colher o réu antes do julgamento do último recurso interposto pela defesa perante a Corte Constitucional.⁵⁰

Acreditamos que a referida conclusão, se considerada apenas a sua racionalidade enquanto discurso, sua compatibilidade em abstrato com a linguagem de outros textos normativos, é uma das possíveis para responder a indagação que fora posta ao STF.

Como se o Direito pudesse criar um mundo paralelo, completamente indiferente aos seus efeitos na vida das pessoas, cria-se uma ficção: a pessoa que fora flagrada cometendo um crime ou na posse de produto do ilícito é considerada inocente até que a mais alta corte do país dê seu veredito final sobre o caso. O mesmo vale para quem confessa o delito ou então que já fora condenado em **sentença proferida por juiz de primeira instância, ato que pressupõe a convicção do magistrado quanto à certeza da ocorrência do fato típico, antijurídico e culpável, bem como de sua autoria.**

No julgamento do HC nº 126.292/SP, contudo, outra linha de argumentação prevaleceu, tendo por base dois elementos que nos parecem fundamentais: 1) recurso especial e extraordinário, no nosso ordenamento jurídico, não tem efeito suspensivo nem se presta (ou não deveria se prestar) à análise de matéria de fato e 2) não se ter notícia de qualquer país do mundo em que o cumprimento da pena de qualquer condenado em processos penal tenha de ser referendada pela Corte Constitucional⁵¹ (o que, convenhamos, seria factualmente impossível).

Tais dados, aliados aos efeitos perversos à efetividade do nosso sistema processual penal, advindo do abuso no manejo de recursos extremos apenas para postergar artificialmente o advento do trânsito em julgado nas respectivas ações⁵², levaram à superação do precedente estabelecido no HC nº 84.078/MG.

⁵⁰ Ressalvada a possibilidade de decretação de prisão preventiva quando preenchidos os requisitos do art. 312 do CPP: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)” (redação dada pela Lei nº 12.403/2011).

⁵¹ Vide considerações feitas pelo Min. Teori Zavascki no seu voto no HC nº 126.292/SP, p. 10 e ss., para o que se valeu de pronunciamentos anteriores de outros ministros da Suprema Corte.

⁵² Conforme Min. Teori Zavascki no seu voto no HC nº 126.292/SP, p. 17 e ss.

Na nossa opinião, dados os pressupostos sustentados neste ensaio, com acerto (já que com Justiça⁵³).

5. Conclusão

Certamente a descrição em abstrato de qualquer sistematização acerca do *dever ser* atinente à jurisdição constitucional é sempre desafiada quando o juiz é defrontado com dramas humanos a reclamar solução diversa das até então dadas pelo Legislativo ou pelo Executivo para uma dada atividade estatal.

Nesse ponto, comungamos da mesma dificuldade quanto à clarividência que acomete os legisladores (e o ser humano em geral).

Todavia, se pudéssemos identificar ao menos um porto seguro nessa empreitada, acreditamos que este seria o seguinte: **nunca se pode perder de vista que a razão de ser última de toda a ordem jurídica é o indivíduo**, e o seu acesso ao Judiciário, em caso de violação ou ameaça de violação a direito, é expressamente previsto no inciso XXXV do art. 5º da CR.

Os juízes podem errar em tal mister?

Não há dúvidas que sim.

Mas a nosso ver, as chances de equívocos cometidos pelos magistrados reduzem-se sensivelmente caso estes busquem conferir à legislação interpretação que conduza seus aplicadores à produção de resultados adequados e úteis à convivência das pessoas no viver em coletivo, recusando divagações que não se prestem a outro fim que a um debate estéril quando não lesivo aos melhores interesses da nossa sociedade.

⁵³ Um último ponto digno de nota sobre o julgamento do HC nº 126.292/SP foi a referência dos ministros aos números (ínfimos) de recursos extremos efetivamente providos pelo STF e, em especial, que redundaram em absolvição do acusado, como mais uma razão a não justificar que se condicione qualquer cumprimento de pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Destacamos, a respeito, trecho do voto do Min. Luís Roberto Barroso no HC nº 126.292/SP: “No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões” (p. 33 do acórdão).

Bibliografia

AHUALLI, Tânia Mara; SENA, Jaqueline. Ativismo judicial e as cláusulas gerais processuais no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 329-350.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 91-103.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. O Constitucionalismo. In: TORRES, Vivian de Almeida Gregori; CAGGIANO, Alvaro Theodor Herman Salem. *Estudos de direito constitucional – homenagem à professora Monica Herman Salem Caggiano*. São Paulo: IELD, 2014. p. 253-267.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: SOUZA NETO, Cláudio P. de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 295-310.

BARNES, Javier. Nuevas coordenadas del sistema de fuentes del derecho administrativo. In: BARNES, Javier (Ed.). *Innovación y reforma del derecho administrativo, 2.0*. Sevilla: Global Law Express, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAENEGEM, R. c. van. *An historical introduction to western constitutional law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONIER, Jean. *Essais sur les lois*. Paris: LGDJ, 2014. (primeira edição de 1995).

_____. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. 3. ed. (sem tradutor mencionado). Leme: Edijur, 2008. (original de 1908, disponível em: <<https://archive.org/stream/laviedudroitel00cruegoog#page/n12/mode/2up>>, acesso em: 19 jan. 2016, às 00:15 - obra digitalizada).

CUNHA, Bruno Santos. O princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 382-404.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Vinculação da administração à Constituição - alguns apontamentos sobre o alcance do dever constitucional de o Estado garantir os serviços públicos de saúde. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura* – Direito Constitucional, ano 16, n. 40, p. 9/20, abr.-jun. 2015.

DAHL, Robert A. *On democracy*. 2. ed. New Haven/London: Yale University Press, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição & constituinte*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

DIP, Ricardo. Ativismo e garantismo: novos nomes de positivismos antigos. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 547-553.

DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2007. (obra original de 1923).

DWORKIN, Ronald. *La democracia posible*. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008.

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto*. Tradução de Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Juarez. Boa administração é aplicar a Lei Fundamental de ofício. In: SOUZA, Arivaldo S. de et al. (Coord.). *Direito tributário – estudos avançados em homenagem a Edvaldo Brito*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 807-828.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LASSALE, Ferdinand. *Qu'est-ce qu'une constitution?* Arles: Sulliver, 1999. (primeira edição de 1896).

LEAL, Roger Stiefelmann. O exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário. In: HORBACH, Carlos B. (Coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia – homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 589-610.

LIMA, Eusébio de Queiroz. *Sociologia jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freiras Bastos, 1936.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, n. 122, p. 255/266, maio-jul. 1994.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *De l'esprit des lois*, I. Paris: Gallimard, 1995.

MURDA, Paula Fernanda Vasconcelos Navarro. *Políticas públicas – o controle judicial e o papel das funções essenciais da à justiça*. Curitiba: Prismas, 2015.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. Tradução de Artur Guerra. Lisboa: Relógio D'Água, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANIERI, Nina. A qualidade da democracia – considerações teóricas. In: TORRES, Viviam de Almeida Gregori; CAGGIANO, Alvaro Theodor Herman Salem (Org.). *Estudos de direito constitucional – homenagem à professora Monica Herman Salem Caggiano*. São Paulo: Ield, 2014. p. 297-312.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica* – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*. Paris: Éditions du Seuil, 2015.

ROSSEAU, Jean Jacques. *Du contrat social*. Paris: Flammarion, 2001.

ROUVILLOIS, Frédéric. *Libertés fondamentales*. Paris: Flammarion, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana* – conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a. (tese de 1932).

_____. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b. (primeira publicação em 1929).

SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no Estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. Mutação constitucional e ativismo judicial. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura* – Direito Constitucional, ano 16, n. 40, p. 115-130, abr.-jun. 2015.

O princípio da proteção da confiança no Direito Brasileiro

Ana Carolina Miranda de Oliveira
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar o princípio da confiança no sistema jurídico, como consequência imediata da segurança jurídica e corolário mediato do Estado de Direito, bem como sua implicação no processo de interpretação constitucional.

Palavras-chave: Estado de Direito. Princípio. Segurança Jurídica. Confiança. Interpretação constitucional.

Abstract: This study aims to analyze the principle of trust in the legal system, as an immediate consequence of juridical security and mediate corollary of the rule of law, as well as their involvement in the constitutional interpretation process.

Keywords: Rule of law. Principle. Juridical security. Trust. Constitutional interpretation.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar o princípio da confiança no sistema jurídico.

Como ponto de partida do estudo, mostra-se imperiosa a análise do seu pressuposto básico: o Estado de Direito. De pronto, será realizada uma breve incursão histórica por meio da qual serão extraídos os seus valores fundamentais, entre eles, a segurança.

Em seguida, será traçada a crescente expansão normativa do valor segurança nos cenários mundial e nacional, até atingir sua concepção de direito fundamental ínsito ao homem e de objetivo a ser perseguido pelos Estados, em seus diferentes âmbitos de atuação, como mandamento expresso nas respectivas Constituições formais.

A partir da contextualização da segurança, e de sua relevância, no cenário jurídico-social, o estudo será voltado à verificação das diversas nuances conferidas ao termo, visando ao estreitamento do objeto, e com maior foco na segurança jurídica.

No passo próximo, será visitada a doutrina nacional e estrangeira trazendo conceitos relacionados ao princípio da segurança jurídica, com a conseqüente análise minuciosa de seus elementos objetivos e subjetivos.

Fixados os conceitos, buscar-se-á estabelecer uma relação do princípio da segurança jurídica com o princípio da confiança, com a compreensão do conteúdo jurídico de ambos, trazendo elementos, inclusive de conceitos correlatos, como o da boa-fé objetiva.

Estabelecida a relação, os esforços serão voltados à densificação e delimitação da proteção da confiança, pela atribuição de conteúdo normativo principiológico e fixação de critérios para sua verificação metodológica.

Em seguida, serão apresentadas suas possíveis implicações nas relações entre Estado e indivíduo, no âmbito do Poder Judiciário, à medida que se expõe a trajetória normativa do princípio da confiança na legislação pátria.

Por fim, após a análise de todos os pontos citados, concluir-se-á sobre a possibilidade – ou não – da aplicação do princípio em nosso sistema constitucional como mandamento constitucional relativamente autônomo, capaz de nortear a interpretação dos conflitos constitucionais postos em discussão.

2. Estado de Direito e segurança

A ideia de Estado de Direito remonta às revoluções liberais por meio das quais se reivindicava a formação de um Estado submetido ao Direito, governado por leis, em contrapartida ao Estado absoluto, governado pelo Monarca, com poderes ilimitados.

O Estado Absolutista, presente de forma mais acentuada entre os séculos XVI e XIX, tinha como característica central a posição de superioridade do monarca, de modo que suas determinações, independentemente da matéria em discussão e por mais invasivas aos direitos individuais que pudessem ser, deveriam ser obedecidas pelos particulares.

Esse cenário acabava por gerar, inevitavelmente, um sentimento de insegurança entre os cidadãos. A ausência de limites para a atuação do monarca afetava, principalmente, a burguesia comercial que já se encontrava com poderio econômico crescente e descontente com tal insegurança, momento em que começaram a despontar os ideais revolucionários liberais.

No plano jurídico, verificava-se a necessidade de “domesticar”¹ o poder político, racionalizando seu exercício por meio de sua prévia regulação e limitação jurídicas, submetendo-o às leis a fim de garantir a liberdade dos cidadãos. Nesse contexto, portanto, nasce, na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho², o Estado de Direito com dois valores entrelaçados: justiça e segurança.

O primeiro valor, a justiça, conforme o autor, é inerente à própria ideia de lei já que somente é justa a norma que se funda no Direito emanado da razão, da natureza, da divindade, jamais da mera vontade do legislador. O segundo valor, a segurança, extrai-se da proibição do arbítrio, de modo que a lei expressa normas de condutas destinadas tanto ao governante quanto ao governado.

Tais valores foram objeto de sedimentação, inicialmente, em Declarações de Direitos das Colônias norte-americanas como, por exemplo, a Declaração de Direitos da Virgínia³, em 12 de junho de 1776, por meio da qual se extrai os seguintes trechos:

Declaração de direitos formulada pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunidos em assembleia geral e livre; direitos que pertencem a eles e à sua posteridade, como base e fundamento do governo.

I – Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de

¹ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 18.

² Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 177.

³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Declaração de Direitos da Virgínia*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-irg%C3%A9-1776>>. Acesso em: 12 out. 2016.

sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

II – Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis.

III – Que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e segurança, e a que está mais eficazmente assegurada contra o perigo de um mau governo; e que se um governo se mostra inadequado ou é contrário a tais princípios, a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da maneira considerada mais condizente com o bem público.

E, em seguida, após a independência dos Estados Unidos, de forma sequencial e progressiva, tais pilares foram positivados em diplomas normativos, principalmente nas Constituições formais dos Estados.

O pilar da segurança, em especial, não só foi previsto nas constituições dos Estados soberanos, mas repercutiu, também, de forma global, ao ser indicada como direito ínsito à natureza do homem na Declaração Universal dos Direitos Humanos, isto é, independentemente de qualquer qualificativo que se imponha a determinado ser humano, seja ele relacionado a cor, sexo ou nacionalidade, lhe é assegurado direito à segurança⁴:

Artigo 22 – Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional de acordo com a organização e recursos

⁴ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 28 out. 2016.

de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

No Brasil, a preocupação com a segurança já vinha sendo considerada desde a primeira Constituição de 1824⁵, que, em seu artigo 179, já previa a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, com base na liberdade, na segurança individual e na propriedade. E, atualmente, encontra-se consagrada no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶ como valor **supremo da sociedade**:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Pode-se dizer, portanto, que estes valores – justiça e segurança – são a base filosófica, política e jurídica dos princípios estruturantes do Estado de Direito e conformam toda a interpretação constitucional dele decorrente com o fim maior da estabilização das relações jurídicas e sociais.⁷

⁵ BRASIL. *Constituição Federal de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 28 out. 2016.

⁶ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 28 out. 2016.

⁷ A conclusão pode ser confirmada pelo princípio da legalidade, corolário do Estado de Direito, que contém em seu conteúdo tanto o princípio da liberdade (o homem é livre para fazer tudo, exceto o que a lei proíbe) quanto o princípio da segurança (o homem não pode fazer senão o que a lei proíbe, não está obrigado a fazer senão o que a lei comanda) de modo que a segurança é a garantia da liberdade. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

3. Segurança e princípio da confiança

A segurança pode ser considerada elemento estruturante do Estado de Direito. Por consequência, mostra-se adequada a compreensão das nuances interpretativas que lhe são atribuídas a fim de que se extraia toda a sua profundidade léxica e possibilite a verificação de seu intercâmbio com a confiança.

Em uma perspectiva mais ampla, a segurança possui um aspecto voltado à proteção, ou seja, o Estado deve proporcionar, ativamente, a segurança social, promovendo ações intervencionistas concretas com o fim de se concretizar a paz na sociedade e, passivamente, a liberdade individual, impondo-lhe uma conduta negativa concernente à abstenção de intervenção arbitrária nas relações individuais.

Essas duas funções indicadas, por sua vez, podem ser associadas, respectivamente, à segurança pública, em sua dimensão individual ou coletiva⁸, e à segurança jurídica, em sua dimensão objetiva e subjetiva.

No primeiro contorno, a segurança pública tem, como conceitos inseparáveis, a segurança da comunidade e a segurança individual de modo que “a razão de ser do Estado é a segurança da comunidade, que é condição da segurança individual”, ou seja, “não haverá segurança da comunidade se inexistir segurança individual e vice-versa”⁹.

Já no segundo contorno, a segurança jurídica pode ser definida como princípio constitucional implícito que:

[...] projeta exigências diferenciadas dirigidas ao Estado, que vão desde as mais genéricas de previsibilidade e calculabilidade da actuação estatal, de clareza e densidade normativa das regras jurídicas e de publicidade e transparência dos actos dos poderes públicos, designadamente os susceptíveis de afectarem negativamente os particulares, até às mais específicas de observância dos seus direitos, expectativas e interesses legítimos e dignos de proteção.¹⁰

⁸ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 164.

⁹ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 164

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 261.

Conferindo-se atenção especial à segurança jurídica, extrai-se do conceito citado, criado pelo professor Jorge Reis Novais, uma garantia dúplice ao cidadão.

A primeira garantia, de ordem objetiva, possui abrangência a todas as áreas de atuação estatal, protegendo o cidadão na esfera legislativa, por meio do direito adquirido; na esfera administrativa, por meio do caso decidido, e na esfera judicial, por meio da coisa julgada.

A segunda garantia, de ordem subjetiva, é a própria proteção da confiança dos cidadãos à ação dos órgãos do Estado. Não se trata da segurança, isolada, na ordem jurídica, mas também da própria estruturação do relacionamento entre Poder Público e cidadãos em um Estado de Direito.

José Joaquim Gomes Canotilho, ainda no cenário português, apresenta, inicialmente, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança de forma autônoma, classificando-os como elementos constitutivos do Estado de Direito. Contudo, ao expor cientificamente sua posição, parte da mesma diferenciação entre elementos objetivos e subjetivos da segurança.

Para o doutrinador, a segurança jurídica

[...] está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito, enquanto que a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente à calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos.¹¹

Ao final de sua exposição, apresenta um conceito uno intitulado **princípio geral da segurança jurídica**, incluindo neste a ideia de proteção da confiança, nos seguintes dizeres:

[...] o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 257.

jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.¹²

Assim, apesar de inicialmente tratar os institutos de forma autônoma, acabou por unificá-los sob um único prisma.

Essa conceituação do princípio da confiança como aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica também é tratada, na doutrina nacional, por Almiro do Couto e Silva, em texto pioneiro que tem sido relevante norte para estudos e objeto de citações em diversos julgados, em especial, do Supremo Tribunal Federal¹³.

O pesquisador expõe que a natureza objetiva do princípio da segurança jurídica envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado, relacionando-se, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Quanto à natureza subjetiva, relaciona-a com o princípio da confiança das pessoas no tocante aos atos, procedimentos e condutas do Estado, em todos os âmbitos de atuação.

Nesse aspecto, indica, ainda, duas implicações na utilização deste princípio da confiança no sentido de que:

[...] (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produzam vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre que em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.¹⁴

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 257.

¹³ BRASIL. STF. RE 646313 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014. ACO 79, Relator(a): Min. Cezar Peluso (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2012. MS 24781, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 02/03/2011, entre outros.

¹⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2016.

Gilmar Ferreira Mendes, ao expor sobre a insuficiência da doutrina do direito adquirido e o princípio da segurança jurídica, questiona as circunstâncias em que não é possível invocar o instituto do direito adquirido para a proteção das chamadas situações estatutárias, afirmando que o legislador e o Poder Público, em geral, não podem, sem ferir o princípio da segurança jurídica, fazer “tabula rasa”¹⁵ das situações jurídicas consolidadas ao longo do tempo. Para tanto, associa à discussão elementos ligados à boa-fé da pessoa afetada pela medida, a confiança depositada na inalterabilidade da situação e o decurso de tempo razoável.

O autor, ademais, prossegue, acrescentando elementos ínsitos ao princípio na própria aplicação do princípio da segurança jurídica, o que lhe confere uma amplitude conceitual. Partindo desta concepção, em julgamento, no Supremo Tribunal Federal, enquanto Ministro relator, indicou expressamente o princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica.¹⁶

Há autores, ainda, que relacionam o princípio da proteção à confiança com o conceito jurídico da boa-fé objetiva.

Humberto Bergmann Ávila realiza a distinção conforme o comando estatal gerador da expectativa legítima. Se a expectativa foi originada de ato jurídico de cunho geral, impessoal e abstrato, ou seja, normativo, há, pois, incidência da proteção da confiança pura e simples. Ao revés, se a expectativa foi provocada por um ato jurídico de cunho individual, específico e concreto, próprio dos atos administrativos, há a incidência do princípio da boa-fé objetiva¹⁷.

Couto e Silva aproxima os referidos princípios de forma que a boa-fé objetiva, como mandamento de conduta correta, leal e em conformidade com o que as partes se comprometeram em uma relação jurídica, confere conteúdo ao princípio da segurança jurídica, pelo qual, nos vínculos entre Estado e indivíduos, se assegura certa previsibilidade da ação estatal, do mesmo modo que se garante o respeito pelas situações

¹⁵ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 429-430.

¹⁶ BRASIL. STF. MS 22357, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2004, DJ 05-11-2004.

¹⁷ Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 13, abr.-maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 27.10.2016.

constituídas em consonância com as normas impostas ou reconhecidas pelo poder público.¹⁸

Considerando que os particulares possuem, por um lado, o direito de antever o que podem legitimamente esperar por parte do Estado e, por outro, o direito de não ver frustradas as expectativas legítimas formadas quanto à permanência de um dado quadro legislativo, a doutrina tem-se esforçado para definir alguns critérios capazes de identificar situações passíveis de proteção.

Reis Novais, nesse sentido, afirma ser indispensável o atendimento de pelo menos dois critérios: em primeiro lugar, “haja indícios consistentes de que, de algum modo, elas tenham sido estimuladas, geradas ou toleradas por comportamentos do próprio Estado” e, em segundo lugar, “os particulares não possam ou devam, razoavelmente, esperar alterações radicais no curso de desenvolvimento legislativo normal”¹⁹.

Humberto Ávila, seguindo a obra de Roland Kreibich²⁰, e mantendo-se coerente com a distinção apresentada entre boa-fé objetiva e o princípio da confiança, tomando em conta o primeiro, mas igualmente aplicável ao segundo, também expõe os fatores necessários para sua aplicação:

[...] (1) relação entre Poder Público e o contribuinte baseada em ato ou contrato administrativo cuja validade seja presumida; (2) relação concreta envolvendo uma repetição de comportamentos, de forma continuada, uniforme e racional por uma pluralidade de agentes fiscais que executam o ato ou contrato administrativo como se válido fosse; (3) relação de confiança envolvendo as partes e terceiros; (4) relação de causalidade entre a

¹⁸ Cf. COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (lei nº 9784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2016.

¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 263.

²⁰ KREIBICH, Roland. *Der Grundsatz von Treu und Glauben im Steuerrecht*. Heidelberg: Müller, 1992. p. 162 e ss. Apud ÁVILA, Humberto Bergmann. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 13, abr.-maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

confiança do particular e os atos praticados pelo Poder Público; (5) situação de conflito entre o comportamento anterior e o atual por parte do Poder Público; (6) continuidade da relação por período inversamente proporcional à importância do ato ou contrato administrativo aplicado.

Éderson Garin Porto, em estudo sobre a relação do princípio da confiança com a boa-fé objetiva no direito público, apresenta proposta de uma fórmula capaz de se aferir o grau de legitimidade conferida à confiança como parâmetro de aplicação da norma. A equação $EL = SFN \times T^{21}$ leva em conta as variáveis tempo e natureza da norma, de modo que a expectativa será proporcionalmente mais legítima quanto maior o transcurso do tempo, bem como quanto maior a envergadura da norma assecuratória da situação de fato.

Assim, conclui o referido autor, “configura-se uma expectativa legítima quando o particular encontra-se em determinada situação de fato tutelada pela ordem constitucional com anuência do Estado por considerável período de tempo.”²²

Do que se pode constatar, pelos diversos autores que tratam do princípio da confiança, seja concebendo-o como uma acepção do princípio da segurança jurídica, como princípio autônomo ou mesmo como princípio decorrente da normatividade da boa-fé objetiva, há um ponto de partida comum – Estado de Direito – e um *status* principiológico-normativo com amplo campo de incidência sobre os atos emanados pelo Poder Público.

Rafael da Cás Maffini apresenta conclusão semelhante ao constatar que:

[...] a proteção da confiança deve ser considerada como um princípio deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito,

²¹ Cf. PORTO, Éderson Garin. *O princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva no direito público*. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/1722f/17289/1776e?-fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em: 27 out. 2016.

²² Cf. PORTO, Éderson Garin. *O princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva no direito público*. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/1722f/17289/1776e?-fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em: 27 out. 2016.

com precípua finalidade voltada à obtenção de um estado de coisas que enseje de estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos.²³

Nessa perspectiva, indo além da aplicação do princípio da confiança aos atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, é possível pensar em sua aplicação também em relação à função típica do Poder Judiciário, que é a interpretação jurídica/aplicação da norma ao caso concreto, em especial no âmbito constitucional.

4. Princípio da confiança e interpretação constitucional

De forma geral, assim como afirmado por Wilson Steinmetz²⁴, os trabalhos já desenvolvidos sobre o princípio da confiança revisitam e interpretam, em diferentes âmbitos, o “velho” princípio da segurança jurídica, agora sob a roupagem do novo texto constitucional.

O referido professor conclui que o que “há de propriamente novo é a descoberta, ainda que tardia, da proteção à confiança como elemento constituinte da segurança jurídica e do Estado de Direito”. Tal afirmação reveste-se de coerência à medida que se analisa a origem do princípio, em especial no direito comparado.

O princípio da confiança surgiu na Alemanha por construção pretoriana, em meados do séc. XX. Em seu despertar, possuía contornos de direito público, em especial de direito administrativo, ao se analisar a preservação dos atos ou – pelo menos – dos efeitos dos atos inválidos, inclusive daqueles nulos de pleno direito por ilegalidade ou inconstitucionalidade, quando indiscutível a boa-fé dos administrados.

²³ MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. 2005. f. 48-49. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5220/000512451.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 out. 2016.

²⁴ Cf. STEINMETZ, Wilson. *A fundamentação e o reconhecimento do princípio da proteção à confiança no direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d72eccc6b1648647>>. Acesso em: 12 out. 2016.

Couto e Silva, ao expor sobre a origem do princípio, menciona que o princípio da proteção da confiança começou a ser delineado por decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, em 1956, seguido pelo Tribunal Administrativo Federal em acórdão de 1957.

Foi inserido na Lei de Processo Administrativo alemã, de 1976, sendo elevado à categoria de princípio de valor constitucional, na década de 1970, por interpretação do Tribunal Federal Constitucional.

O autor acrescenta que o referido princípio ultrapassou as barreiras do direito alemão e, à medida que se consolidava, ingressava no direito comunitário europeu, culminando em decisões da Corte de Justiça das Constituições Europeias como “regra superior de direito” e “princípio fundamental do direito comunitário”²⁵.

Em meio a esta construção jurisprudencial, de forma a teorizar e a distinguir os conceitos de segurança jurídica da proteção da confiança, começou-se a empregar as expressões *Rechtssicherheit*, para designar a parte objetiva do conceito de segurança jurídica, e *Vertrauensschutz*, para designar a parte subjetiva do conceito referente ao princípio da proteção à confiança, no direito alemão, e ao princípio da proteção à confiança legítima, no direito comunitário.²⁶

No Brasil, o princípio da confiança não se encontra previsto expressamente na Constituição Federal, mas decorre, como já indicado anteriormente, do próprio Estado de Direito, como revelação do princípio estruturante da segurança jurídica.

No plano infraconstitucional, o princípio é perfeitamente dedutível, implicitamente, da Lei de Processo Administrativo, Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999, especificamente de seu artigo 2º. Enquanto o seu *caput* estabeleceu o princípio da segurança jurídica como princípio administrativo expresso, o seu parágrafo único, XIII, de forma inovadora, ao prever a vedação à aplicação retroativa de nova interpretação

²⁵ Cf. COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2016.

²⁶ Cf. COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2016.

conferida a determinada norma administrativa, nada mais representou senão a aplicação do princípio da segurança jurídica, em seu aspecto subjetivo, de proteção da confiança.

No mesmo ano do referido diploma, outras duas leis atribuíram à segurança jurídica valor constitucional: a Lei 9.868, de 11 de novembro de 1999, que dispôs sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, e a Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que discorre sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Nestas, em especial em seus artigos 27 e 11, respectivamente, foi conferida ao Supremo Tribunal Federal a faculdade de

[...] ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado²⁷.

A modulação dos efeitos temporais da declaração da inconstitucionalidade de uma norma, proporcionada por estas Leis, foi um divisor de águas no direito brasileiro na medida em que se colocou em pauta a convivência – pacífica ou não – dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, esta entendida em suas duas perspectivas.

Apesar de a legitimidade dessa previsão ser objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (2.154/DF e 2.258-0/DF), que tramitam há mais de 16 anos, por meio das quais se alegam vício formal (sob a alegação de que deveria ter sido elaborada por Emenda Constitucional) e vício material (sob a alegação de que não poderia atingir ato jurídico perfeito, coisa julgada e o direito adquirido), é certo que ainda se encontra válida e eficaz.

Na observação de José Levi Mello do Amaral Júnior, um dos mais importantes casos na matéria, curiosamente, advém do controle

²⁷ BRASIL. Lei 9.868, de 11 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

concreto, no famoso caso do município paulista de Mira Estrela (Recurso Extraordinário nº 197.917-8/SP²⁸, de 2004). No julgado, o Supremo Tribunal Federal conferiu efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade da Lei Orgânica Municipal, conferindo efeitos *pro futuro* à declaração de inconstitucionalidade na fixação dos números de vereadores sob pena de resultar grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente daquela região.

O Ministro Gilmar Mendes, inclusive, em seu voto, consignou que:

[...] o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.

Assim, ao mencionar a excepcionalidade da medida também ressaltou que ela deve ser pautada por valor constitucional, indicando, como exemplo, o princípio da segurança jurídica. Apresentou, ainda, relação de nosso sistema com o direito português, que, por sua vez, é extraída do texto da Constituição portuguesa de 1976, em seu art. 282, nº 4, *in verbis*:

Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2.²⁹

²⁸ BRASIL. STF. RE 197917, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002.

²⁹ PORTUGAL. *Constituição de 1976*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 23 out. 2016.

Ao final de sua exposição, Gilmar Mendes conclui que:

[...] a despeito do caráter de cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado que marca o art. 282 (4), da Constituição portuguesa, a doutrina e jurisprudência entendem que a margem de escolha conferida ao Tribunal para a fixação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não legitima a adoção de decisões arbitrárias, estando condicionada pelo princípio da proporcionalidade.

Ainda sobre a modulação dos efeitos, José Levi Mello do Amaral Júnior, ao analisar a admissibilidade da restrição temporal das decisões de inconstitucionalidade, apresenta crítica no sentido de que a apreciação da modulação não é estritamente jurídica, mas “envolve severo juízo de ponderação entre princípios e valores constitucionais frente aos dois parâmetros – axiológicos – postos pela Lei das Ações Diretas (‘razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social’)”³⁰.

Recentemente, esses dois parâmetros apresentados para a ponderação de princípios foram expressamente previstos também no novo Código de Processo Civil³¹, especificamente no artigo 927, parágrafos 3º e 4º.

O primeiro parágrafo estabelece que, na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no **interesse social** e no da **segurança jurídica**.

E o segundo estabelece que “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os **princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia**”.

³⁰ Cf. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Da admissibilidade da restrição temporal de efeitos das decisões de inconstitucionalidade em controle concreto. In: HORBACH, Carlos Bastide et al. (Coord.) *Direito constitucional, estado de direito e democracia – homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 437-438.

³¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

Do que se extrai do texto legal indicado, a confiança foi reconhecida, em conformidade aos ensinamentos teóricos até então reunidos, como princípio jurídico e, mais especificamente, como princípio autônomo em relação ao da segurança jurídica.

Constata-se, portanto, que o Código de Processo Civil, ao elevar a proteção da confiança à condição de princípio expresso no ordenamento pátrio, inova e exterioriza a representatividade de sua importância no cenário jurídico.

Maria Sylvia Zanella de Pietro, ao realizar comentários sobre o novo Código de Processo Civil, indicou esta previsão como uma das hipóteses em que o direito administrativo acabou por influenciar o processo civil, de modo que:

[...] a existência de súmula, de jurisprudência consagrada nos tribunais superiores e de tese adotada em casos repetitivos cria no cidadão a crença de que os seus comportamentos e as suas decisões, desde que se conformem a essas teses, serão considerados lícitos em decisões judiciais posteriores.³²

Apesar de se enxergar um avanço na previsão no Diploma processual civil, é certo que, conforme todo o exposto neste trabalho, o princípio da proteção à confiança não pode se limitar ao balizamento na modulação dos efeitos da modificação dos precedentes, abrangendo, nestes, os enunciados de súmulas, jurisprudência pacificada e tese adotada em julgamento de recursos repetitivos.

Ele deve ser entendido, além de princípio jurídico, com vistas à obtenção de um estado protetivo de valores, como um verdadeiro vetor de interpretação constitucional, devendo também ser ponderado na própria fixação da norma aplicável ao caso concreto.

Nessa linha, José Miguel Garcia Medina³³ aponta que, sendo o processo um sistema interacional, o comportamento dos órgãos judiciários

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípios do processo administrativo no novo Código de Processo Civil. *Revista Consultor Jurídico*, 29 de outubro de 2015, 8h00. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-29/interesse-publico-principios-processo-administrativo-cpc>>. Acesso em: 23 out. 2016.

³³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Questões fundamentais do processo civil moderno: a proteção da legítima confiança*. Disponível em: <<https://professormedina.com/2010/04/15/questoes-fundamentais-do-processo-civil-moderno-a-protecao-da-legitima-confianca/>>. Acesso em: 13 out. 2016.

influencia, de maneira significativa, o comportamento das partes, e estas, por seus atos, respondem às determinações judiciais na medida em que os órgãos do Poder Judiciário despertam, objetivamente, sua confiança.

Não é por outra razão, prossegue o autor, que a variabilidade das orientações adotadas pelas decisões judiciais repercute em “respostas” das partes e da sociedade, que poderão provocar o aumento da litigiosidade, através de recursos contra as decisões judiciais ou do ajuizamento de novas ações, sendo a própria insegurança jurídica um dos diversos fatores capazes de favorecer a judicialização³⁴.

E, por isso, pontua Medina, é natural que, diante de entendimentos jurisprudenciais oscilantes, menor seja o grau de cooperação das partes, no sentido de cumprirem as decisões judiciais. Logo, à medida que os órgãos jurisdicionais falham na observância do princípio da proteção da confiança dos cidadãos, reflexamente, os cidadãos são igualmente incentivados a falhar em responder a esta conduta.

Por este motivo, conclui que a coerência da jurisprudência é pressuposto inarredável para que as decisões judiciais despertem, nos cidadãos, a necessária confiança. A construção de um sistema jurídico-processual racional requer não apenas instrumentos que possibilitem a realização imediata, mas, também, segura dos direitos, sem instabilidade. A atividade jurisdicional, assim, deve orientar-se de acordo com o princípio da proteção da confiança do cidadão.

Do mesmo modo, Jorge Miranda, ao discorrer sobre a interpretação constitucional, prenuncia a necessidade de se procurar a estabilidade, como condição de segurança dos destinatários de sua aplicação:

[...] a interpretação constitucional tem de ter em conta condicionalismos e fins políticos inelutáveis e irredutíveis, mas não pode visar outra coisa que não sejam normas jurídicas que lhes correspondem. Tem de olhar para a realidade constitucional, mas tem de a saber tomar como sujeita ao influxo das normas e não como mera realidade de facto. Tem de estar atenta aos valores sem dissolver a lei constitucional no subjetivismo ou na emoção

³⁴ Cf. VIARO, Felipe Albertini Nani. *A judicialização da vida – aspectos da judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2016. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

política. Tem de se fazer mediante a circulação norma – realidade constitucional – valor. Tem de procurar estabilidade, condição de segurança dos destinatários das normas. Tem de racionalizar sem formalizar. Tem de subsumir e tem de ponderar.³⁵

É importante observar que a defesa da confiança não pode ser vista como uma defesa à abolição do princípio da legalidade. Pelo contrário, a legalidade deve ser balizada justamente pelo princípio da proteção da confiança, por meio do princípio da proporcionalidade, de modo que haja a definição de uma medida de confiança dos particulares na atuação dos entes públicos dentro das leis vigentes.

Se, de um lado, não é admissível que o Estado esteja autorizado, a qualquer momento e em qualquer circunstância, contrariar sua própria conduta frustrando expectativas legítimas formadas nos cidadãos, de outro, a proteção da confiança não pode ser entendida como um valor absoluto, capaz de imobilizar a ordem jurídica e impedir o Estado de realizar as mudanças necessárias para o desenvolvimento do interesse público.

Nesse sentido, o pertinente fechamento de Couto e Silva:

[...] é certo que o futuro não pode ser um eterno prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção da confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público.

Entre esses dois polos trava-se a luta entre o novo e o velho dentro do Estado, ao qual caberá escolher os instrumentos jurídicos que lhe permitam aproximar-se o mais possível do ideal de justiça

³⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. t. II, Constituição, p. 320.

material, pela inserção, em seus quadros normativos, de preceitos que definam o que pode e o que não pode ser modificado, e como pode ser modificado, e quais, ainda, os limites a serem observados pelas alterações.³⁶

5. Conclusão

Conforme o exposto, a consagração do Estado de Direito implica na garantia dos direitos e liberdades fundamentais que, para além da proteção da liberdade individual, projeta a exigência de interferência estatal necessariamente limitada à segurança jurídica bem como à confiança.

O princípio da proteção da confiança vem, neste panorama, como uma forma de suprir a necessidade de externar, por completo, os valores supremos da Constituição Federal de garantir a previsibilidade e a estabilidade das ações estatais em momento em que o princípio da segurança jurídica, por meio de seus institutos (ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada) começou a se revelar insuficiente.

Assim, diante do panorama constitucional vigente, não se pode conceber que somente direitos adquiridos merecem proteção jurídico-estatal, mas também determinadas pretensões legitimamente esperadas pelo cidadão provocadas pelo próprio Estado.

A proteção da confiança, portanto, pode ser concebida como princípio constitucional implícito relativamente autônomo, que possui fundamental papel hermenêutico. Traz em seu conteúdo a necessidade de manutenção de situações jurídicas, ainda que derivadas de atos ou normas inconstitucionais, desde que verificada a expectativa legítima, por parte do cidadão, a fim de se operar a estabilização dos efeitos decorrentes da conduta estatal.

No presente estudo, foi verificado um avanço normativo, em âmbito nacional, ao se positivar, expressamente, a proteção da confiança,

³⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2016.

aliada à sua classificação de princípio autônomo, no Código de Processo Civil de 2015. Contudo, como criticado, sua abrangência não pode ficar restrita somente ao balizamento da modulação de precedentes, deve transbordar os limites indicados na lei, servindo de verdadeiro vetor de interpretação constitucional no momento da aplicação da norma ao caso concreto.

A essencialidade do postulado da proteção da confiança e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, amparadas pela boa-fé do cidadão, são fatores a que o intérprete constitucional não pode ficar alheio, já que correspondem ao próprio fim do Estado de Direito.

Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Da admissibilidade da restrição temporal de efeitos das decisões de inconstitucionalidade em controle concreto. In: HORBACH, Carlos Bastide et al. *Direito constitucional, estado de direito e democracia* – homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador n. 13, abr.-maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Princípios do processo administrativo no novo Código de Processo Civil. *Revista Consultor Jurídico*, 29 de outubro de 2015, 8h00. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-29/interesse-publico-principios-processo-administrativo-cpc>>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. 2005. f. 48-49. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5220/000512451.pdf?sequence=1>>.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Questões fundamentais do processo civil moderno: a proteção da legítima confiança*. Disponível em: <<https://professormedina.com/2010/04/15/questoes-fundamentais-do-processo-civil-moderno-a-protECAo-da-legitima-confianca/>>.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 429-430.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. t. II, Constituição.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2014.

PORTO, Éderson Garin. *O princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva no direito público*. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/1722f/17289/1776e?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>>.

STEINMETZ, Wilson. *A fundamentação e o reconhecimento do princípio da proteção à confiança no direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d72eec-6b1648647>>.

VIARO, Felipe Albertini Nani. *A judicialização da vida – aspectos da judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2016. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

Supremo Tribunal Federal e solução de conflitos federativos em serviços públicos: Porto de Suape

Brazilian Supreme Court and solution of federative conflicts in public services: Port of Suape's Case

Supremo Tribunal Federal y solución de conflictos federativos en servicios públicos: Puerto de Suape

Ana Rita de Figueiredo Nery

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução: serviços públicos e seu contorno contemporâneo. 2. Conflitos Federativos e o papel do Supremo Tribunal Federal. 3. A qualificação de demandas sobre serviços públicos como conflitos federativos. 4. O caso do Porto de Suape. 4.1. O serviço público portuário. 4.2. A decisão do Supremo Tribunal Federal na Reclamação n. 2549. 5. Conclusão. Referências.

Resumo: O artigo analisa, como ilustração desse movimento jurisprudencial, a Reclamação n. 2.549, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, por meio da qual o Supremo reconheceu como enquadrada da alínea f do inciso I do artigo 102 da Constituição de 1988 a lide estabelecida entre empresa pública estadual SUAPE e a agência reguladora federal Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ.

Palavras-chave: Conflitos Federativos. Serviço Público. Serviço Público portuário. Supremo Tribunal Federal.

Contents: 1. Introduction: public services and its contemporary contours. 2. Federative Conflicts and the role of Brazilian Supreme Court. 3. The qualification of demands on public services as federative conflicts. 4. The Port of Suape's Case. 4.1. The public port service. 4.2. The Brazilian Supreme Court's decision in claim n. 2549. 5. Conclusion. References.

Abstract: The essay analyses, as illustration of this jurisprudential movement, the claim n. 2.549, reported by Associate Justice Joaquim Barbosa, by means of which the Brazilian Supreme Court acknowledged as framed to article 102, paragraph I, “f”, of the Constitution of 1988, the demand established between the state public company SUAPE and the federal regulatory agency Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ.

Keywords: Federative Conflicts. Public Service. Public Port Service. Brazilian Supreme Court.

Contenido: 1. Introducción: los servicios públicos y su contorno contemporáneo. 2. Los conflictos federativos y el papel de el Supremo Tribunal Federal. 3. La calificación de las demandas de servicios públicos como conflictos federativos. 4. El caso del Puerto de Suape. 4.1. El servicio portuario público. 4.2. La decisión de el Supremo Tribunal Federal en reclamación n. 2549. 5. Conclusión. Referencias.

Resumen: El ensayo analiza, como ilustración de este movimiento jurisprudencial, la reclamación n. 2.549, habiendo sido Ponente el Ministro Joaquim Barbosa, por medio de la cual el Supremo Tribunal Federal reconoció como enmarcado en el artículo 102, párrafo I, “f”, de la Constitución de 1988 la demanda establecida entre empresa pública estadual SUAPE y la agencia reguladora federal Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ.

Palabras clave: Conflictos Federativos. Servicio Público. Servicio Portuario Público. Supremo Tribunal Federal.

“Mas é certamente no Estado federativo que a jurisdição constitucional adquire a mais considerável importância. Não é excessivo afirmar que a ideia política do Estado federativo só é plenamente realizada com a instituição de um tribunal constitucional”.

Hans Kelsen

1. Introdução: serviços públicos e seus contornos contemporâneos

Debruça-se, neste ensaio, sobre a orientação do Supremo Tribunal Federal para qualificar como conflitos federativos litígios tangentes à organização de serviços públicos. Utiliza-se, para tanto, do método hipotético-dedutivo. A partir de caso envolvendo SUAPE – Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros Porto de Suape e a prestação de serviços portuários no estado de Pernambuco, serão analisadas as decorrências da ampliação, pelo Supremo Tribunal Federal, do espectro de compreensão sobre o que seriam conflitos desestabilizadores do pacto federativo.

Entre os maiores desafios do Direito Público está a elaboração de um conceito seguro em matéria de serviço público. O desafio agudiza-se na medida da maleabilidade das necessidades sociais e de flutuação das opções políticas de Estado, em um verdadeiro *dégradé* de posições jurídicas a demandar constante renovação de esforços por parte dos que se dedicam ao Direito Público e, especificamente, ao Direito Administrativo.

Partiu-se de duas premissas para a elaboração deste trabalho: i) a insuficiência das inúmeras e históricas tentativas de se emoldurar o tema do serviço público sob uma configuração jurídico-científica perene e, em contraponto, ii) a imanente necessidade da prática administrativista de dar sentido à expressão serviço público, não apenas pela sua presença reiterada no direito positivo¹, como também pela sua presença como fenômeno jurídico abordado predominantemente como produto da investigação do Direito.

A dificuldade científica aproximou respeitosa doutrina da conclusão de que Serviços Públicos não existiram como conceito jurídico autônomo; como instituto catalisador de conteúdo técnico que justificasse tratamento distinto das demais funções da Administração Pública. A volatilidade de definições e critérios que afinem o conceito de serviço público é, portanto, marca contemporânea do tema.

¹ Apenas no plano da Constituição Federal de 1988 citem-se os artigos 23, 30, 167, IV e 198, para não se falar de menções a serviços essenciais e atividades de alinhamento mais ou menos controverso à noção de Serviço Público, a exemplo dos serviços postais.

Tal lacuna científica em matéria de serviços públicos interfere de um extremo a outro do eixo de intervenção do Estado na economia.² De um lado, tem-se a indefinição sobre o regime jurídico aplicado às variadas entidades prestadoras de serviço público submetidas à Administração Pública. De outro, tem-se a aproximação entre os regimes público e privado de prestação frente à exploração em níveis de mercado de atividades consideradas serviço público.

Observado o Direito Positivo, o arcabouço teórico construído em torno da disciplina dos serviços públicos seguiu o prelúdio da construção do próprio Direito Administrativo. Não se tem um corpo unificado de regras e princípios positivados, mas, sim, uma modelação constante a partir de necessidades sócio-políticas e de regulamentos casuísticos sobre o exercício do Poder de Estado sobre a sociedade.

Percebe-se que a construção jurídico-intelectual migrou do norte das necessidades sociais para a discussão sobre o funcionamento, organização e gestão dos serviços pela Administração Pública. Em outros termos, no Brasil, a caminhada das variadas escolas sobre Serviços Públicos fez preponderar a ideia de regime jurídico de Direito Público sobre a tônica funcional e essencialista dos provimentos de utilidades (conteúdo prestacional). Tomou-se – como que por uma metonímia – o continente pelo conteúdo.

Nesse processo, o regime jurídico de direito público deixou de ser consequência e passou a ser causa. O comprometimento apriorístico é com a origem e com a estrutura do serviço público, e não com sua abrangência, universalidade e modicidade. Pode-se acrescentar um nexó de legitimação da atuação do Estado pelo monopólio da força empenhada na estrutura do serviço público. Para que se justifiquem intrusões através do exercício do poder de polícia, por exemplo, para a utilização de espaços privados pelo público e desapropriações, vale-se o Estado de sua fórmula de Direito Público.

Esse processo contemporâneo de descolamento entre a estrutura e a função das atividades tidas como serviço público é palco para a discussão deste trabalho. Por toda sua relevância, a organização dos serviços públicos passa a predicar a atividade das unidades federativas, por vezes gerando contato conflituoso entre diversos entes. As fórmulas

² Consinta-se referir Alexandre Santos de Aragão, que analisa duas crises conceituais de Serviço Público (ARAGÃO, 2007, p. 239 e ss.)

possíveis de solução desses litígios são relevantes para o mapeamento da estrutura da organização do serviço público, com grande repercussão sobre a estabilidade do pacto federativo. A partir da Reclamação n. 2.549 (BRASIL, 2006), de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, por meio da qual o Supremo reconheceu como enquadrada no conceito de “conflito federativo” (BRASIL, 1988)³ a lide estabelecida entre empresa pública estadual SUAPE e a agência reguladora federal Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, será analisada a orientação do Supremo Tribunal Federal para a qualificação de querelas sobre a competência pela organização de serviços públicos como conflitos federativos. Na hipótese do Porto de Suape, serão vistas as implicações federativas do desfecho da demanda e as consequências da qualificação das controvérsias sobre serviço público como conflito federativo.

2. Conflitos Federativos e o papel do Poder Judiciário

Os conflitos federativos são, em muito, reflexo do modelo de compartilhamento de competências legislativas entre a União e as demais unidades federativas. O compartilhamento de competências atribui ao órgão central – União – a competência para legislar sobre princípios e regras gerais e, aos órgãos parciais – Estados-Membros – a atribuição para esmiuçar e especificar esses assuntos, observados os princípios e normas gerais estabelecidos pela União. Importa ainda que esses postulados sejam adaptados à realidade local. Forma-se, assim, verdadeiro condomínio legislativo em que as normas e princípios gerais são estabelecidos pela União e especificados pelas unidades federativas. O campo da legislação concorrente estabelece um ordenamento jurídico misto, elaborado simultaneamente pela União, pelos Estados e pelos Municípios.

A verticalização da competência não afetaria, em tese, a autonomia dos Estados-Membros, uma vez que os temas submetidos ao método vertical presumem-se de interesse comum aos Estados federados e à União. Diz-se, inclusive, que a técnica da verticalização de competências é bastante adequada aos Estados federados, como o Brasil, em que as dimensões continentais e as imensas disparidades econômicas, geográficas e culturais entre os Estados-Membros ensejam que a

³ Conforme previsto no artigo 102, I, f, da Constituição.

legislação estadual e municipal reflita as diversas realidades locais e propicie a prestação de serviços mais consentânea com as demandas do cidadão⁴. O estabelecimento de normas centrais por parte da União, e sua especificação pelos Estados federados atenderia aos postulados de harmonia entre os diversos ordenamentos do Estado (MELLO, 1937, p. 99-100).

A repartição vertical de competências, contudo, exige o fortalecimento das competências estaduais ao mesmo tempo em que exige a necessidade de uniformização de soluções para todo o país quando há tensão entre a força centralizadora da legislação sobre matérias relevante para a União e o exercício de competência concorrente por Estados e Municípios⁵. As margens de sobreposição de competência e as zonas de instabilidade conceitual, na prática, geram relevantes conflitos entre as unidades federativas e suas entidades personalizadas sobre os limites do poder de agir (*right to act*) e do poder de decidir (*right to decide*) em determinadas matérias.

O papel fundamental de manutenção do equilíbrio federativo é conferido ao Poder Judiciário, ao qual cabe se manifestar, em caráter definitivo, em sede de controle de constitucionalidade ou em ações dispersas, sobre o cumprimento da Constituição e, assim, sobre partilha de competências que ela estabelece. Pode-se afirmar que nesses conflitos o Poder Judiciário atua como um ator individual cuja concordância é necessária para que se tome uma decisão política.⁶

A despeito da relevância dessa atuação do Poder Judiciário na apreciação da temática, fato é que o Supremo Tribunal Federal tem alargado sutilmente sua competência para análise originária de controvérsias federativas, conforme será analisado. Não se trata de um exercício indevido ou ilegítimo de sua competência, mas da constatação de que houve ampliação interpretativa que culminou com a absorção de controvérsias outras que, tradicionalmente, não eram deslocadas para o espectro de cognição do Supremo Tribunal Federal.

⁴ Inúmeros estudos associam o modelo federativo a um modelo de Estado inclusivo das opções locais e próximo dos ideais de liberdade e bem-estar que nos Estados unitários. Neste sentido, Tiebout (1956, p. 416-424) e Buchanan (1995, p. 19-27). Outros estudos objetivam medir o grau de centralização ou descentralização da federação a partir de indicadores determinados. Veja-se, a esse respeito: Stepan (1999, p. 197-251), Abrucio (1998) e Arretche (2013).

⁵ É importante esclarecer que as competências concorrentes convivem com as competências comuns e privativas da União, dos Estados e dos Municípios, afirmando-se como tendência das Constituições tidas por Expansivas, mas sem prejuízo da repartição horizontal de competências com a estratificação entre o que é da competência exclusiva da União, dos Estados e dos Municípios.

⁶ Sobre a relevância do poder de veto para a estabilidade das políticas: Tsebelis (1997).

O substrato político de ordenação federal está na base do conceito de conflito federativo para fins de caracterização da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Disputas sem esse teor ficam fora da apreciação necessária e imediata do Tribunal da Federação, como indicam, entre vários outros precedentes, a ACO n. 447, de relatoria do Min. Cesar Peluso⁷, a Questão de Ordem no Mandado de Segurança n. 23.482 (BRASIL, 2002), de relatoria do Min. Ilmar Galvão, e o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 512.468 (BRASIL, 2008) de relatoria do Ministro Eros Grau.

A decisão de se atribuir o *status* de conflito federativo a determinada lide é imbuída de um grau considerável de discricionariedade. Há espaços interpretativos para que a Corte constitucional se valha de um juízo de conveniência e de oportunidade para examinar algumas causas que, mesmo com questionável potencial desagregador da federação, apresentam conteúdo social, política ou economicamente relevante.

Tal movimento de relativização desse critério de risco à unidade federal, notado em reiterados julgados do STF, tem estendido o conceito de conflito federativo, acarretando uma aplicação literal da alínea f do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal.

Nessa linha de extensão, o Supremo passou a entender que a única redução desenhada cabível na conceituação de conflito federativo opera-se em causas em que a disputa tivesse mero conteúdo patrimonial. É o que se depreende, por exemplo, do voto proferido pelo Relator da Ação Cível Originária – ACO n. 684⁸, Ministro Sepúlveda Pertence: “Para temas como esses, de cunho meramente patrimonial, é que entendendo sustentável a ‘redução teleológica’ a que procedeu o Tribunal na dicção literal do artigo 102, I ‘f’, da Constituição”. Passou-se de uma linha de compreensão estreita, segundo a qual os conflitos federativos não se resumiriam ao risco de iminente guerra civil ou similar, para se chegar a um espectro de atuação em que qualquer “controvérsia jurídica relevante sobre a demarcação dos âmbitos materiais de competência dos entes que compõem a federação” pode ser reconhecida como um conflito federativo e assim, conseqüentemente, englobar um sem número de questões, as quais teriam no Supremo Tribunal Federal sua única instância jurisdicional.

⁷ Publ. DJ de 3 de fevereiro de 2010.

⁸ Publ. DJ de 30 de setembro de 2005.

Essa perspectiva de se transformar a Suprema Corte em única instância de várias discussões tem-se concretizado em alguns julgados. Mesmo tendo definido que a redução teleológica da alínea f seria verificada somente em causas patrimoniais – conclusão expressa na ACO n. 684, julgada em 4 de agosto de 2005 –, o Tribunal, em 17 de novembro de 2005, vencido o ministro Marco Aurélio, entendeu ser competente para apreciar ação de repetição de indébito movida pelo Estado de São Paulo contra a União e o INSS, tendo em vista sua natureza de conflito federativo. Fala-se aqui da ACO n. 251 (BRASIL, 2006), na qual uma causa evidentemente de caráter patrimonial foi considerada um conflito federativo.

Será examinada, como ilustração desse movimento jurisprudencial, a Reclamação n. 2.549 (BRASIL, 2006), de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa⁹, por meio da qual o Supremo reconheceu como enquadrada da alínea f do inciso I do artigo 102 da Constituição de 1988 a lide estabelecida entre empresa pública estadual SUAPE e a agência reguladora federal Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, de natureza autárquica, responsável por sua fiscalização. Para tanto, foram destacados, como traços caracterizadores do potencial conflito federativo, “o significativo impacto patrimonial a ser suportado pela União ou pelo estado de Pernambuco, conforme o desfecho da controvérsia” e “a relevância federativa da controvérsia, por opor-se à pretensão do estado-membro a atuação administrativa de autarquia federal em matéria compreendida em competência privativa da União.

O caso do Porto de SUAPE, nessa ótica, é tomado como caso ilustrativo da absorção, pelo Supremo Tribunal Federal, de causas que não apenas toquem a organização política dos Estados ou disputas patrimoniais federativas, mas igualmente reverberem na organização dos serviços públicos em diversos aspectos, tais como alocação patrimonial, competência de implantação e execução do serviço e sujeição ao órgão regulador.

Será tratada, portanto, não a solução jurídica dada ao caso do Porto de SUAPE – que, até o presente, ainda pende de solução definitiva – mas a decisão primeira do Supremo Tribunal Federal, ou seja:

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n° 2.549/PE. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 30 mar. 2006. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=153&dataPublicacaoDj=10/08/2006&incidente=2196518&codCapitulo=5&numMateria=23&codMateria=1>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

aquela que reconheceu que o litígio travado no Estado de Pernambuco deveria ser encaminhado à apreciação originária do Supremo Tribunal Federal por se tratar de um “conflito federativo”. Para tanto, serão tomadas as justificativas da centralização do julgamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e, em especial, as consequências de tal interferência para a compreensão do federalismo no Brasil.

Os precedentes, para além de indicarem aumento quantitativo do quociente de conflitos federativos assim reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, indicam alargamento do próprio conceito de conflito federativo e, por consequência, do feixe de matérias submetidas originalmente à competência do Supremo Tribunal Federal. Menos importa, assim, a conclusão de julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre as razões de um polo ou outro da disputa. Pretende-se arrolar decorrências da centralização dos conflitos em matéria de serviços públicos (v.g., o serviço portuário) no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com a colocação da União – a pessoa jurídica de direito público interno e não a unidade que caracteriza a forma federativa de Estado – em posição de destaque no conflito, reforçando jurídica e politicamente as posições de centralização da autoridade em detrimento dos demais entes federados.

3. A qualificação de demandas de titularidade de serviços públicos como conflitos federativos

Tradicionalmente, a jurisprudência constitucional da Suprema Corte foi cautelosa no delineamento do conflito federativo, num entendimento que pode ser observado desde a Constituição de 1891. Sob a égide do texto de 1988, o entendimento do STF acerca do conflito federativo manteve-se, de início, consideravelmente restritivo, limitando ao máximo o reconhecimento de sua existência e tornando sua apreciação pela Corte algo excepcional. As causas e os conflitos mencionados na referida alínea f do inciso I do artigo 102 da CF seriam somente aqueles com potencial desagregador da federação, ou seja, aqueles nos quais seria necessário harmonizar as diversidades em nome da unidade.

Na dinâmica de qualificação de determinado litígio como conflito federativo, dois grupos temáticos são assaz recorrentes e retratam o modelo constitucional dos Estados Federados modernos. O primeiro diz respeito à autonomia dos Estados Federados para organizarem os seus

poderes. A resposta do Supremo Tribunal Federal diz respeito à maior ou menor necessidade de observância do modelo federal.¹⁰

Precedentes como da ADI n. 819/RR¹¹, acerca da aplicação aos Governadores de Estado das prerrogativas e poderes conferidos ao Presidente da República, demonstram tendências centralizadoras e prestigiadoras da simetria ou similitude entre o modelo da União e as unidades subnacionais.

Em outro grupo de hipóteses, igualmente comum, discute o Supremo Tribunal Federal qual a teoria que deve prevalecer no momento da auto-organização dos Estados-Membros. Nesses casos, pendula a compreensão do Supremo Tribunal Federal entre uma rígida separação entre os poderes estatais ou a possibilidade de limitação recíproca entre os diversos poderes. É o caso das ADI n. 165/MG, ADI n. 1.857/SC e ADI n. 462/BA sobre a subordinação de decisões do Executivo estadual à aprovação da Assembleia Legislativa.

A Reclamação 2.549 é representativa de um terceiro grupo de hipóteses elevadas pelo Supremo Tribunal Federal ao patamar de conflitos federativos. Trata-se de casos em que a demanda diz respeito ao exercício de competências constitucionais sobre a organização de serviços públicos. A competência constitucional para a organização de serviços públicos corresponde a um círculo de deveres para consecução dos quais se assegura um plexo de poderes instrumentais. Poderes estes que dizem, por exemplo, com a regulação setorial do serviço, com a delegação do serviço a particulares e com a orientação de despesas para fins fiscais.

A elevação de demandas relativas à organização de serviços públicos ao *status* de conflitos federativos realça sua dimensão e sua relevância para o modelo federativo brasileiro. No caso do Porto de Suape, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, no cumprimento do seu dever de avocar a competência para decidir demandas que comprometam a estrutura federativa brasileira, coloca, ao lado de questões tangentes à estrutura interna dos poderes e aos mecanismos de controle entre eles (*checks and balances*), questões tangentes à partilha de competências e atribuições entre os entes para decisão, implantação e execução de serviços públicos, o que, por decorrência, deságua em opções

¹⁰ Cite-se, a esse respeito, o precedente da ADI n. 819/RR (BRASIL, 1993), acerca da aplicação aos Governadores de Estado das prerrogativas e poderes conferidos ao Presidente da República. No mesmo sentido, ADI n. 877/AP.

¹¹ No mesmo sentido, ADI n. 877/AP.

que impactarão na boa organização dos serviços públicos: na alocação patrimonial, na gestão de recursos, na sujeição ao órgão regulador e na submissão ao controle da Administração Pública.

Nas primeiras hipóteses, o conflito federativo traduz-se em um embate sobre aspectos tipicamente organizativos e estruturais¹², caros, portanto, às Constituições liberais e tradicionalmente afetos à organização federativa do país. Na hipótese de demandas jurídicas referentes à organização dos serviços públicos, o *status* jurídico de conflito federativo representa o reconhecimento da relevância da boa execução de políticas setoriais para a ordem federativa e, por consequência, do papel das unidades federativas no cumprimento dos atributos promocionais de Estado Social para a própria organização da federação.

Sobe-se o degrau da estrutura federativa emoldurada pelas opções meramente formais do legislador constituinte para se alcançar conflitos cujo tema é, em miúdos, a distribuição de autoridade entre níveis de governo: o *right to decide* (autoridade para decidir) e o *right to act* (direito de agir) em tema de serviços públicos.

Foi o caso da Ação Cível Originária n. 1456 (BRASIL, 2013), com pedido de tutela antecipada, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT em face do Estado de Santa Catarina, com o objetivo de suspender a eficácia de lei estadual, por inconstitucionalidade, que obrigou as agências postais de instituírem serviços de segurança. Entendeu-se, no caso, que o exercício do poder de polícia pelo município poderia comprometer o funcionamento do serviço federal monopolizado, que a ECT desempenha.

Em outra hipótese, Reclamação n. 3.074 (BRASIL, 2005), reconheceu-se a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar ação civil pública em que o Estado de Minas Gerais, no interesse da proteção ambiental de seu território, pretendia impor exigências à atuação do Ibama no licenciamento de obra federal: o projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional. Reconheceu-se, *in casu*, a existência de conflito federativo, em que o eventual acolhimento da demanda acarretaria reflexos diretos sobre o tempo de implementação e sobre a própria viabilidade de um projeto de grande vulto do governo da União.

¹² Nessa senda, encontram-se discussões acerca da necessidade de autorização para o Governador se ausentar do Estado, a possibilidade de nomeação e exoneração de Secretários de Estado, a Responsabilidade Penal do Governador e com a simetria entre carreiras nas unidades federativas.

Vê-se que o crivo de atuação do Supremo Tribunal Federal não é propriamente a antevisão de conflito real de secessão de unidade federativa, mas, mormente, a busca pela centralização da decisão acerca do exercício das competências várias em que se desdobra a prestação dos serviços públicos: desde a decisão Administrativa, passando por sua implementação pelo exercício do controle pelo órgão regulador. Reconhece-se, assim, que controvérsias sobre a gestão de serviços, aparentemente distantes das margens de um conflito federativo, repercutem, sim, no resguardo do equilíbrio federativo e na coexistência prática dos entes federados no Brasil.

Anote-se que os atributos promocionais do Estado não são novidade em tema de serviços públicos, mas foram sensivelmente incrementados após o advento de um modelo de Estado Social. A execução de tais atributos enfrenta os desafios de identificação das verdadeiras preferências dos cidadãos, nem sempre reveladas no voto¹³ e a existência de cenários institucionais aptos a absorver essas preferências o que, para alguns autores, seria facilitado pelos modelos de concentração de autoridade e de redução das arenas decisórias¹⁴.

Nesse contexto, passa-se à análise do caso específico do Porto de Suape, em que se reconheceu o potencial de desestabilização do pacto federativo tendo em vista: (i) o significativo impacto patrimonial a ser suportado pela União ou pelo Estado de Pernambuco, conforme o desfecho da controvérsia e (ii) a relevância federativa da controvérsia, por opor-se à pretensão do Estado-Membro a atuação administrativa de autarquia federal em matéria compreendida em competência privativa da União.

4. O caso do Porto de Suape

SUAPE – Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros é empresa pública estadual autorizada pela Lei Estadual nº 7.763, de 7 de novembro de 1978, cuja finalidade é conduzir a implantação do distrito industrial, o desenvolvimento das obras e a exploração das atividades portuárias. Por um convênio firmado em 9 de abril de 1992 entre a União e o Estado de Pernambuco, a administração do serviço

¹³ Neste sentido, Tiebout (1956, p. 416-424).

¹⁴ Neste sentido, Immergut (1996).

público portuário de Suape cabe ao Governo do Estado de Pernambuco, através da empresa SUAPE.

Pela modelagem de serviço portuário adotada, no Porto de Suape as áreas de operação e armazenagem ficam sob os cuidados de empresas privadas, ao passo que a infraestrutura portuária é de responsabilidade da empresa pública, que, por um sistema concentrador e distribuidor de cargas, atrai a instalação de indústrias, empresas portuárias e de armadores internacionais.

4.1. A partilha de competência em matéria portuária

A Constituição Federal de 1988 repisa tradição constitucional brasileira no sentido de que o desenvolvimento da atividade portuária no Brasil é direcionado à titularidade da União, à qual cabe competir sua exploração direta ou mediante concessão, permissão ou autorização, segundo se extrai do art. 21, XII, “f”.

Ao fixar as premissas da ordem econômica, a Carta Magna estabeleceu ainda, em seu artigo 175, que a prestação de serviços públicos seria feita diretamente pelo poder público ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre precedido de licitação.

Da leitura dos comandos constitucionais acima, verifica-se a competência material da União de oferecer à sociedade o serviço público correspondente à movimentação de cargas e passageiros através de infraestruturas portuárias.

Nada obstante, a Lei n. 9.277/96 autorizou a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, a delegar aos Municípios, Estados e ao Distrito Federal a administração e exploração de portos federais, a serem realizadas mediante convênio (art. 3º), podendo a atividade ser exercida diretamente pela pessoa jurídica de direito público ou mediante concessão. Pode a União, portanto, sem perder a titularidade (*right to decide*) optar por autorizar entes federativos menores a executarem o serviço público portuário (*right to act*), cabendo ao ente menor explorar o porto diretamente ou por meio de concessão.

Poderá a União, ademais, fazer constar cláusula no convênio prevenindo a possibilidade de aplicação da legislação do Município, do Estado ou do Distrito Federal na cobrança de tarifa portuária, ou de outra forma de cobrança cabível para o investimento no próprio serviço. Fica, enfim, circunscrita ao poder decisório da União a possibilidade

de serem destinados recursos financeiros à construção, conservação, melhoramento e operação dos portos.

Sobre a relevância do serviço público portuário para a efetivação dos objetivos federativos, diz Clèmerson Merlin Clève (2009, p. 329-356):

Com efeito, diante da relevância da infraestrutura portuária para a efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, verifica-se que a consecução desses escopos realiza-se mediante as atividades portuárias que se enquadram na qualificação do serviço público, notadamente porque, sobre elas, irradiam efeitos os princípios da continuidade, universalidade, isonomia. E, de outro lado, porque, quando se trata de atividades econômicas *stricto sensu*, predominam os princípios inerentes ao regime da iniciativa privada que, por seu turno, podem gerar discriminações, restrições, descontinuidades, afinal o interesse precípuo será o lucro, logo há e haverá, muito provavelmente, à guisa de exemplo, situações em que os terminais privativos de uso misto priorizam o escoamento de cargas de grandes empresas e grupos em detrimento de clientes menos expressivos, vez que naquelas obterão melhor resultado. (CLÈVE, 2009, p. 329-356)

Da tensão entre as posições jurídicas da União e dos entes federativos responsáveis pela execução do serviço público, nascem querelas assumidas pelo Supremo Tribunal Federal como conflitos federativos. No caso dos serviços portuários, de um lado tem-se a União competente por legislar sobre o serviço que é de sua titularidade (*right to decide*). De outro, se tem o poder de agir dos entes federativos menores, que juridicamente se traduz na conformação material às margens da lei abstrata.

4.2. A Reclamação n. 2.549

A Reclamação n. 2.549 foi movida pela autarquia federal Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, com a pretensão de preservar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar

e julgar causa movida pelo Estado de Pernambuco e pela empresa pública estadual Suape (Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros) contra a autarquia federal ANTAQ, reclamante.

Na ação ordinária, proposta perante a Justiça Federal pela empresa pública estadual SUAPE e pelo Estado de Pernambuco contra a ANTAQ, pretendia-se manter a outorga para a exploração de serviço portuário concedido pela União para o porto de Suape sob o regime jurídico da “autorização”. Mais do que uma opção por um regime simplificado, a manutenção do regime das autorizações livraria o Estado de Pernambuco do risco de reversão dos bens afetados à prestação do serviço para o patrimônio da União. O principal argumento do Estado de Pernambuco era no sentido de que os altos investimentos vertidos para a construção e operação do porto não poderiam redundar na reversão dos bens para o patrimônio da União após esgotado o prazo da delegação do serviço da União para o Estado de Pernambuco.

A lide entre os entes federados motivou a autarquia federal a promover a Reclamação n. 2.549 perante o STF, para a preservação de sua competência em hipótese de conflito federativo. Inicialmente, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região fixou a competência da Justiça Federal local para processar e julgar o feito.

Pelos argumentos da ANTAQ na Reclamação, a controvérsia traria grave potencial ofensivo ao pacto federativo, por versar sobre a titularidade da prestação de serviços públicos de competência privativa da União e sobre a destinação de bens e recursos federais aplicados na estruturação do Porto de Suape.¹⁵ Em vista disso, pugnou-se pelo cancelamento da ação em curso perante a Justiça Federal e pelo encaminhamento da demanda sob as condições de um conflito federativo típico.

O Relator do processo, Ministro Joaquim Barbosa, prontamente deferiu a medida liminarmente pleiteada e determinou a suspensão do feito que tramitava perante a Justiça Federal até a decisão final da Reclamação.

A iniciativa de alçar a controvérsia ao *status* de conflito federativo não foi acompanhada pelo Estado de Pernambuco. Para este, a ação intentada não trazia conteúdo apto a ensejar um conflito federativo entre as partes. O Estado de Pernambuco, pelo contrário, questiona

¹⁵ Fundamento legal: art. 103, I, “f” c.c. art. 103, I, “l”, ambos da Constituição Federal.

a posição assumida pela ANTAQ de questionar as antigas outorgas de serviço público que, pela agência reguladora, deveriam ser ratificadas mediante a adaptação de suas disposições às normas da ANTAQ.

Na esfera administrativa, a adaptação das disposições da outorga foi requerida pelo Estado de Pernambuco e pela empresa SUAPE à ANTAQ. A autarquia federal negou a ratificação da outorga ao argumento de que a organização do serviço portuário não poderia se dar pelo instrumento jurídico da “autorização”. Contra essa negativa se insurgiram o Estado de Pernambuco e a empresa SUAPE através de ação ordinária promovida perante a Justiça Federal de Pernambuco.

Para a ANTAQ, haveria deliberado intuito da empresa pública e do Estado de Pernambuco de restringir a competência da União para explorar o serviço público federal portuário. Teria havido ainda falha na aplicação da regulamentação legal inerente ao dispositivo contido no art. 21, XI, “f” da Constituição Federal, que explicita a exploração indireta dos serviços portuários por meio de concessão precedida de licitação. Nega-se a possibilidade de se atribuir ao Estado de Pernambuco a exploração indireta do serviço portuário mediante mera “autorização” após a Constituição Federal de 1988.

O parecer do Procurador-Geral da República foi positivo, no sentido de fazer prevalecer a competência originária do STF. Citando alguns trechos da fundamentação exarada pela Advocacia-Geral da União, o PGR entendeu que o conflito instaurado reveste-se de grande capacidade ofensiva ao pacto federativo, porquanto o Estado de Pernambuco teria usurpado a competência privativa da União para explorar as instalações portuárias de uso público, sem autorização legal para tanto.

5. A decisão do Supremo Tribunal Federal na Reclamação n. 2.549

O fundamento da qualificação jurídica de determinada atividade como serviço público é o pressuposto da coesão social e geográfica de determinado país e da promoção da dignidade de seus cidadãos. Os serviços públicos são prestações sem as quais as pessoas se desvestem daquele mínimo que se requer para a viabilização de uma vida adequada. A configuração do Estado brasileiro como um Estado social e democrático fortalece a vinculação dos poderes ao dever de cumprimento do programa constitucional de organização de serviços públicos o que, na

federação, se dá pela participação indispensável dos entes menores na execução desses serviços.

O Supremo Tribunal Federal, atento ao reflexo federativo da organização dos serviços públicos e tendente, pela sua jurisprudência, a reforçar a competência do governo central¹⁶, liminarmente, assumiu sua competência originária para decidir o conflito entre o Estado de Pernambuco, a empresa pública SUAPE e a ANTAQ.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal, por maioria¹⁷, (i) pelo significativo impacto patrimonial a ser suportado pela União ou pelo Estado de Pernambuco, conforme o desfecho da controvérsia e (ii) pela relevância federativa da controvérsia, porque se opunha à pretensão do Estado-Membro a atuação administrativa de autarquia federal em matéria compreendida em competência privativa da União.

Entenderam os Ministros que a análise da reclamação submeteria à Corte um problema de “duplo viés”: de um lado, a decisão pela competência do STF para julgar causa entre a União e os Estados, inclusive entidades da administração indireta; de outro, decisão sobre os limites da noção de conflito federativo.

Tradicionalmente, a jurisprudência é no sentido de que a mera existência de causa envolvendo autarquia federal e Estado-Membro não atrai, *per se*, a competência do STF. A competência originária da Corte constitucional justificar-se-ia pela existência de um verdadeiro conflito federativo, este por sua relevância e pelo risco de desequilíbrio do pacto federativo.

Para os Ministros que votaram pela procedência da Reclamação, no limite, a noção de conflito federativo alcançaria discussões sobre a extensão da competência da União para decidir sobre a exploração de serviços públicos portuários. A estabilidade do pacto federativo não prescindiria da delimitação dos papéis do ente outorgante e do ente delegatário na execução do serviço.

Ao lado da decisão sobre a extensão da competência da União para decidir sobre a exploração de serviços, reconheceu-se de

¹⁶ A esse respeito, Oliveira (2009, p. 223-250).

¹⁷ O voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa, foi acompanhado pelos Ministros Eros Grau, Celso de Melo, Cesar Peluso, Ellen Gracie e Sepúlveda Pertence. Em votação divergente, liderada pelo Ministro Carlos Ayres Brito, entenderam os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, se tratar de uma questão menor, cujo teor não coloca em xeque o equilíbrio federativo e apenas objetiva esclarecimento sobre o enquadramento jurídico da atividade portuária desenvolvida pela empresa pública SUAPE.

repercussão federativa o impacto patrimonial a ser suportado pela União ou pelo Estado de Pernambuco conforme o desfecho da controvérsia.

Conforme pretendido pela ANTAQ, na hipótese de o regime jurídico da prestação do serviço portuário ser modificado do modelo da “autorização” – como nos casos de terminais privativos misto – para o modelo da “concessão” - típico da exploração de instalações de portos organizados – ao fim do termo de outorga todos os bens afetados à atividade da empresa pública SUAPE – móveis e imóveis, materiais e imateriais – seriam revertidos à União, independentemente da origem dos investimentos. A dominialidade do porto, nesse sentido, adensou a argumentação dos Ministros pela existência do conflito federativo. A disputa patrimonial ofenderia, em tese, valor essencial do pacto federativo, que é a preservação da harmonia entre as entidades políticas que o integram.

A decisão do STF, portanto, enuncia três movimentos do Supremo Tribunal Federal no tratamento de conflitos federativos em tema de serviços públicos. *Primo*, a atribuição do status conflitos federativos a lides sobre a distribuição de autoridade entre níveis de governo em matéria de serviços públicos. O amplo espaço de atuação da União em matéria de serviços públicos lega às unidades federativas menores o papel de executoras das políticas enunciadas pela União. Essa dinâmica, para além de sua relevância no cumprimento dos desideratos do Estado social, foi tomada pelo Supremo Tribunal Federal como ínsita à manutenção do pacto federativo.

Secundo, a decisão do Supremo Tribunal Federal repisa sua posição central de árbitro dos conflitos federativos em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. O alargamento do conceito de conflito federativo para alcançar a dinâmica da distribuição de competências em tema de serviços públicos atrai para o Supremo Tribunal Federal discussões organizacionais acerca do custeio dos serviços, da proteção do patrimônio afetado e do regime jurídico dos contratos, matérias que, no plano jurídico, assumem centralidade decisória¹⁸.

¹⁸ O movimento de centralização das decisões judiciais na esfera do Supremo Tribunal Federal acompanha longa tradição no Estado brasileiro de centralização das decisões políticas no governo central, com especial redução da autonomia dos governos subnacionais para decidir sobre suas próprias políticas. A respeito: Arretche (2012).

Por último, o precedente trazido ao prestigiar a ação da agência reguladora federal ANTAQ, reforça a posição de centralidade da União no plano da regulação de serviços públicos a cargo dos governos subnacionais. A assunção, pela União Federal, da atividade regulatória coloca-a – frente às unidades federativas menores executoras de serviços públicos – no papel de mediadora ativa de interesses de mercado; de interlocutora entre atores sociais e econômicos. São editadas normas específicas aderentes a cada setor e editadas pautas de atuação que adensam a posição prestigiosa da União, que já é de destaque em tema de serviços públicos pelo exercício de competências constitucionais.

6. Conclusão

Pretendeu-se apresentar, a partir da análise de um caso concreto, a orientação do Supremo Tribunal Federal para a qualificação, como conflitos federativos, de querelas sobre a competência pela organização de serviços públicos. Na hipótese do Porto de Suape, analisaram-se as implicações federativas do desfecho da demanda que foram sublinhadas pelo Supremo Tribunal Federal como determinantes à qualificação daquela controvérsia como conflito federativo.

O Supremo Tribunal Federal, no papel de árbitro dos conflitos federativos, acompanhando a evolução das Ciências Políticas e Jurídicas sobre a matéria federativa, ampliou seu espectro de compreensão sobre o que seriam esses conflitos desestabilizadores do pacto federativo e se colocou em papel de destaque frente o desenho institucional adotado pela federação brasileira. Não se pode dizer que houve uma opção do Supremo Tribunal Federal pela intervenção na organização de serviços públicos, mas, sim, um novo olhar sobre uma matriz de litígios – travados acerca da regulação de serviços públicos – que, por uma evolução interpretativa, passou a caber sob o guarda-chuva dos “conflitos federativos”. Disso decorre a intervenção do Supremo Tribunal Federal sobre a organização dos serviços públicos não como uma causa, mas, sim, um efeito significativo de sua interpretação contemporânea sobre a noção de “conflito federativo”.

Vale lembrar, conforme trazido por Vanessa Elias de Oliveira (2009, p. 223-250), que o número de ações não julgadas pelo Supremo Tribunal Federal – cerca de 60% do total – é extremamente alto. Diria a autora, tomadas as delongas de julgamento, que o Poder Judiciário estaria se eximindo de julgar os conflitos federativos e, portanto, omitindo-se no

cumprimento de seu papel de ser “freio e contrapeso” no cabo de guerra entre os entes federados no federalismo brasileiro. O alto número de ações não julgadas não significaria escusa do Poder Judiciário de julgar os conflitos federativos, mas apenas demonstra a fragilidade da utilização do Poder Judiciário como árbitro de tais contendas, em especial quando há necessidade de respostas rápidas para o caso.

Fato é que a expansão conceitual da ideia de conflitos federativos para alcançar temas que versam sobre a organização de serviços públicos faz reverberar, na temática federativa, a compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca de noções, tais como os limites do exercício da competência privativa da União em tema de serviços públicos, os limites de atuação das Agências Reguladoras (autarquias federais) sobre entes menores da federação por ocasião da organização de serviços públicos a estes acometidos e mesmo predileções da Corte constitucional pela centralização ou descentralização do arranjo federativo no Brasil. As consequências da ampliação da jurisdição constitucional em tema de conflitos federativos não se resumem ao diferimento no tempo da decisão definitiva acerca da controvérsia, portanto, mas à centralização da própria prestação jurisdicional e a reunião de todos os debates em uma mesma arena decisória.

Ao que se pretendia tratar com o presente trabalho, da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal lançada na Reclamação n. 2.549 inferem-se tendências centralizadoras, de prestígio à preservação das normas que repisam a posição jurídico-subjetiva da União de titular do serviço público portuário. Neste sentido, o STF anteviu um risco federativo na eventual ação integrativa do Estado de Pernambuco que, no desempenho da organização do serviço portuário (*right to act*), vulnerasse os limites a competência privativa da União (*right to decide*).

Não se pode perder de vista, ademais, que elementos da controvérsia foram considerados, pela decisão do Supremo Tribunal Federal, preditores de um conflito federativo. Na Reclamação n. 2.549, dois aspectos da controvérsia travada entre o Estado de Pernambuco, o Porto de Suape e a ANTAQ foram fundamentais para a atribuição do status de conflito federativo ao litígio, a saber: i) o significativo impacto patrimonial conforme o desfecho da controvérsia, e ii) a existência de oposição entre a pretensão de um Estado-Membro e a atuação administrativa de autarquia federal (Agência Reguladora) em matéria compreendida na competência privativa da União.

É sabido que a União possui alta abrangência de temas sobre os quais detém o poder de decidir e pode inaugurar legislação em um

grande número de arenas diferentes. Em matéria de serviços públicos, o governo federal pode não apenas definir em termos de política legislativa toda a moldura normativa do serviço como igualmente assumir sua execução integralmente, optando por modelos até mesmo monopolistas, isto é, impeditores de qualquer tipo de competição. Por outro prisma, escolhas constitucionais que confirmam aos governos subnacionais ampla autoridade sobre as políticas públicas implicam desigualdade de acesso a serviços (ARRETCHE, 2013, p. 39).

As zonas conflituosas são enormes e as matérias de serviço público são extensas. E as numerosas normas expressas na Constituição Federal, que organizam os serviços públicos, nem sempre fazem corresponder à competência legislativa à competência material, de implementação, manutenção e controle do serviço.

O recrudescimento dos limites que incidem sobre o exercício do poder de organização dos serviços públicos pelas unidades menores tenderá, no plano do exercício das competências constitucionais, à maior centralização do Estado federal, com o deslocamento das arenas de decisão, em tema de serviço público, para a União.

A definição do conflito federativo é a chave para a determinação da abrangência da intervenção do Supremo Tribunal Federal nas disputas de poder entre os diferentes entes federados. Qualquer questão de índole constitucional tem, em tese, condições de ser apreciada pelo STF independentemente de sua classificação ou não como conflito federativo.

Entretanto, sendo a controvérsia classificada como um conflito federativo, abre-se a competência originária do Supremo prevista na alínea f do inciso I do artigo 102 da Carta da República, impedindo que qualquer outro órgão do Poder Judiciário sobre ela se manifeste, em situação que reforça o papel do Tribunal como definidor do federalismo brasileiro e faz com que suas determinações nessa matéria sejam mais definitivas e interventivas. Quanto maior for a extensão do conceito de conflito federativo, maior o poder real do STF na fixação dos contornos da federação brasileira.

Dessa análise, pode-se referenciar algumas conclusões trazidas por Carlos Bastide Horbach (2013) em reflexão sobre o federalismo brasileiro e a atuação do Supremo Tribunal Federal nos últimos vinte e cinco anos, em especial em matéria de conflito federativo.

Primeiramente, o estudo da decisão referida neste trabalho corrobora entendimento no sentido de que o Supremo Tribunal Federal

desempenha papel fundamental na definição dos reais contornos do Estado federal brasileiro, interferindo no desenho institucional real e efetivo do pacto federativo nacional. Tal constatação é indicativa de que a compreensão do sistema federal brasileiro passa não só pela estrutura das instituições políticas,¹⁹ como também pelas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Assentada essa posição nuclear da Corte constitucional, também se reconhece que o Supremo Tribunal Federal tem atuado menos como um Tribunal da Federação e mais como um Tribunal da União, tal qual nos casos em que se transforma em “foro privilegiadíssimo no qual a União litiga com os Estados em controvérsias que muitas vezes passam ao largo do verdadeiro conflito federativo” (HORBACH, 2013).

Atuando como Tribunal da União, o Supremo Tribunal Federal concentra decisões jurídicas e políticas que transcendem aquelas relacionadas à sua função de árbitro das instabilidades federativas, tolhendo, não raro, o acompanhamento das particularidades locais e padronizando em demasia questões que poderiam ficar a cargo da autoridade dos governos locais. Auxilia, assim, no fortalecimento da União na centralização do poder, na redução das arenas decisórias e no desenho do que se chamaria de um Estado unitário de fato ou de uma federação meramente semântica em que mesmo a participação dos governos locais na boa execução de políticas públicas é acompanhada de perto pela moldura regulatória estabelecida pelo governo central.

¹⁹ Sobre a relevância da análise das instituições políticas de cada país e das regras do jogo estabelecidas constitucionalmente para fins de alcance de resultados favoráveis às pretensões dos diversos grupos de interesse, veja-se Immergut (1996).

Referências

ABRUCIO, F. L. *Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARRETCHE, M. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV: Fiocruz, 2012.

_____. Demos-constraining or demos-enabling federalism? Political institutions and policy change in Brazil. *Journal of Politics in Latin America*, v. 5, n. 2, 2013.

_____. Quando instituições federativas fortalecem o governo central? *Novos Estudos – Cebrap*, v. 95, p. 39, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9277.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 251. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 jun. 2006. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=110&dataPublicacaoDj=09/06/2006&incidente=1446401&codCapitulo=5&numMateria=18&codMateria=1>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 1.456. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 5 nov. 2013. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=218&dataPublicacaoDj=05/11/2013&incidente=4349437&codCapitulo=2&numMateria=31&codMateria=4>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade no 165/MG. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 26 set. 1997. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=186&dataPublicacaoDj=26/09/1997&incidente=1493280&codCapitulo=5&numMateria=29&codMateria=2>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 462/BA. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 18 fev. 2000. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=35&dataPublicacaoDj=18/02/2000&incidente=1515980&codCapitulo=5&numMateria=3&codMateria=2>>. Acesso em: mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 819/RR. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 2 abr. 1993. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=&dataPublicacaoDj=02/04/1993&incidente=3719679&codCapitulo=5&numMateria=25&codMateria=1>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.857/SC. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 7 mar. 2003. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=45&dataPublicacaoDj=07/03/2003&incidente=1718903&codCapitulo=5&numMateria=5&codMateria=1>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 512.468. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 6 jun. 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=102&dataPublicacaoDj=06/06/2008&incidente=3630701&codCapitulo=5&numMateria=18&codMateria=3>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Mandado de Segurança nº 23.482. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 5 abr. 2002. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365486>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.549. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 30 mar. 2006. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=153&dataPublicacaoDj=10/08/2006&incidente=2196518&codCapitulo=5&numMateria=23&codMateria=1>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 3.074. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 30 set. 2005. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=189&dataPublicacaoDj=30/09/2005&in>

cidente=2268512&codCapitulo=5&numMateria=30&codMateria=1>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BUCHANAN, James M. Federalism as an ideal political order and an objective for constitutional reform. *Publius: the Journal of Federalism*, v. 25, n. 2, p. 19-27, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Relevância e imprescindibilidade da infraestrutura portuária. Desenvolvimento e soberania nacionais. Serviços públicos e preceitos constitucionais fundamentais (valores essenciais e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil). Terminais portuários privativos mistos, outorga de autorização e atividade econômica *stricto sensu*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 105, n. 402, p. 329-356, mar./abr. 2009.

HORBACH, Carlos B. A postura do STF em questões de conflito federativo. *Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-04/observatorio-constitucional-postura-stf-questoes-conflito-federativo>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

IMMERGUT, Ellen M. As regras do jogo: a lógica da política de saúde na França, na Suíça e na Suécia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 30, 1996.

MELLO, Oswaldo Aranha B. *Natureza jurídica do estado federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937. p. 99-100.

OLIVEIRA, Vanessa E. Poder judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e união. *Lua Nova*, São Paulo, n. 78, p. 223-250, 2009.

STEPAN, A. Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: federações que restringem ou ampliam o poder do *demos*. *Dados*, v. 42, n. 2, p. 197-251, 1999.

TIEBOUT, Charles M. A pure theory of local expenditures. *Journal of Political Economy*, n. 64, p. 416-424, out. 1956.

TSEBELIS, G. Processo decisório em sistemas políticos: *veto players* no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n. 34, 1997.

A interpretação da Constituição por uma sociedade aberta

Eutálio Porto

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Sumário: 1. O protagonismo da sociedade no processo de interpretação da Constituição; 2. A função dos princípios no processo de interpretação constitucional; 3. Mutação constitucional.

1. O protagonismo da sociedade no processo de interpretação da Constituição

As constituições democráticas, em geral, são elaboradas por uma assembleia constituinte eleita pelo voto popular cujo mister é aprovar um conjunto de normas em sintonia com a vontade social. Essa assembleia consiste, por isso, no *Poder Constituinte Originário* e recebe por delegação uma competência ilimitada do ponto de vista jurídico.

Esse Poder Constituinte, a despeito de ser ilimitado juridicamente porque fora eleito para fazer a lei máxima de um Estado, ou seja, inaugurar uma nova ordem jurídica, não pode desviar da delegação recebida, aprovando normas contrárias à orientação social, pois, sob este aspecto ela é limitada. De modo que o fato de não ter parâmetros jurídicos não implica em dizer que os constituintes tudo podem, ao contrário, devem estar atentos para, além da limitação social recebida, também observarem os preceitos suprapositivos aclamados pela ordem democrática internacional que resguardam, entre outros, o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

O Poder Constituinte Originário, ao encerrar sua delegação mediante a promulgação da Constituição, é substituído pelo Poder Legislativo que recebe a atribuição de reformar a Constituição quando necessário e também legislar ordinariamente, ou seja, elaborar as normas infraconstitucionais. Assim, quando o Poder Legislativo atua na

condição de reformador da Constituição, promovendo modificações por intermédio de emenda à constituição, é ele investido neste momento da função de *Poder Constituinte Derivado*.

Além do Legislativo, outro poder recebe uma importante missão, no caso o Poder Judiciário, cujo objetivo é garantir a supremacia da nova ordem constitucional por um processo de interpretação que lhe confere o direito de expulsar normas incompatíveis com a Constituição ou afastar violações praticadas contra seus comandos, e isto, em última instância, é realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

De sorte que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário são responsáveis pela garantia da nova ordem constitucional, tendo o primeiro a missão de reformar a Constituição além de exercer o *controle preventivo da constitucionalidade*, e o Poder Judiciário, que interpreta a Constituição garantindo juridicamente a sua supremacia e, neste contexto, exerce o *controle repressivo da constitucionalidade*, porque atua após a entrada em vigor de uma nova lei e, estando ela em desacordo com a Constituição declarar-se-á sua inconstitucionalidade.

Tanto a interpretação quanto a elaboração de leis seguem regras rígidas, pois, há um processo legislativo para a elaboração das leis e o um processo judicial para a interpretação, ou seja, são instrumentos legais para que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário exerçam suas funções. Mas isso não implica em dizer que estão esses Poderes imunes à orientação e influência do conjunto da sociedade, considerando que modernamente há uma simbiose entre a estrutura institucional do Poder Judiciário e a vontade popular no tocante à interpretação da Constituição, já que diversos são os mecanismos que possibilitam a presença da sociedade no processo de interpretação e que fazem chegar até às autoridades a voz das ruas.

A interpretação constitucional tem um viés diferente das demais interpretações feitas nos litígios envolvendo particulares decorrentes de normas infraconstitucionais, posto que sua ressonância poderá abranger toda a sociedade, situação que, em regra, não acontece nos casos particulares, cuja decisão tem como premissa fazer leis entre as partes, mas a Constituição, por ser o pacto social de maior relevância na ordem jurídica, tem a peculiaridade de ser abrangente, por isso, é possível que sejam examinadas ações perante o Supremo Tribunal Federal sem que a parte interessada tenha um caso concreto a ser decidido, ou seja, admite-se o conhecimento de ações para discutir direito em tese, e mesmo nos casos particulares quando envolve norma constitucional

pode a decisão ter caráter de *repercussão geral*, convertendo o Supremo Tribunal Federal a decisão para toda a sociedade.

Em razão da abrangência social das normas constitucionais é conferida a diversas entidades representantes da sociedade civil legitimidade para questionar eventuais deslizes no cumprimento da Constituição ou mesmo em relação a leis consideradas inconstitucionais, mesmo que concretamente estas entidades não estejam sendo atingidas pela norma, mas, por meio de representação a sociedade participa do controle da constitucionalidade, conforme previsão contida no art. 103 da Constituição Federal.

Com isso se constata que, com a promulgação da Constituição, se por um lado institucionaliza-se o processo de interpretação e elaboração de leis, por outro lado estas tarefas não ocorrem longe das vistas da sociedade ou neutralizando a voz popular, posto que o julgador que examina uma ação que envolva matéria constitucional não o faz desconectado da interpretação advinda do seio da sociedade. Em outras palavras, é a sociedade a verdadeira intérprete da constituição, que, por meio de seus valores, acaba por influenciar os julgadores. Estes, por sua vez, por mais tentados que fiquem a tomar uma decisão fundada em suas próprias razões ou motivados por interesses ideológicos, evitam desconsiderar as vozes da rua.

Isso porque a Constituição não é invocada apenas quando se estabelece um conflito judicial, na verdade, ela é um elemento vivo que no dia a dia está sendo praticada, ou seja, milhares de atos são realizados no cotidiano que carecem de aplicação de leis constitucionais e nem sempre é possível consultar o Judiciário para saber se a aplicação da norma está ou não correta, e as pessoas não possuem da mesma forma um profissional do direito constantemente ao seu lado para orientá-las.

Sendo a Constituição vivida na sua plenitude pela sociedade é ela que acaba por interpretá-la de fato, o que, por sua vez, vai influenciar o processo institucional de interpretação realizado pelos órgãos oficiais, que de direito possui a prerrogativa de dar a última palavra em termos de interpretação. Mas isso não permite o afastamento da realidade, pois, em uma democracia o processo de interpretação é aberto, pluralista e contínuo e “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”, conforme destaca Peter Häberle.¹

¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 13.

Häberle deixa claro que a interpretação não pode ficar cerrada a um grupo pequeno, porque a forma de aplicação in concreto de uma norma constitucional é algo que interessa a todas as pessoas, por isso, os grupos sociais, a sociedade organizada, os partidos políticos, as associações, os indivíduos em suas particularidades, são intérpretes da Constituição que, na vivência da lei no cotidiano, acabam de forma empírica moldando seus termos à realidade.

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.²

O intérprete oficial na solidão do seu ato e dentro do gabinete envolto às teorias e fórmulas jurídicas não pode prescindir da práxis, deixar de olhar para a realidade, sob o risco de produzir uma interpretação desfocada daquele que vive a norma, criando, assim, uma assimetria entre a teoria e a realidade, causando indignação e insegurança à sociedade.

O juiz deve estar conectado à realidade e aos padrões sociais de seu tempo, atuando de modo a conformar a norma não apenas a uma técnica juridicamente fundamentada, mas também orientado pelos valores sociais.

Não cabe ao intérprete, dentro de uma sociedade democrática e pluralista, se orientar apenas por uma técnica a ser aplicada com o fito de chegar a uma solução plausível mediante argumentos baseados numa lógica normativa. Deve, sobretudo, conciliar seu ato diante de um senso comum, pautar sua interpretação levando em consideração a forma em que a realidade social se apresenta, dando a ela legitimidade não apenas formal, mas também social.

Isso não implica em dizer que o intérprete não possa corrigir atos contrários ao espírito da Constituição. Porque não é pelo fato da práxis

² Idem, *ibidem*, p. 37.

social indicar determinada interpretação que ela está correta e que deva o intérprete oficial se curvar a esta prática quando percebe que viola outros direitos, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, condenando ou absolvendo segundo o clamor popular.

Por isso, o Judiciário quando se defrontar com pressões de grupos sociais e estiver diante de uma interpretação errônea não deve colocar em risco a própria Constituição, mas, ao contrário, deve corrigir certos comportamentos, quando a norma sobre a qual ele se funda estiver sendo interpretada incorretamente.

Por exemplo, uma associação privada não pode colocar em seus estatutos regras que contrariem a democracia, impondo penalidade a associados sem a possibilidade do exercício do direito de defesa, ou contrariando preceito fundamental da Constituição sob o argumento de liberdade de associação e não interferência do Estado em seu funcionamento, tal qual preveem os incisos XVII e XVIII do art. 5º da Constituição Federal.

Neste caso a interpretação está logicamente desfocada do texto constitucional e mesmo que as associações criem normas próprias, caberá ao Poder Judiciário efetuar o devido controle quando seu estatuto contenha dispositivo que contrarie a Constituição.

A autonomia da vontade no âmbito das relações privadas se por um lado admite que os particulares firmem seus próprios vínculos, mediante regras por eles estabelecidas, por outro lado não autoriza que os textos produzidos estejam em descompasso com o espírito constitucional. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem agido quando verificada a existência de normas particulares que confrontam com a Constituição, conforme se verifica no julgamento do RE 201.819-8/RJ em que a Corte conduziu a decisão no sentido de que a aplicação dos direitos fundamentais é imanente tanto nas relações envolvendo o cidadão e o Estado como também nas relações entre particulares, ou seja, aplicável às pessoas naturais e/ou jurídicas.

Constou na decisão que “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”³.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201.819/RJ, Relatora: Ministra ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064.

Com isso os órgãos oficiais ao interpretarem a Constituição, se por um lado devem harmonizar-se com a realidade social, por outro lado podem corrigir comportamentos quando estes não estejam condizentes com o espírito da Constituição, pois, não são eles reféns de interpretação que porventura destoe do espírito da lei constitucional. Ao contrário, devem, quando necessário, corrigir a aplicação do texto constitucional, mesmo que para isto a decisão judicial vá de encontro com a expectativa da sociedade, mas para isto a decisão deve ser bem fundamentada expondo os motivos que os levaram àquela conclusão.

Muitas vezes a aplicação de uma lei pode gerar polêmica no próprio seio social e grupos diferentes a interpretam cada um à sua maneira, na medida em que numa sociedade democrática a divergência de opinião é um dos pilares que sustenta a liberdade e é pelo dissenso que a sociedade encontra o seu equilíbrio, neste caso o órgão deverá buscar a melhor solução e a que mais se adequa ao Estado democrático de direito e ao espírito da Constituição.

Em temas polêmicos que envolvem questões de alta complexidade, seja no campo da ciência, da religião, da política, da economia, o Supremo Tribunal Federal tem instalado audiências públicas objetivando ouvir vários segmentos da sociedade que não estejam vinculados diretamente ao processo, objetivando ter uma visão mais abrangente da situação dando maior legitimidade ao processo decisório e privilegiando a pluralidade e a democracia.

É possível travar, no âmbito do Poder Judiciário, um debate fora dos autos sobre questões neles discutidas, trazendo opiniões contrapostas quando se tratar de dissenso de maior complexidade, não se limitando o julgador apenas aos argumentos das partes constantes no processo. Nesse sentido as leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, que regulamentam o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente, abriram a possibilidade de realização de audiência pública e de intervenção no processo mediante o instituto do *amicus curiae*.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na forma dos artigos 13, XVII e 21, XVII, regulamentou a audiência pública atribuindo competência tanto ao Relator do processo como ao Presidente da Corte para

[...] convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante.

Também há outra importante inovação que foi a regulamentação do *amicus curiae* e, neste caso, trata-se de intervenção direta de terceiro no processo e não apenas opinião emitida em audiência pública, constituindo situações diferentes. Conforme escreve o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, essa modalidade de intervenção “confere um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento de diversos aspectos envolvidos na questão.” Atribuindo uma visão mais ampla ao caso levado ao Tribunal para que se conheçam “todas as implicações ou repercussões”⁴.

De modo que o Supremo Tribunal Federal não se limita em decidir questões relevantes à luz de suas próprias convicções ou de um debate apenas entre os ministros, para tal fim busca orientação na sociedade ouvindo técnicos, cidadãos, ou membros da sociedade civil organizada permitindo com isto que a interpretação do caso não fique fechada apenas na experiência dos onze ministros que compõem o Órgão, abrindo o diálogo com a sociedade.

Essa prática tem sido utilizada com frequência pelo STF, sendo que a primeira experiência ocorreu em 20 de abril de 2007, oportunidade em que foi aberto o debate para discutir a Lei de Biossegurança nº 11.105/2005, objeto da ADI 3510 que impugnava alguns de seus dispositivos.

Também as impugnações geradas em razão da publicação do Código Florestal motivaram a realização de audiência pública no Supremo Tribunal Federal, e segundo consta no site do próprio Órgão foram ouvidos “dezenas de expositores que passaram pela Sala de Sessões da Primeira Turma” fazendo-se presentes “além de representantes de movimentos sociais e da sociedade civil, diversos acadêmicos, pes-

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 275.

quisadores e representantes de órgãos governamentais relacionados à questão ambiental”⁵.

Verifica-se com isso que o Supremo Tribunal Federal não se limita apenas ao que fora articulado formalmente pelas partes no processo, e a oralidade não se faz presente apenas quando da sustentação oral e antes do julgamento como manda a lei processual, é aberta ao público a possibilidade de fornecer subsídios para a decisão mediante o instituto da audiência pública, ouvindo pessoas que não têm relação direta com o processo.

Conclui-se que com isso que a interpretação constitucional é cada vez mais aberta, porque, além do debate público, que normalmente acontece pela imprensa e pelas redes sociais em questões de grande repercussão à qual o julgador deve estar atento, também é possível a participação direta no Supremo Tribunal Federal de pessoas ou entidades que queiram opinar sobre o tema tratado em processos judiciais, o que demonstra que a interpretação é um processo aberto e sujeita à influência da sociedade.

Nesse contexto, está certo Peter Häberle ao dizer que democracia não se resume na delegação do povo às autoridades formalmente investidas nos poderes de elaborar a lei e interpretá-la, na verdade há de ser levada em consideração a forma como a lei é aplicada na vida real.

O Supremo Tribunal Federal tem assumido expressamente a opção por uma interpretação plural, consoante se verifica da decisão da lavra do Ministro Luiz Fux ao dizer que a

[...] participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à

⁵ MINISTRO Luiz Fux encerra audiência pública sobre novo Código Florestal. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=314743&caixaBusca=N>>. Acesso em: 26 jul. 2016. Segundo consta no site, o Ministro Luiz Fux declarou que: “Quando pensei em uma audiência pública pensei exatamente na ideia de o Judiciário dar uma decisão justa à luz de algo como o que foi aqui exposto”, afirmou. Para o ministro, a audiência pública é uma resposta à crítica que existe quanto à falta de capacidade institucional da magistratura para o julgamento de determinadas questões de maior complexidade.

fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional [...].⁶

Em outra decisão, o Supremo Tribunal Federal ratificou esse posicionamento em favor de uma interpretação aberta, afastando a adoção de uma posição juriscêntrica e monopolista para aderir a uma postura dialética interagindo com os vários setores da sociedade, conforme se verifica pelo trecho da ementa abaixo transcrita:

[...] 1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções *juriscêntricas* no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribua, com suas capacidades específicas, no *embate dialógico*, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República. 3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como *última palavra provisória*, vinculando formalmente as

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.029/AM, Relator Ministro LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012.

partes do processo e finalizando uma rodada de deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. [...]”⁷

Nessa visão, vale citar também a decisão do Supremo Tribunal Federal que legalizou a relação homoafetiva atribuindo-lhe a condição de instituição juridicamente protegida pelo Estado, estendendo o conceito de família para além da relação heterossexual, sem que a Constituição assim a tenha efeito expressamente.

O pilar interpretativo que sustentou a decisão fora exatamente o pluralismo, pois as pessoas que se encontravam nessa situação pautavam suas vidas à luz das liberdades democráticas, mas as instituições jurídicas estatais ainda não haviam legitimado os direitos advindos dessa relação. Por isso, o Ministro Ayres Brito assim o fez e expressamente citou o “pluralismo como valor sócio-político-cultural”, sustentando que as pessoas têm ampla “liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade”. Em outra passagem, o ministro disse que a Constituição Federal não conferiu ao “substantivo família nenhum significado ortodoxo”⁸, e nem reducionista, sendo, a família uma “categoria sócio-cultural e princípio espiritual”.⁹

De modo que resta claro que a interpretação de normas constitucionais nos Estados democráticos não constitui tarefa destinada apenas aos órgãos oficiais sem um olhar atento à realidade social, já que esta é uma tarefa conjunta, partilhada com a sociedade.

Essa vivência constitucional, que reverbera perante os poderes constituídos, é passível também de identificação nos recentes acontecimentos que contrapõem o modelo de governança que se instalou no Brasil nos últimos anos, em que parcela considerável da sociedade foi

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.105/DF, Relator Ministro LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016.

⁸ Consta a seguinte divergência no voto: “5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição”.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ, Relator Ministro AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011.

às ruas para pedir respeito à Constituição e à democracia, mantendo uma vigilância contínua quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal para que não ocorresse uma interpretação que fosse diferente daquela que a sociedade esperava, o que resultou no julgamento e condenação de vários envolvidos na ação penal 470, o chamado “processo do mensalão”.

Também nas operações empreendidas pela Polícia Federal e Ministério Público denominadas “Lava Jato”, percebe-se claramente a insistência da sociedade civil em ver todos os fatos apurados e os responsáveis punidos, cuja vigilância revelou-se fundamental para fortalecer as decisões do Judiciário sobre o tema, já que os envolvidos são, em sua maioria, pessoas detentoras de poder econômico e político de relevância e, desta maneira, o apoio da sociedade torna-se ponto importante para que as decisões tenham legitimidade não apenas jurídica, mas também social.

2. A função dos princípios no processo de interpretação constitucional

Esta postura do Supremo Tribunal Federal atende à nova ordem constitucional, que está estruturada em um sistema de regras e princípios e que permite uma interpretação axiológica que não mais adere à rigidez baseada na antiga ordem positiva, que via o direito como uma ciência pura que encerrava suas concepções dentro de sua própria estrutura, extraíndo da ordem jurídica os pressupostos interpretativos sem se preocupar com a realidade e com as consequências do quanto decidido, mantendo o direito uma posição equidistante de outras ciências e dos valores sociais.

A forma de interpretação no positivismo vigente no século XIX e começo do século XX tinha um forte apego à norma pura e o intérprete buscava fundamento nos comandos extraídos da própria lei, ou seja, a norma era o ponto central da interpretação e os fatos deveriam nela se enquadrar, pouco se arriscando o intérprete em buscar outros elementos para além da previsão expressa na norma e sem se preocupar com a força viva da sociedade e seu poder transformador, era a fase aguda do “*dura lex, sed lex*”.

O Direito Constitucional, assim como todas as demais áreas do direito, tinha um conteúdo fechado em que se privilegiava mais a

segurança jurídica do que a própria justiça em seu sentido amplo, a interpretação não possuía plasticidade suficiente que pudesse descer aos valores da sociedade ou filosóficos, ao contrário, deveria a sociedade ser moldada pela lei, a interpretação era verticalizada.

A partir de 1930, e sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, operou-se uma grande mudança nos fundamentos do direito positivo. A crise econômica de 1929 e a Segunda Guerra Mundial balançaram os alicerces do direito positivo, que até então se baseava no firme entendimento de que o direito válido é o legislado e editado pelo Estado, constituindo com isto uma ciência que deveria priorizar a segurança jurídica e a certeza, o que implicava em dizer que se a lei seguiu os trâmites dentro de um processo legislativo previamente estabelecido, pouco importava o seu conteúdo, já que fora legitimada pela autoridade competente.

De modo que os aspectos morais, jusnaturais, axiológicos não mais cabiam ser discutidos, posto que se presumia que este debate estava superado, porque fora realizado ou deveria ter sido antes da norma ser aprovada. Por isso, o direito enquanto ciência se sustentava em bases predeterminadas e, sob este prisma, ele pode estabelecer regras mesmo que condenáveis do ponto de vista moral, considerando que o importante era que a lei tivesse seguido o processo legislativo e que tivesse sido promulgada pela autoridade, cumprindo, assim, os pressupostos do Estado de direito.

Diante desse raciocínio, o juiz tinha por obrigação aplicar a lei, mesmo que contrária à moral, pois nada mais estava fazendo do que cumprindo seu dever, já que não cabia a ele fazer juízo de valor sobre a norma, porque os fundamentos axiológicos não poderiam fazer parte da ciência do direito, que tem seus próprios métodos de interpretação e aplicação¹⁰.

A fundamentação do direito nazista colocou claramente o debate sobre os limites da ciência pura do direito e do seu processo de legitimação, trazendo à tona a necessidade de uma nova interpretação valorativa e suprapositiva dos diplomas legais, conforme esclarece Wayne Morrison ao expor a divergência entre Hart e Fuller no tocante à decisão do “tribunal do pós-guerra”, já que este Tribunal entendeu que as leis nazistas eram “formalmente inválidas devido à sua substância

¹⁰ Ver: MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito – dos gregos ao pós-modernismo*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 376.

imoral”. Hart, por sua vez, argumentou em sentido contrário sob o fundamento de que “as leis criadas na Alemanha nazista, a despeito de sua natureza opressiva ou imoral foram criadas metodologicamente” e, por isso, devem ser reconhecidas como um “direito válido”¹¹.

Porém, a fase do direito positivo puro, que extraía sua validade da vontade da autoridade estatal mediante um processo legislativo previamente estabelecido e de um equivocado consenso social, tornou-se insuficiente para fundamentar o direito, porque não é ele válido apenas porque fora criado dentro de um método próprio. A lei que segue uma técnica legislativa, mesmo com amparo social em determinado momento histórico, não pode validar qualquer tipo de ato contrário à dignidade da pessoa humana ou da filosofia jusnaturalista. De modo que, para evitar aberrações jurídicas dessa natureza, ou seja, o direito servindo a propósitos que não se coadunam com a justiça, houve a valorização dos *princípios*, que por serem de conteúdo mais aberto permitem uma interpretação axiológica.

Os princípios acabaram ganhando força e passaram a ser a porta aberta do direito positivo para uma interpretação valorativa que interaja com outras ciências e com a sociedade e, neste contexto, Ronald Dworkin compreendeu bem esta mudança e desenvolveu uma teoria interpretativa buscando um equilíbrio entre os princípios e as regras, dizendo que o “direito reserva um lugar tanto para os princípios como para regras” e, com isso, há necessidade da interpretação se valer de outros elementos que não apenas as regras para se chegar a uma decisão justa. Mas Dworkin, ao apresentar este equilíbrio interpretativo envolvendo regras e princípios, acabou polemizando com Hart, o que no livro *Levando os Direitos a Sério* ele busca minimizar.¹²

A importância dos princípios como critério de interpretação é hoje absolutamente aceita na doutrina e na jurisprudência, porque, conforme acentua Luís Roberto Barroso, enquanto as regras têm o papel de garantir a segurança jurídica, porque delas se extrai a “previsibilidade e objetividade das condutas”, os princípios, por sua vez introduzem no sistema normativo uma “flexibilidade”, para que seja realizada a “justiça no caso concreto”¹³.

¹¹ MORRISON, Wayne. Op. cit., p. 377.

¹² DWORIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 93.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 343.

Nessa lógica, o jurista contemporâneo busca adequar sua interpretação não apenas na estrutura da lei do tudo-nada, definidora do direito em sentido restrito, mas também nos valores sociais e na práxis e, para tal, os princípios revelam-se fundamentais por evitarem que se imponha à sociedade uma decisão cujo cumprimento não terá eficácia. Conforme define Häberle, não são “apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma”, logo “não detêm eles o monopólio da interpretação Constitucional”¹⁴.

De modo que deve, em função disto, o julgador contemporizar os diversos interesses para uma interpretação de consenso, já que não existem mais direitos absolutos e nem razão suprema, devendo o intérprete orientar-se pela razoabilidade quando se tratar de questões de âmbito social, valendo-se dos princípios para injetar no direito uma visão mais axiológica.

3. Mutação constitucional

Para além da sintonia entre a sociedade que vive a regra e a interpreta de forma empírica e o órgão oficial que a interpreta utilizando critérios científicos e procedimentos preestabelecidos, pode ocorrer ainda outra hipótese de alteração no sentido original do texto sendo atribuído a ele um significado semântico que se distancia da orientação inicial insculpida da Constituição pelo legislador.

Esse fenômeno é chamado pela doutrina de *mutação constitucional*, ou seja, trata-se da possibilidade de reforma do texto constitucional sem que para tanto ele se altere formalmente, sem que haja necessidade de um processo legislativo modificativo. O texto da lei continua o mesmo, mas altera-se sua interpretação, concedendo à palavra um significado distinto daquele expresso originalmente na Constituição.

Explica Ingo Wolfgang Sarlet que a mutação constitucional “guarda relação com a concepção de que, em determinado sentido, uma constituição é um organismo vivo, submetido à dinâmica da realidade social, e que, portanto, não se esgota por meio de fórmulas fixas e predeterminadas”¹⁵.

¹⁴ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 15.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 159.

Aparece aqui novamente a interpretação feita pela sociedade promovendo reforma na Constituição, ou seja, a interpretação, neste caso, não visa apenas conformar o texto da lei dentro de um critério de interpretação possível, ela está modificando a própria Constituição. Trata-se de uma reforma por força de mudanças operadas na sociedade. Em outros termos, a reforma não ocorre por meio de atividade do Poder Judiciário ou pelo Poder Legislativo, ela surge da própria sociedade que modifica o sentido da palavra e que será encampada oficialmente pelos órgãos estatais.

Consoante esclarece Anna Cândida da Cunha Ferraz, “ocorre mutação constitucional por via da interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação da letra da Constituição”¹⁶.

A reforma por meio da mutação constitucional tem como característica o fato de que o texto da norma constitucional reflete um determinado momento da história, atribuindo um sentido em consonância com os valores daquele momento, mas ao longo dos anos a mesma expressão aplicada em uma determinada época pode se alterar e, deste modo, o dispositivo constitucional se mantém hígido, na forma original, não se muda o texto do artigo, mas ele passa a ser compreendido de outra forma ou mesmo ampliado para abarcar novas situações.

Retomemos ao conceito de família, que o Supremo Tribunal Federal estendeu para abarcar as relações homoafetivas. Tradicionalmente, o casamento se estabelecia em razão da manifestação do homem e da mulher perante o juiz, que os declarava casados, conforme expressão contida no art. 1.514 do Código Civil. Segundo definição de Sílvio de Salvo Venosa, o Direito Civil moderno tem como regra uma definição mais restrita ao considerar “membro da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco”.¹⁷ A doutrina do Direito Civil, à época da Constituição e mesmo quando da publicação do novo Código Civil, não tinha espaço para estender o conceito de família e de casamento para uma relação que não tivesse como base o homem e a mulher.

Em um passado não muito longe, sequer se admitia como família a mulher que tivesse filho e não fosse casada ou que vivesse em comunhão estável. Porém, o conceito de família foi alterado com a

¹⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança na constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 57.

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6, p. 15.

Constituição de 1988, de modo que a união estável foi incorporada pela norma constitucional e o § 4º, do art. 226, adotou o entendimento de que entidade familiar é também a comunidade “formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal estendeu-se o conceito de família não apenas para a comunidade formada por casais heterossexuais ou por quaisquer dos pais, agora família é também aquela advinda da união homoafetiva, que passa a integrar a comunidade familiar, inclusive com o direito de se casarem formalmente e de adotar filhos, constituindo, com isto, uma nova modalidade de relacionamento, representando importante mudança de paradigma, que modificou o conceito até então adotado de casamento e de família, abarcando uma nova situação sem que tenha ocorrido formalmente uma reforma no texto da Constituição, ou seja, sem que ela tenha sido operada por conta do legislador, mas, sim, em razão de uma mudança no comportamento das pessoas.

A Corte Suprema ao decidir dessa maneira o fez porque houve aquiescência da sociedade, que passou a ver com naturalidade a união de casais do mesmo sexo, o que não seria possível no início ou meados do século XX, em que a sociedade ainda pautava seus conceitos dentro de uma conduta bastante rígida, em que sequer o divórcio era aceito e o filho extraconjugal não poderia ter sua paternidade reconhecida a não ser após a morte do pai.

Com isso, se as palavras da lei são estáticas a interpretação pode alterar seu significado seja pela análise do intérprete ou pela vontade do próprio legislador quando observar que há consenso social para tal, mas estas mudanças se operam ao longo dos anos, acompanhado a evolução do ser humano.

O direito estático e desapegado de valores ou mesmo que não recebe a influência da sociedade no seu processo de interpretação não pode ser considerado como justo, é necessário ter em mente que tais mudanças somente são possíveis dentro de uma sociedade democrática e pluralista, forjada na dialética e que se sente livre para discutir sobre o que se entende por certo ou errado, não se pautando em dogmas preconcebidos ou na palavra da autoridade que dita a forma como cada um deve viver, sendo esta uma conquista da sociedade liberal.

Certamente, nos dias atuais Kant nãoalaria que “a lei é o casamento” e que se uma criança vem ao mundo fora dele “nasce fora da lei”, ou seja, “fora da proteção da lei”. E “nenhum decreto é capaz de

eliminar a vergonha da mãe quando se vem a saber que ela deu à luz sem ser casada¹⁸.

Assim, não é possível entender determinados pontos de vista fora do contexto histórico, o que tornaria odiosa a teoria da escravidão natural de Aristóteles ou a superioridade que ele atribuía ao homem em relação à mulher.

O direito é uma construção social em constante evolução criado para a pacificação social. Por isso, sua interpretação é algo que não poder ser delegado apenas às instituições oficiais, devendo haver uma interação entre o intérprete e a sociedade que vivencia a norma.

¹⁸ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003. p. 179.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.029/AM, Relator Ministro LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.105/DF, Relator Ministro LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ, Relator Ministro AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201.819/RJ, Relatora: Ministra ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança na constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito – dos gregos ao pós-modernismo*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.

Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional

*Felipe Albertini Nani Viaro*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar o protagonismo judicial, bem como suas duas espécies, a judicialização e o ativismo judicial, a possibilidade de caracterização a partir de suas origens e fronteiras, além de pontos de interação recíprocas entre cada um dos fenômenos no contexto da democracia contemporânea.

Palavras-chave: Protagonismo judicial. Judicialização. Ativismo Judicial.

Abstract: The present essay aims to analyze judicial protagonism, and its two species, judicialization and judicial activism, the possibility of characterization from its origins and boundaries, as well as reciprocal interaction between each phenomena in the context of contemporary democracy.

Keywords: Judicial Protagonism. Judicialization. Judicial Activism.

¹ Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo, com proficiência internacional pela Universidade de Auckland. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

1. Introdução

Judicialização e ativismo judicial são temas que têm aparecido com certa frequência, não apenas em discussões doutrinárias, mas também nas páginas dos jornais e em programas de rádio e televisão, e até mesmo em conversas do dia a dia, por vezes despertando paixões entre os interlocutores. A ascensão do Poder Judiciário como protagonista em debates de grande interesse acabou por fomentar um conjunto de pesquisas no país e no mundo, buscando desvendar possíveis causas, consequências, e o próprio significado desse realinhamento no contexto da democracia contemporânea.

O protagonismo judicial pode ser considerado gênero que congrega duas espécies distintas de fenômeno, a judicialização e o ativismo judicial, cada um deles se prestando a ilustrar hipóteses de redimensionamento da interação de quatro principais elementos na contemporaneidade: direito, política, sociedade e Poder Judiciário. Muito embora sejam comumente tratados em conjunto e, por vezes, confundidos entre si, judicialização e ativismo judicial são fenômenos que podem e devem ser separados a partir de suas origens e fronteiras, visando uma melhor compreensão de cada um dos temas.

O presente trabalho tem por objeto o protagonismo judicial, bem como suas duas espécies, a judicialização e o ativismo judicial, no contexto da democracia contemporânea. Sem pretender esgotar os temas, serão visitados os conceitos de judicialização e ativismo judicial, as principais perspectivas pelas quais os temas têm sido trabalhados, bem como as formas e categoriais em que cada um dos fenômenos podem ser destrinchados. A partir dessa colocação, o estudo prossegue com a tentativa de sua caracterização como fenômenos distintos, e que podem ser separados a partir de suas origens e fronteiras, trazendo alguns pontos de implicações recíprocas entre si.

2. Conceitos de judicialização e ativismo judicial

Como mencionado na abertura, judicialização e ativismo judicial são temas que têm aparecido com certa frequência, sendo comum a referência como fenômenos equivalentes ou de tal forma relacionados que impossível sua separação. Embora realmente possuam implicações recíprocas, sua distinção não apenas é possível como conveniente. Vale

a pena, então, trazer algumas considerações sobre cada um dos fenômenos, visando sua melhor compreensão, na tentativa de estabelecer algumas balizas para sua diferenciação.

(a) A judicialização

No plano internacional, a discussão sobre a judicialização tem um dos grandes marcos na conferência *The Judicialization of Politics*, realizada em junho de 1992, pelo *Centro Studi e Ricerche sull'Ordinamento Giudizario*, ligado à Universidade de Bologna². Posteriormente, em 1995, Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder lançaram a coletânea *The global expansion of judicial power*³, que causou grande repercussão nos meios acadêmicos. Além dos trabalhos de Tate e Vallinder, vale a pena mencionar, ainda, os textos de Mauro Cappelletti, Antoine Garapon, Alec Stone-Sweet, Ran Hirschl, entre diversos outros⁴, integrando as principais referências para estudo da matéria.

Já no plano nacional, tem-se como referência o trabalho “Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da Justiça”, escrito por Manoel Gonçalves Ferreira Filho ainda em 1993⁵ e publicado, pela primeira vez, na *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, correspondente a outubro/dezembro de 1994. Também, sem pretender listar todos, destacam-se os trabalhos de Marcus Faro de Castro, Maria Teresa Sadek e Rodrigo Arantes, Luiz Werneck Vianna, Ernani Rodrigues de Carvalho, Luís Roberto Barroso, Lenio Luiz Streck, entre outros.

Na clássica definição cunhada por Torbjörn Vallinder, que pode ser encontrada no texto de 1994, *The judicialization of politics – a world-wide phenomenon: introduction*⁶, judicialização tem origem no verbo

² Diversos trabalhos apresentados na conferência foram publicados na edição da *International Political Science Review* de abril de 1994. Cf. *International Political Sciences Review*, v. 15, n. 2, April 1994. Disponível em: <<http://ips.sagepub.com/content/15/2.toc>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

³ Cf. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the future of politics and policy. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

⁴ Apenas a título de exemplo, entre numerosos outros de igual importância: Charles R. Epp, John Ferejohn, Carlo Guarneri e Patrizia Pederzoli, Tom Ginsburg, Mauro Cappelletti, Martin Shapiro.

⁵ Segundo nota do próprio autor. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 205-206.

⁶ Cf. VALLINDER, Torbjörn. The judicialization of politics: a world-wide phenomenon: introduction. *International Political Sciences Review*, v. 15, n. 2, April 1994. Disponível em: <<http://ips.sagepub.com/content/15/2.toc>>. Acesso em: 15 mar. 2015. Tradução direta do original.

de língua inglesa *to judicialize*, que remete a tratar “judicialmente” uma questão para se chegar a um julgamento ou a uma decisão sobre alguma coisa. Nessa referência, há dois principais sentidos para o termo: o primeiro é tratar uma questão por meio de um julgamento, no ofício ou capacidade de juízes investidos na administração da Justiça; o segundo, tratar algo seguindo o método de um juiz, com conhecimento e técnicas judiciais.

Em uma acepção mais ampla, a judicialização corresponde a um fenômeno complexo em que, além do elemento jurídico, estão envolvidos elementos políticos, institucionais, sociais, econômicos e também culturais, interagindo em diferentes níveis e de variadas maneiras em cada cenário, estabelecendo tendências de ampliação de normatização, expansão do espectro de questões passíveis de deliberação pelos juízes e tribunais e de adoção de métodos jurídicos e judiciais em outras esferas além das próprias esferas judiciais.

A judicialização tem sido trabalhada a partir de duas perspectivas principais: a primeira, comumente referenciada “judicialização da política”, trata o problema pelo prisma político-institucional, com principal foco no Estado e em processos de modificação das relações entre seus Poderes; e a segunda, comumente referenciada “judicialização das relações sociais”, trata o problema pelo prisma sociocultural, voltando maior atenção à própria sociedade e aos processos de modificação das relações entre seus agentes⁷.

Pela perspectiva da judicialização da política, têm sido trabalhados temas importantes como a constitucionalização e “domesticação da política” pelo direito⁸; a incorporação das técnicas de argumentação e dos métodos de adjudicação e estruturas de organização, tipicamente associadas ao Poder Judiciário, para a tomada de deliberações também no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, e, sobretudo, a maior interferência do Poder Judiciário na deliberação de questões tradicionalmente políticas.

⁷ A primeira perspectiva enfatiza a reorganização institucional, enquanto a segunda enfatiza a relação cultural, ligada à expansão do conceito de cidadania à modificação das relações entre o Estado e Sociedade Civil. Cf. CARVALHO, Ernani Rodrigues de; MARONA, Marjorie Corrêa. Por um conceito operacional de judicialização da política. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 7., 2010, Recife.

⁸ Cf. GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. v. 3, p. 9-11.

Já pela perspectiva da judicialização das relações sociais, têm sido trabalhados outros temas, tais como: o aumento geral de regulação, pela expansão da normatividade e “publicização da esfera privada”⁹; a incorporação dos métodos e estruturas tipicamente associadas ao Poder Judiciário no seio da vida privada e das organizações particulares e, da mesma forma que o anterior, o aumento da interferência para o Poder Judiciário de deliberações de questões sociais, com o correspondente incremento na demanda por serviços judiciários.

Essas perspectivas, é claro, são complementares, já que tratam do mesmo fenômeno, ainda que com ênfase em processos ou problemas distintos. Nesse sentido, por exemplo, é difícil dissociar o aumento da interferência do Poder Judiciário na deliberação das questões tradicionalmente políticas do próprio aumento da busca pelo Poder Judiciário pela população, já que um, normalmente, depende do outro, e ambos dependem da colocação dos problemas políticos e sociais como problemas jurídicos, passíveis de discussão em um processo judicial.

Para além das duas perspectivas mencionadas, a partir do exame de diversas obras sobre o tema, é possível destacar, ainda, formas¹⁰ e categoriais¹¹ distintas por meio das quais o fenômeno da judicialização pode ser destrinchado.

Voltando-se às formas pelo qual o fenômeno se estabelece, é possível destacar três processos: a “juridificação”¹², isto é, de expansão do direito e da jurisdição no Estado e na sociedade; a “judicialização por transferência”¹³, estabelecendo maior interferência do Poder Judiciário nas questões políticas e relações sociais, e, ainda, a “judicialização por incorporação”¹⁴, com a internalização de argumentos e critérios jurídicos, métodos e procedimentos judiciais, organização e estruturas judiciárias, em outras esferas de atuação fora da própria esfera judicial.

⁹ Cf. VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15.

¹⁰ Cf. VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

¹¹ Cf. HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Gimenez Cantisano. In: *Revista do Direito Administrativo*, v. 251, 2009. (Original publicado em *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006).

¹² Cf. BLICHER, Lars; MOLANDER, Anders. What is juridification. Disponível em: <<http://www.nova.no/content/download/21760>>. Acesso em: 4 set. 2015.

¹³ Ou, na terminologia de Marcos Paulo Verissimo, “judicialização vinda de fora”. Cf. VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial pós-1988*. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006.

¹⁴ Ou, na terminologia de Marcos Paulo Verissimo, “judicialização vinda de dentro”. Cf. Op. cit.

Já em atenção aos movimentos ou vetores, é possível destacar três outras categoriais: “a judicialização em nível abstrato”, endereçando a normatização da realidade em dimensões cada vez mais amplas e a adequação das realidades institucionais ou organizacionais a esses novos padrões; a “judicialização vinda de baixo”, originada por pressões da própria sociedade, em processos de reivindicação de novos direitos em novos mecanismos judiciais, e “judicialização vinda de cima”, decorrente do comportamento estratégico da classe política ou elites¹⁵.

Da mesmamente que as perspectivas, as formas e categorias constituem abordagens complementares, mas importantes à formação de conceitos passíveis de operacionalização. Nesse sentido, por exemplo, muito embora a “juridificação” e a “judicialização em abstrato” possam ser equiparadas, não é possível dizer que a “jurisdição por transferência” decorre sempre de pressões sociais, sendo possível perceber atuação estratégica da própria classe política, visando transferir aos tribunais a discussão de questões polêmicas, como meio eficaz de diminuição de responsabilidade por escolhas impopulares e mitigação de riscos institucionais.

Feitas essas considerações, estabelecendo as ligações entre os diversos aspectos trabalhados, a expressão “judicialização da política”, em acepção ampla, refere-se ao fenômeno da expansão do poder judicial no âmbito das relações políticas, caracterizado pelo adensamento da regulação jurídica na esfera estatal; o que permite maior interferência do Poder Judiciário na deliberação de questões do âmbito político, ou seja, que até então eram consideradas exclusiva ou precipuamente de alçada dos legisladores e gestores, e a incorporação de argumentos e critérios jurídicos, métodos e procedimentos judiciais, organização e estrutura judiciários fora do âmbito judicial, no próprio âmbito político.

Do mesmo modo, em acepção ampla, a expressão “judicialização das relações sociais” refere-se ao fenômeno da expansão do poder judicial no âmbito das relações socioeconômicas, caracterizado pelo aumento geral de regulação e pela incorporação dos métodos e estruturas tipicamente associadas ao Poder Judiciário no seio da vida privada e das organizações particulares, bem como pelo incremento da interferência ou da efetiva transferência, para o Poder Judiciário, de

¹⁵ Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007.

deliberações de questões particulares, como o aumento da demanda por serviços judiciários.

De outra parte, tomando como referência sua faceta mais expressiva, e levando em conta a forma como o debate tem-se colocado na literatura já popularizada, vale a pena referenciar também um conceito mais restritivo de judicialização, servindo para endereçar apenas um dos aspectos destacados, qual seja, a “judicialização por transferência”, e examinada pela perspectiva política, a maior interferência do Poder Judiciário na deliberação de questões políticas, que até então estavam e, na opinião de muitos, deveriam permanecer a cargo de representantes eleitos ou indicados do Poder Executivo ou Legislativo.

As demais formas de “juridificação” e “judicialização por incorporação”, operando na dimensão política, podem ser denominadas por outros termos, como, por exemplo, “tribunalização da política”, para designar a internalização em outras esferas de atuação fora da própria esfera judicial de argumentos e critérios jurídicos (“juridicização”), métodos e procedimentos judiciais (“procedimentalização”), organização e estruturas judiciárias (“burocratização”), especialmente no âmbito político, do Poder Executivo e Legislativo, em deliberações internas, bem como seus órgãos, agências e instituições, no desempenho das funções para os quais foram criados.

(b) O ativismo judicial

A expressão “ativismo judicial”, por sua vez, surgiu na doutrina norte-americana, consagrada no trabalho de Arthur Shlesinger Jr.¹⁶, classificando os juízes da suprema corte em: juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres; juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade; juízes campeões da autorrestrrição, e juízes representantes do equilíbrio de forças, colocando o ativismo exatamente como oposto da autorrestrrição judicial, em atenção à visão que os julgadores têm a respeito da função judicial¹⁷.

Na doutrina americana, o debate sobre o ativismo judicial evoluiu, ainda, em oposição à ideia de passivismo, radicado nas duas variantes

¹⁶ Cf. SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune*, v. 35, n. 1, p. 73, 1947.

¹⁷ Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

do interpretativismo: o “textualismo” e o “originalismo”¹⁸. Segundo Elival da Silva Ramos, com base em Erwin Chemerinsky, o “textualismo”, ou “literalismo”, refere-se à “teoria que requer que toda interpretação constitucional considere apenas o texto da Constituição”, e, no que concerne ao “originalismo”, além da mera linguagem textual, “o significado que os constituintes ou as ratificações pretenderam dar ao texto”¹⁹.

E, de outra parte, o “não interpretativismo”, ou *construction*, também se subdivide em variantes agrupadas em duas correntes. O “conceitualismo” reconhece que a sociedade evolui e a lei muda, evoluindo também o significado da Constituição. Já o “simbolismo” pode ser definido pela tentativa de lançar mão das aspirações fundamentais da história e tradição norte-americanas (como definidas pela Corte) “para determinar a constitucionalidade das ações das diferentes ramificações políticas do governo”²⁰.

Em atenção ao longo debate hermenêutico propiciado pela jurisdição constitucional estadunidense, Elival da Silva Ramos²¹ observa que a ambiguidade do termo “ativismo judicial” serve para caracterizar qualquer modalidade de não “interpretativismo”, mesmo que não destoante dos postulados positivistas, sem falar na carga valorativa adquirida, que pode ser positiva ou negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais.

Extraído do seu contexto original e transportado para o cenário nacional, a vagueza da expressão não apenas permaneceu como se aprofundou. A expressão “ativismo judicial”, nesse contexto, tem servido tanto para enaltecer uma postura ativa do juiz quanto para criticar essa mesma atuação. Destarte, e sem olvidar a existência de inúmeras posições intermediárias, duas leituras, ou seguindo a terminologia anterior, duas perspectivas destacam-se: de um lado, congregando argumentos trazidos pelos defensores da postura ativa, a perspectiva positiva, e, de outro, reunindo os argumentos contrários, a perspectiva negativa.

¹⁸ Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

¹⁹ Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 130.

²⁰ Para Elival da Silva Ramos, enquanto o “conceitualismo” se ajusta a uma teoria positivista de interpretação, o “simbolismo” já desbanda para o moralismo jurídico. (Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131.)

²¹ Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Na perspectiva positiva, a postura “proativa”²² do juiz é aclamada como atuação “funcional necessária e oportuna”²³, como forma de “fazer valer a primazia da Constituição”²⁴. A defesa do ativismo, por sua vez, é comumente acompanhada da adoção de postulados teóricos incorporados pelo chamado “neoconstitucionalismo”, tais como o reconhecimento da prevalência dos princípios sobre as regras, além da existência de uma “nova hermenêutica”, liberando o juiz do papel de “boca da lei”²⁵.

Já na perspectiva negativa, o ativismo judicial é depreciado como “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional”²⁶, descambando o juiz para o voluntarismo ou “decisionismo judicial”²⁷. Enquanto a perspectiva positiva do fenômeno costuma ser secundada pela adoção de postulados neoconstitucionalistas, a perspectiva negativa costuma aparecer entre os críticos a essa corrente, reforçada pela defesa da autocontenção ou autorrestrição judicial, como modo de evitar distorções na prática da especialização funcional²⁸.

Sem prejuízo dessa aparente contradição valorativa, como aponta Paulo Gustavo Gonet Branco²⁹, tanto os que criticam como os que enaltecem o ativismo parecem ter pressuposta a intuição de que o ativismo revela um afastamento do juiz do âmbito do que seria ou poderia ser o esperado nas suas funções corriqueiras. Os que aclamam, atribuem ao ativismo virtudes saneadoras de desvios, enquanto os que o rejeitam, falam em quebra do princípio da separação dos poderes em detrimento do Estado Democrático do Direito.

²² Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2009.

²³ VASCONCELOS, Edson de Aguiar. *Possibilidade e limites da Justiça Eleitoral*: riscos de um ativismo eleitoral exacerbado. Disponível em: <http://www.tre-rj.jus.br/eje/gecoi_arquivos/arq_100713.pdf> Acesso em: 8 out. 2016.

²⁴ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Rel. Min. Ayres Britto. J. 05/05/2011.

²⁵ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 276.

²⁶ Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116.

²⁷ Cf. SARMENTO, Daniel Souza (Org.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

²⁸ O que, segundo Elival da Silva Ramos, não pode ser confundido com a defesa do passivismo judiciário, cerne da crítica dos defensores do ativismo. Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131.

²⁹ Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLETT, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013.

Estabelecendo paralelos com a judicialização, o ativismo judicial também poderia ser destrinchado em formas e categorias distintas.

Quanto às formas³⁰, com referência ao objeto de atuação judicial, ou seja, aquilo sobre o que decidem os juízes e tribunais, seria possível separar o “ativismo substantivo ou material”, que diz respeito à concretização de direitos, em especial de direitos tidos como direitos fundamentais, por meio de provimentos de natureza final (sentenças e acórdãos), do “ativismo adjetivo ou processual”, mais relacionado à maneira como os processos se desenvolvem nos juízos e tribunais, a fim de tornar a jurisdição mais rápida ou efetiva.

Já quanto às categoriais, tomando por referência a própria atuação judicial, assumindo que o ativismo pode representar tanto o alargamento quanto a diminuição do escopo de atuação processual e material dos juízos e tribunais, seria possível destacar o “ativismo de expansão ou usurpação”, que se dá pela afirmação da capacidade judicial em detrimento das demais, e o “ativismo de retração ou autorrestrrição”, pela abdicação de capacidade de atuação que, a princípio, teria sido garantida ou pretendida pelo próprio ordenamento³¹.

Levando em consideração essa complexidade, em minucioso trabalho a respeito do tema, Carlos Alexandre de Azevedo Campos³² propõe o estudo do fenômeno do ativismo judicial a partir de múltiplas dimensões, que podem assim ser designadas: a dimensão metodológica, a dimensão processual, a dimensão estrutural ou horizontal, a dimensão de direitos e a dimensão antidialógica.

A dimensão metodológica do ativismo relaciona-se com o “modo de interpretar os dispositivos constitucionais ou legais, expandindo ou reduzindo os significados para além ou aquém dos sentidos mais imediatos e compreensíveis, e, às vezes, até mesmo contra esses sentidos”³³, lançando-se a participar ativa e criativamente na construção da ordem jurídica.

³⁰ Cf. ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. Ativismo judicial no ritualismo processual. *Direito Público*, Brasília, DF, v. 10, n. 57, maio/jun. 2014.

³¹ Cf. TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

³² Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 276.

A dimensão processual, por sua vez, é revelada pelo alargamento do campo de aplicação e da utilidade dos processos constitucionais postos à sua disposição, sobretudo pela ampliação das hipóteses de cabimento das ações e dos recursos, bem como de seus efeitos, o que, quando realizado pelas instâncias superiores, acaba imprimindo consequências também sobre a liberdade de atuação das instâncias ordinárias.

A dimensão estrutural ou horizontal, que se mostra pela interferência constante ou incisiva dos juízes e tribunais sobre as decisões prévias tomadas pelos agentes dos demais poderes, ou, ainda, pela interferência dos juízes e tribunais nessas decisões e de como eles vêm atuando livremente em áreas tradicionalmente ocupadas apenas pelos demais atores políticos.

A dimensão de direitos ou ativismo judicial de direitos, que remete ao avanço de posições de liberdade, igualdade social sobre os poderes públicos, reduzindo margens de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado (dimensão negativa ou de defesa), ou interferindo em medidas de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas (dimensão positiva ou prestacional).

A dimensão antidialógica, pela afirmação dos juízes e tribunais, mas, sobretudo, da corte constitucional, não apenas como últimos intérpretes da Constituição, mas como únicos e exclusivos, em detrimento de todos os demais, fechando as hipóteses de (re)discussão acerca de determinada questão constitucional, ou, em outros termos, impedindo o debate institucional.

Por fim, pontua o referido autor, essa abordagem multidimensional permite identificar que essas dimensões, embora conceitualmente opostas, podem se dar de maneira coordenada, de tal modo que “o ativismo pode servir a propósitos de restrição judicial ou, ao contrário, desenvolvimentos restritivos podem servir a propósitos ativistas”, intercalando decisões ativistas de meio e decisões ativistas de resultado³⁴.

³⁴ O autor traz como exemplo o clássico julgamento de *Marbury v. Madison*. Para ela, a decisão consistiu em um ativismo de meio para alcançar um resultado de autorrestricção judicial. A afirmação da *judicial review* sem previsão clara na Constituição Americana e seu, então, inédito exercício serviram ao próprio imediato e estratégico de deferência ao Poder Executivo. O ativismo foi o meio e a autorrestricção foi o resultado. Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 205.

Feitas essas considerações, para os fins propostos, levando em conta a forma como o debate tem-se colocado na literatura já popularizada, vale a pena seguir um conceito mais estrito de ativismo judicial, servindo para representar exercício da função jurisdicional fora da previsão trazida pelo próprio ordenamento, naquilo que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar³⁵, valendo acrescentar que “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”³⁶.

3. A caracterização dos fenômenos

Tendo em conta os elementos trazidos nos tópicos anteriores, já se torna possível estabelecer alguns elementos visando à caracterização e, sobretudo, diferenciação dos fenômenos. Essa distinção, por sua vez, pode se dar tanto em atenção às origens de cada um deles, ou, como se verá a seguir, as causas preponderantes, quanto como cada um deles se estabelece em relação aos limites do ordenamento. Vale a pena, então, trazer algumas considerações a respeito dessas notas distintivas de cada um deles:

(a) A judicialização

A princípio, não é difícil perceber que a judicialização é desencadeada por situações de conflito externas que se referenciam ao direito e à jurisdição em busca de uma solução. Assim, como as normas não são cumpridas, as instituições não desempenham adequadamente o papel para que foram criadas, os limites éticos e morais não são suficientes para ajustar as condutas, e tendo em vista que estas rupturas de expectativas não são absorvidas pelas outras esferas políticas e sociais, socorrem-se a mais normas e mais jurisdição na tentativa de normalização.

³⁵ Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

³⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 586.

Para além dessas considerações mais genéricas, a doutrina tem-se esforçado para encontrar causas ou fatores que, mantidas as demais condições, são capazes de, por si ou em conjunto, propiciar o surgimento, o desenvolvimento e o aprofundamento do fenômeno da judicialização em determinado cenário. Esses fatores podem ser congregados, para fins didáticos em quatro tipos de explicações ou conjuntos de hipóteses, não mutuamente exclusivos: a explicação funcionalista, a explicação normativista, a explicação institucionalista e a explicação realista.

O primeiro conjunto de hipóteses, que pode ser chamado explicação funcionalista, remete o fenômeno a transformações político-sociais ocorridas nas últimas décadas, apontando, como fatores favoráveis à judicialização, por exemplo, o aumento do Estado e de suas atribuições, especialmente no aspecto social, o fortalecimento do Executivo, de suas agências e regulação administrativa; o desenvolvimento da urbanização, da industrialização, do capitalismo e globalização, além de, no aspecto cultural, a perda de valores morais individuais ou coletivos que tipicamente tem ocorrido nessas sociedades.

Já o segundo conjunto de hipóteses, endereçado como a explicação normativista, relaciona a judicialização a transformações ligadas ao próprio sistema jurídico-judicial, indicando, como fatores capazes de favorecer o fenômeno, por exemplo, a expansão da positividade de direitos fundamentais no bojo das Constituições, o aumento geral da produção da legislação, sobretudo de caráter principiológico, a expansão da ideia de acesso à justiça e à preferência de certos grupos pela via judicial em detrimento de outros meios de resolução de conflitos.

O terceiro conjunto de hipóteses, designado como explicação institucionalista, liga a judicialização a transformações de caráter político-institucional, relacionando como fatores relevantes, por exemplo, a expansão da democracia favorecida em cenários pluralistas, em que convivem diversas ideias políticas; marcados por alta fragmentação do poder, especialmente em casos de divisão funcional ou territorial; além de sobreposição de diversas esferas de controle, inclusive de ordem internacional, com a formação de múltiplos pontos de veto.

O quarto conjunto de hipóteses, que podem ser chamadas em conjunto de explicação realista, estabelece a judicialização como uma estratégia de poder das classes políticas, sendo, por isso, favorecida em cenários de insegurança política; em transições de regimes; bem como fomentada pelo comportamento dos juízes e tribunais ao aceitarem

novas demandas, decidindo efetivamente intervir nas relações políticas e sociais até então consideradas fora de suas respectivas esferas de atuação.

Do que se tem, a judicialização, ainda que possa ser afetada pelo parâmetro de comportamento dos juízes e tribunais, constitui-se como um fenômeno essencialmente contingencial, ou seja, decorre de uma conjunção de fatores, sendo que uma boa parte deles se estabelece independentemente da vontade dos juízes e tribunais. Outrossim, a judicialização se estabelece, ao menos a princípio, de acordo com (ou dentro dos) limites previstos pelo ordenamento para a atuação judicial, ainda que estes limites estejam em desacordo (ou fora) com os limites ideais, conforme desenhados pela teoria clássica ou tradicional³⁷.

(b) O ativismo judicial

Enquanto na judicialização são múltiplos os fatores que podem favorecer sua ocorrência, sem que um possa se ter como determinante, no ativismo há pelo menos um fator que pode ser considerado essencial, que é a predisposição ou vontade dos juízes e tribunais para a adoção de determinados comportamentos no exercício da atividade jurisdicional, que leva o juiz ou o tribunal a atuar fora (para além ou aquém) dos limites balizados no ordenamento.

Em outras palavras, seguindo a linha comum dos estudos sobre o tema, o ativismo apresenta um inegável caráter comportamental³⁸, de modo que, muito embora diversos outros fatores possam incentivar o fenômeno, este não ocorrerá enquanto os agentes do Judiciário, por sua disposição, mantiverem sua atuação dentro dos limites previstos no ordenamento, seja no momento da definição de sua própria capacidade de atuação, seja quando da própria concretização do direito material ou processual.

³⁷ Em outras palavras, a compreensão da judicialização deve-se dar a partir da construção de dois modelos: um modelo ideal, que pode ou não corresponder à realidade, mas que servirá de ponto de partida para a análise; e um modelo real, preocupado com a maneira como esses perfis e princípios efetivamente atuam e interagem, investigando se verdadeiramente correspondem ao significado e conteúdo proposto e quais as alterações relevantes. Cf. VIARO, Felipe Albertini Nani. *A judicialização da vida – aspectos da judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2016. f. 331. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

³⁸ Cf. YOUNG, Ernest A. Judicial activism and conservative politics. *Colorado Law Review*, v. 73, n. 4, 2002. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2526&context=faculty_scholarship> Acesso em: 9 out. 2016.

Nos comentários de Clarissa Tassinari³⁹, enquanto a judicialização emerge tanto de um contexto social de exigência de direitos, bem como de um arranjo político de desídia de implementação destes fora da jurisdição (questões que se imbricam mutuamente), o ativismo é gestado no seio da sistemática jurídica, referindo-se a uma conduta dos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Por isso, o ativismo judicial é, antes de tudo, um problema de teoria do direito, mais precisamente da teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha o problema da interpretação no Direito.

Nessa esteira de raciocínio, é fácil perceber que o problema na caracterização do ativismo judicial enfrenta as mesmas dificuldades inerentes ao processo de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, até porque o próprio parâmetro utilizado para caracterizar uma posição ou decisão como ativista ou não depende da correta análise sobre a leitura adequada acerca de um determinado dispositivo constitucional ou infraconstitucional⁴⁰.

E como se pode anteciper, a simples invocação de ideias opostas ao comportamento ativo, tal como a autocontenção, ou autorrestricção, também não resolve bem o problema, já que o que se discute é a atuação ideal, evitando tanto o exercício para além em detrimento das demais esferas quanto o exercício aquém, em processo naquilo que poderia ser qualificado como a deslegitimação do juiz constitucional para sua atuação em áreas em que a própria Constituição optou pela sua intervenção⁴¹.

Assim, em outras palavras, critérios inerentes à ideia de autocontenção, ou autorrestricção, como a “deferência em favor de outros poderes” e a “prudência como mecanismo de preservação da própria autoridade judicial”⁴², não podem ser aplicados de tal forma ou com tal intensidade que venham a subtrair uma capacidade funcional que foi atribuída pela decisão política que foi veiculada pela Constituição, sob pena de prejuízo para a própria noção de supremacia constitucional.

³⁹ Cf. TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileiras e norte-americana*. 2012. f. 44-45. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

⁴⁰ Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 176.

⁴¹ Cf. TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴² Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 182-183.

A partir dessas considerações, a doutrina tem-se esforçado para traçar os limites para nortear a avaliação de uma posição ou decisão como ativista. Muito embora não caiba aqui trazer uma lista extensa acerca de cada uma dessas teorias, apenas a título de exemplo, três teorias podem ser mencionadas:

Em primeiro lugar, encontra-se a famosa doutrina do “ato político”, “ato de governo” ou “questões políticas”⁴³. Formada no Direito Constitucional estadunidense, a doutrina está diretamente ligada às regras de justiciability⁴⁴, ou seja, os limites pelos quais as cortes de direito podem exercer sua autoridade, estabelecendo que algumas questões, pela sua própria natureza, são fundamentalmente políticas, e se a questão é fundamentalmente política, então as cortes de direito devem se recusar a examinar o caso⁴⁵.

Tal doutrina, entretanto, tem sido objeto de crítica, sobretudo pela impossibilidade de se definir, a partir de critérios claros e objetivos, quais atos poderiam ou não ser sujeitos à apreciação judicial. Não serviria, portanto, para constituir o parâmetro rígido para saber quando deve o Judiciário atuar, nem estabelece como esta atuação deve se dar, sendo, por isso, de pouca utilidade prática para fins de caracterização do ativismo judicial.

Em segundo lugar, outra teoria que merece ser referenciada é aquela trazida por Elival da Silva Ramos, em sua obra “Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos”, separando cinco níveis, ou graus, de intensidade pelos quais o controle jurisdicional dos atos do Poder Público se desenvolve, assim escalonados: a inexistência de controle; o controle mínimo; o controle médio-fraco; o controle médio-forte, e o controle máximo, cada qual estabelecendo uma maior possibilidade de intervenção⁴⁶.

⁴³ Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25.

⁴⁴ Cf. CHERMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law – principles and policies*. 3rd ed. New York: Aspen, 2006.

⁴⁵ “No Brasil, a doutrina encontrou respaldo na lição de Rui Barbosa. Nesse sentido, na referência do autor trazida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho: ‘Se o governo se serviu, conveniente ou inconvenientemente, de faculdades que se supõem suas, cabe ao Congresso julgar, é a questão política’. E, ‘se cabem, ou não cabem, ao governo as atribuições de que se serviu, ou se, servindo-se delas, transpôs, ou não, os limites legais, pertence à justiça decidir. É a questão jurídica’. Finaliza, então: ‘O Congresso julga da utilidade. O Supremo Tribunal, da legalidade. O critério do Congresso é a necessidade governativa. O do Supremo Tribunal é o direito escrito’”. (Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.).

⁴⁶ Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 160-163.

Além de cinco parâmetros para o exercício da atividade jurisdicional, quais sejam: a “vinculação da interpretação ao texto-base”, o reconhecimento de “exigências sistêmicas”, os casos de necessária “intervenção legislativa para o desdobramento de princípios constitucionais”, o respeito à “limitação eficaz das normas constitucionais”, e, por fim, a atenção aos parâmetros específicos para aplicação das ferramentas, como a modulação dos efeitos temporais das decisões de controle e a utilização de sentenças interpretativas⁴⁷.

Em terceiro lugar, não se pode deixar de mencionar os trabalhos centrados na hermenêutica jurídica, como, por exemplo, a Lenio Luiz Streck⁴⁸, que, a partir de sua *Crítica hermenêutica do direito* propõe o combate ao problema por três frentes: uma nova teoria das fontes, pela aplicação intransigente da Constituição, a redefinição do papel dos princípios, que, concebidos como normas, passam a limitar a decisão na defesa da integridade do direito, e enfrentamento da discricionariedade judicial, por meio da teoria da decisão judicial, apresentando um novo modo de compreender a interpretação jurídica.⁴⁹

4. Conclusão

Como se pode perceber, a judicialização e o ativismo judicial, embora se coloquem em um contexto comum, têm notas características distintas. Essa caracterização, por sua vez, se estabelece tanto em relação à causa preponderante, a origem de cada fenômeno, quanto aos limites previstos para a atuação judicial.

Assim, a judicialização é preponderantemente contingencial, ou seja, decorre de uma série de fatores, e, ao menos a princípio, se desenvolve dentro dos limites previstos no ordenamento para a atuação judicial, ainda que em detrimento de uma visão doutrinária tradicional acerca desses mesmos limites, e embora o ativismo judicial, que se desenvolve fora dos limites previstos no ordenamento, possa também incentivar seu surgimento, desenvolvimento e expansão.

⁴⁷ Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁴⁹ Cf. TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

Já o ativismo judicial é preponderantemente comportamental, ou seja, decorre principalmente da vontade do órgão jurisdicional em substituir o ordenamento tal como desenhado, por um ordenamento tal como por ele idealizado, o que pode levar tanto à reconfiguração dos limites da atuação judicial em relação às demais esferas quanto à ressignificação das normas de direito material e processual trazidas no ordenamento no momento de sua aplicação pelo órgão jurisdicional.

Nesse sentido, “quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização”; enquanto isso, o ativismo judicial liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização, o que, no caso específico, representa “um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretense ‘avanço’ seja para manter o *status quo*)”⁵⁰.

Se de um lado, judicialização e ativismo judicial são conceitos separados, que podem ser medidos por diversos parâmetros, sendo possível cogitar, em tese, a judicialização sem ativismo (bastando que os juízes atenham-se aos limites propostos) e o ativismo sem judicialização (tomando-se, por exemplo, a ideia de judicialização como tendência, e a decisão ativista como um impulso isolado), de outro, é inegável que a judicialização facilita, ou, ainda, “abre as portas”⁵¹, para o ativismo⁵².

E, da mesma maneira, mas sob outra ótica, se, de um lado, é possível conceber que o aumento da busca pelo Poder Judiciário para a discussão de determinadas questões e conflitos seja estimulado por posturas ativistas de juízes e tribunais, no lado oposto, a excessiva procura pela via jurisdicional pode acabar ensejando o ativismo, mas

⁵⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O Rubicão e os ovos do condor*: de novo, o que é ativismo? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 9 jan. 2016.

⁵¹ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações. *Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, ano 1, n. 2. Disponível em: <<http://revistasistemas.com.br/index.php/systemas/article/download/21/16>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

⁵² Mais além, diversas causas do ativismo judicial conforme apontadas por Elival da Silva Ramos aparecem também como explicação para a judicialização. (Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314-315.)

agora pela adoção de posturas de autocontenção e autorrestrrição⁵³, visando à contenção dessa demanda⁵⁴.

Tanto a judicialização quanto o ativismo trazem repercussões para o bom funcionamento das instituições, colocando-se a correta compreensão de seus conceitos e características o pressuposto necessário à superação das complexidades advindas de cada um dos fenômenos, em problemas que permanecem candentes no imaginário jurídico nacional e internacional.

⁵³ Nesse sentido, por exemplo, aquilo que se entende por “jurisprudência defensiva”. (Cf. OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de et al. *A jurisprudência defensiva ainda pulsa no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-06/jurisprudencia-defensiva-ainda-pulsa-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 26 ago. 2015).

⁵⁴ Cf. VIARO, Felipe Albertini Nani. *A judicialização da vida – aspectos da judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2016. f. 177. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

Referências

ACKERMAN, Bruce. *The new separation of powers*. Harvard Law Review, Cambridge, v. 113, n. 3, Jan. 2000.

ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. Ativismo judicial no ritualismo processual. *Direito Público*, Brasília, DF, v. 10, n. 57, maio/jun. 2014.

BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2004. [Ed. original: 1893].

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n. 58, jan.-mar. 2007.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2009.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BLICHTNER, Lars; MOLANDER, Anders. What is juridification. *Arena Centre for European Studies Working Paper*, n. 14, 2005. Disponível em: <<http://www.nova.no/content/download/21760>> Acesso em: 4 set. 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1980.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 127-39, 2004.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de; MARONA, Marjorie Corrêa. Por um conceito operacional de judicialização da política. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 7., 2010, Recife.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law – principles and policies*. 3rd ed. New York: Aspen, 2006.

CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. *Alceu*, v. 5, n. 9, jul.-dez. 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1998: judicialização da política e politização da Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, out.-dez. 1994.

_____. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O papel político do Judiciário e suas implicações. *Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, ano 1, n. 2. Disponível em: <<http://revistasystemas.com.br/index.php/systemas/article/download/21/16>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Tradução de Francisco Aragão. [Ed. orig.: *Le gardien des promesses: justice et démocratie*. Paris: O. Jacob, 1996.].

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

_____. The global spread of constitutional review. In: WITTINGTON, Keith; KETLEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University, 2008.

_____. *The judicialization of administrative governance: causes, consequences and limits*. Disponível em: <http://works.bepress.com/tom_ginsburg/70>. Acesso em: 26 jun. 2015.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. v. 3.

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *The power of judges: a comparative study of courts and democracy*. New York: Oxford University, 2002.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University, 2007.

_____. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro

Gimenez Cantisano. *Revista do Direito Administrativo*, v. 251, 2009. (Original publicado em *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006).

_____. *Judicialization of mega-politics and the rise of political courts*. Disponível em: <<http://pgil.pk/wp-content/uploads/2014/05/Ran-Hirschl-judicialisation-of-politics.pdf>> Acesso em: 5 jul. 2015.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57>> Acesso em: 17 jan. 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de et al. *A jurisprudência defensiva ainda pulsa no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-06/jurisprudencia-defensiva-ainda-pulsa-codigo-processo-civil>> Acesso em: 26 ago. 2015.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. *Revista USP*, n. 21, 1994.

SARMENTO, Daniel Souza (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v. 35, n. 1, 1947.

SHAPIRO, Martin; STONE-SWEET, Alec. *On law, politics, and judicialization*. New York: Oxford, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *O Rubicão e os ovos do condor: de novo, o que é ativismo?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>> Acesso em: 9 jan. 2016.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford, 2000.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

VALLINDER, Torbjörn. The judicialization of politics: a world-wide phenomenon: Introduction. *International Political Sciences Review*, v. 15, p. 91-99, April 1994. Disponível em: <<http://ips.sagepub.com/content/15/2.toc>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

VASCONCELOS, Edson de Aguiar. *Possibilidade e limites da Justiça Eleitoral: riscos de um ativismo eleitoral exacerbado*. Disponível em: <http://www.tre-rj.jus.br/eje/gecoi_arquivos/arq_100713.pdf> Acesso em 8 out. 2016.

VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de Justiça distributiva no Brasil: o processo judicial pós-1988*. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIARO, Felipe Albertini Nani. *A judicialização da vida – aspectos da judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2016. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

A hermenêutica constitucional como forma de conferir efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana na temática da pessoa transexual

Frederico dos Santos Messias¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Antes de iniciar a abordagem deste tema, admito, polêmico, é preciso um exercício de afastamento de nossas convicções pessoais sobre moralidade e religião, ficando nossa análise em uma direção estritamente jurídica, sob as luzes, principalmente, da Constituição Federal.

Para o Magistrado Paulista Luis Fernando Cirillo, a interpretação é entendida como obtenção do sentido verdadeiro, ou seja, como a apresentação de sinônimos ou a descoberta de uma verdade representativa.

E, citando Carlos Maximiliano, afirma que a Hermenêutica é entendida como sistema de interpretação. É apresentada como a teoria científica da arte de interpretar; subordinada ao Direito como ciência geral, e com o auxílio da Sociologia e da Filosofia Jurídica, oferece os processos de interpretação articulados num sistema.^{2,3}

Nessa quadra, inegavelmente, estamos vivenciando uma revolução, não de armas, mas de conceitos.

Proposições antigas cedem espaço a uma nova realidade, agora alicerçada no direito fundamental à diferença.

Peço licença para citar um trecho de voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Aliomar Baleeiro, proferido no ano de 1968:

¹ Titular da 4ª Vara Cível da Comarca de Santos, Especialista Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura, Corregedor dos Cartórios de Registro Civil da Comarca de Santos.

² CIRILLO, Luis Fernando. Richard Rorty e Carlos Maximiliano: uma leitura pragmatista da interpretação jurídica. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 15, n. 2. 2015.

³ Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas. A enorme dificuldade do velho modelo tecnicista não desconfia do mundo e prende-se nas suas certezas. (FEDRIGO, Camila Paese; DIAS, Maria Berenice; NOVAES, Rosângela. *Multiplidade e direito* – as novas cores do ordenamento jurídico brasileiro: artigos e fotos selecionados. Bento Gonçalves: Associação Refletindo Direito, 2015. p. 89.).

[...] MAS O CONCEITO DE “OBSCENO”, “IMORAL”, “CONTRÁRIO AOS BONS COSTUMES” É CONDICIONADO AO LOCAL E À ÉPOCA. INÚMERAS ATITUDES ACEITAS NO PASSADO SÃO REPUDIADAS HOJE, DO MESMO MODO QUE ACEITAMOS SEM PESTANEJAR PROCEDIMENTOS REPUGNANTES ÀS GERAÇÕES ANTERIORES. A POLÍCIA DO RIO HÁ 30 OU 40 ANOS NÃO PERMITIA QUE UM RAPAZ SE APRESENTASSE DE BUSTO NU NAS PRAIAS E PARECE QUE SÓ MUDOU DE CRITÉRIO QUANDO O EX-REI EDUARDO VIII, ENTÃO PRINCIPE DE GALES, ASSIM SE EXIBIU COM O IRMÃO EM COPACABANA. O CHAMADO BIKINI (OU DUAS PEÇAS) SERIA INCONCEBÍVEL EM QUALQUER PRAIA DO MUNDO OCIDENTAL HÁ 30 ANOS. NEGRO DE BRAÇO DADO COM BRANCA EM PÚBLICO OU PROPÓSITO DE CASAMENTO ENTRE AMBOS, CONSTITUÍA CRIME E ATENTADO AOS BONS COSTUMES EM VÁRIOS ESTADOS NORTE-AMERICANOS DO SUL, ATÉ TEMPO BEM PRÓXIMO DO ATUAL [...]⁴

De se anotar que, nesta fase de transição entre realidades diferentes, não se consegue identificar o exato momento da ruptura, as alterações são contínuas, de modo que haverá um tempo em que ambas conviverão, fazendo aflorar, em maior escala no início da transição e em menor escala no seu final, momentos de conflito entre ambas.

Avançando, pois, na análise jurídica do tema, afastado de início a ideia de que haveria uma lacuna no sistema capaz de não reconhecer os direitos perseguidos legitimamente pelos transexuais.

A Constituição Federal fornece, com sobras, o suporte necessário para amparar a tese.

No entanto, tendo como ponto de partida a Constituição, afigura-se fora de dúvida o predomínio da ideia de dignidade como autonomia. Dentro de uma perspectiva histórica, a Carta de 1988, representou uma ruptura com o modelo ditatorial, intervencionista, constituindo o marco inicial da reconstrução democrática do Brasil. Daí sua ênfase nas liberdades pessoais, parte essencial de um longo elenco de direitos individuais e garantias procedimentais.⁵

⁴ Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, Recurso em Mandado de Segurança 18.534, 2ª TURMA, julgado em 01 de outubro de 1968.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Parecer, 5 de abril de 2010. Rio de Janeiro: Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

No seu preâmbulo, há afirmação expressa de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, tendo como um valor supremo a sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Ainda, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República, conforme artigo 1º, da Constituição Federal.⁶

Na lição do Ministro Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana funciona, assim, como fator de legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral. Tais considerações não minimizam a circunstância de que se trata de uma ideia polissêmica, que funciona, de certa maneira, como um espelho: cada um nela projeta sua própria imagem de dignidade. E, muito embora não seja possível nem desejável reduzi-la a um conceito fechado e plenamente determinado, não se pode escapar da necessidade de lhe atribuir sentidos mínimos. Onde não há consenso, impõe-se escolhas justificadas e convenções terminológicas.

E continua o Professor para dizer que na sua expressão mais essencial, a dignidade exige que toda pessoa seja tratada como um fim em si mesma, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano. A vida de qualquer ser humano tem uma valia intrínseca. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade da pessoa humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade da pessoa humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela. No mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, fonte dos direitos materialmente fundamentais.

Para arrematar, o Mestre afirma, com precisão, que integram o conteúdo da dignidade a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas.⁷

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová*: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Parecer, 5 de abril de 2010. Rio de Janeiro: Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

Mais à frente, em seu artigo 3º, inciso IV, a Constituição Federal estabelece como objetivo fundamental da República promover o bem de todos, sem preconceitos, entre outros, de sexo, terminando com a cláusula aberta “quaisquer outras formas de discriminação”.⁸

De se lembrar, também, que a Constituição Federal é, na sua essência, um diploma normativo inclusivo, donde não se deve admitir qualquer interpretação do seu texto capaz de reconhecer e admitir alguma forma de discriminação, protegendo o cidadão de sofrimentos evitáveis na sua esfera social de relacionamentos cotidianos.

Importante perceber que, o princípio da dignidade da pessoa humana erigido, como vimos, em pilar do eixo central de garantias da Constituição Federal, comporta uma dimensão existencial capaz de permitir que os cidadãos busquem a própria felicidade, fazendo livremente as escolhas que lhes pareçam mais acertadas.

Aliás, a evolução da doutrina dos direitos humanos caminha para reconhecer sujeitos específicos de direitos, dando ao indivíduo uma visão particularizada, o que importa, como consequência, na hipótese de ocorrência de alguma violação dos seus direitos, em uma resposta individual, própria para uma determinada categoria tida como vulnerável no meio social, as chamadas minorias.

Então, cabe indagar: Quem é o transexual? Quem é essa pessoa que está a merecer essa especial proteção do Estado enquanto integrante de uma minoria, exigindo uma visão particularizada no meio social em que vive?

O transexual é o indivíduo que nasceu homem ou mulher, segundo os critérios então vigentes para a definição do sexo, porém cresceu e se desenvolveu no seu íntimo como um indivíduo do sexo oposto, com hábitos, reações e aspecto físico diverso do seu sexo morfológico.

Ser transexual, no Brasil, atualmente, é pertencer a um grupo invisível ou cuja visibilidade é ínfima. Transexuais são, na maioria das vezes, subcategorizados através de conceitos ligados à orientação sexual (como gay ou homossexual), que não se mostram aptos a enquadrá-los. O termo define identidade de gênero, mas as confusões conceituais são

⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

significativas dada a falta de conhecimento que os indivíduos da sociedade, em geral, possuem acerca das pessoas transexuais. No âmbito jurídico, trata-se de pessoas que, muito embora se identifiquem como homens ou mulheres, não são vistas da forma como se apresentam. O binarismo baseado na genitália (possuir pênis para ser identificado como homem e vagina para ser identificada como mulher) acarreta consequências significativamente negativas na vida de tais indivíduos.⁹

Há, no indivíduo transexual, e isto se revela extremamente importante, um repúdio ao sexo morfológico. Inclusive, o transexual não se enxerga como uma pessoa homossexual.

Ele estranha o próprio corpo que a natureza lhe deu ao nascer, gerando uma perigosa frustração, um desconforto que conduz à auto-mutilação e ao autoextermínio.

A ambiguidade sexual decorrente do fenômeno da transexualidade é meramente biológica, porque no sentido psicossocial, o transexual tem a convicção de pertencer ao sexo oposto, com sentimentos, percepções, índole e conduta assim condizentes, em contraposição à sua genitália, que avilta o seu espírito.

Avançando na ideia de reconhecimento de direitos ao transexual, em que pese tratar-se de formalidade administrativa que não interfere no direito constitucional de escolha do seu projeto de vida, o registro público torna-se importante ante sua natureza jurídica.

Registro é o conjunto de atos autênticos tendentes a ministrar prova segura e certa do estado das pessoas. Ele fornece meios probatórios fidedignos, cuja base primordial descansa na publicidade que lhe é imanente. Essa publicidade de que se reveste o registro tem função específica: provar a situação jurídica do registrado e torná-la conhecida de terceiros.¹⁰

A Lei de Registros Públicos (Lei 6015/1973), cuja finalidade é conferir autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos da vida civil, adotou como critério distintivo dos sexos a conformação da genitália, ou seja, pênis para o sexo masculino e vagina para o sexo feminino.

⁹ FEDRIGO, Camila Paese; DIAS, Maria Berenice; NOVAES, Rosângela. *Multiplicidade e direito* – as novas cores do ordenamento jurídico brasileiro: artigos e fotos selecionados. Bento Gonçalves: Associação Refletindo Direito, 2015. p. 74-75.

¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil; direito de família*. São Paulo, Saraiva, 1974. p. 81.

Esclarece Walter Ceneviva, sobre esse ponto, que a autenticidade é qualidade do que é confirmado por ato de autoridade. A segurança, como libertação de riscos, é, em parte, atingida pelos registros públicos. Eficácia é a aptidão de produzir efeitos jurídicos, calcada na segurança dos assentos, na autenticidade dos negócios e declarações para eles transpostos.¹¹

Ocorre, porém, que, nos dias atuais, o critério do sexo aparente estabelecido pela Lei de Registros Públicos não é suficiente para a definição do gênero, impondo-se a consideração das condições psicológicas e sociais do indivíduo, definidoras de sua real sexualidade.

O transtorno de identidade sexual é doença catalogada na 10a Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde (CID 10), vindo a cirurgia de redesignação de sexo como solução terapêutica para estes casos.

Aqui, cabe abrir um parêntese para afirmar que, em que pese a catalogação da OMS servir como fundamento para a superação do óbice previsto no Artigo 13, do Código Civil, que somente autoriza a disposição de parte do próprio corpo por exigência médica, ousar dizer que: 1) não estamos diante de hipótese patológica; 2) o procedimento médico não é ato essencial para a definição do gênero.

A identidade sexual integra, ao meu sentir, os direitos da personalidade.

Afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da sua real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

Nesse diapasão, é absolutamente irrelevante para a definição do direito de alterar o gênero e o prenome que constam do registro civil a realização do procedimento cirúrgico de redesignação sexual.

O transexual já sente, em seu íntimo, pertencer ao sexo oposto, de modo que a realização ou não do procedimento de redesignação sexual se mostra irrelevante para a definição do gênero e, por consequência, do direito de alteração do prenome.

O Poder Judiciário avançou bastante no tema, mesmo que o caminho ainda seja longo para a integral concretude dos direitos dos transexuais.

¹¹ CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4-5.

Walter Ceneviva, citando decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, lembra que o Poder Judiciário Bandeirante decidiu ser impossível retificar assento de nascimento para o fim de ficar constando mudança de sexo decorrente de ato cirúrgico errado, quiçá até criminoso, para atribuir ao interessado sexo que na realidade não tinha, nem poderá jamais ter.

Prossegue o autor para dizer que o caso cuidou de pessoa registrada, ao nascer, como do sexo masculino. Todavia, os órgãos genitais caracterizadores de tal sexo ficaram atrofiados. Passou a ter mamas salientes e outros sinais femininos. Submetido a exames e tratamento psicoterápico, mais tarde, veio a ser operado, quando lhe foram tirados aqueles órgãos, abrindo-se-lhe espécie de vagina, embora não tivesse útero nem ovários. O processo decorreu de seu pedido de retificação do registro, a fim de ficar constando que seu sexo era o feminino.

Por fim, afirma que concluiu o acórdão ser lamentável a situação criada pela operação, mas afirmou não ser possível dar-lhe sexo que não tem e que poderá levar pessoas a se unirem, em matrimônio, ao apelante, quando um dos fins do enlace (a procriação) jamais poderá ser atingido. Aliás, tivesse tido o apelado tratamento adequado, em tempo mais remoto, e poderia, tudo faz crer, ter chegado a ser um homem praticamente normal.¹²

Importante lembrar que, para os casos de indivíduos transexuais que realizaram a cirurgia de redesignação, a jurisprudência aceita com certa tranquilidade, quiçá de forma pacífica, a alteração do gênero e do prenome, inclusive com dois precedentes no Superior Tribunal de Justiça.¹³

Em ambos os casos, o fundamento usado para permitir as alterações do registro civil, na essência, foi a desconformidade entre o sexo biológico imposto ao nascer (critério legal) e o psicológico que vive no íntimo do indivíduo.

Nessa quadra, ao meu sentir, não há fundamento jurídico outro que possa impedir a autorização para mudança de sexo e prenome para os transexuais não operados.

¹² CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 218-219.

¹³ Superior Tribunal de Justiça, Recursos Especiais 1.008.398/SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, e 737.993/MG, Relator Ministro João Otávio de Noronha.

Não há, portanto, adotando-se o fundamento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, razão jurídica diversa que possa obstar o mesmo direito para os indivíduos transexuais não operados, pois estes também se sentem, no seu íntimo, como pertencentes ao sexo oposto.

A cirurgia de redesignação, na minha visão, é mera etapa complementar de todo um procedimento que inclui também, por exemplo, outras espécies de procedimentos cirúrgicos e a terapia hormonal.

Não é demais lembrar vários casos de pessoas que não podem se submeter ao ato cirúrgico ou que são temerosas em relação a qualquer espécie de intervenção médica.

Além disso, some-se que a redesignação do sexo feminino para o masculino constitui procedimento não comum e sujeito a maiores riscos do que a redesignação do sexo masculino para o feminino, além do que a eficácia do membro construído ainda é duvidosa no primeiro caso.

Lembro, por oportuno, que no caso da redesignação do sexo feminino para o masculino até mesmo o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS aceita a realização do procedimento.

Havendo, assim, e dessa exigência não há como se afastar, laudo técnico psicológico que ateste a condição de transexual (convicção íntima de pertencer ao sexo oposto), tal prova já é suficiente para permitir a alteração do gênero e do prenome, independentemente do ato cirúrgico.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de decisão monocrática, amparada na jurisprudência dominante da Corte, homologou sentença estrangeira que havia reconhecido o direito à alteração de gênero e prenome de pessoa transexual.^{14,15}

¹⁴ SENTENÇA ESTRANGEIRA Nº 13.233 - ES (2015/0020486-7) RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE DO STJ REQUERENTE: L L DE S ADVOGADO: WILLIAN VILELA DONIZETE DECISÃO L L DE S, brasileiro, qualificado na inicial, formulou pedido de homologação de sentença estrangeira proferida pelo Juizado de Primeira Instância N. 3 de Arrecife, Espanha, de autorização de mudança de sexo e de retificação de registro para mudança de prenome (e-STJ fls. 24/29). Tendo em vista a alteração do nome do requerente, foram citados terceiros possíveis interessados, não tendo havido contestação (e-STJ fl. 75). O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, Edson Oliveira de Almeida, por sua vez, manifestou-se favoravelmente ao pedido (e-STJ fl. 83). É o breve relatório. Decido. Sobre o tema em análise, o Exmo. Ministro Barros Monteiro, nos termos da decisão monocrática proferida na SE n. 2.149/IT, assim se manifestou: a jurisprudência brasileira vem admitindo a retificação do registro civil de transexual, a fim de adequar o assento de nascimento à situação decorrente da realização de cirurgia para mudança de sexo. In casu, extrai-se da r. sentença homologanda o seguinte trecho, litteris: Assim, no caso dos autos, temos que LEUMISON RIBEIRO LEANDRO, conforme os relatórios médicos apresentados, entre eles o do médico forense, foi diagnosticado o transtorno de gênero, submetendo-se a tratamento há mais de dois anos sim

[sic] que tenha nenhuma alteração psíquica que possa influenciar no transtorno de gênero (e-STJ fl. 21). O entendimento adotado na sentença homologanda coaduna-se, portanto, com a jurisprudência firmada por este Superior Tribunal de Justiça, revelando-se, assim, ausência de violação à ordem pública, à soberania nacional ou aos bons costumes (art. 17 da LINDB e art. 216-F do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça). No mesmo sentido, confirmam-se algumas decisões monocráticas proferidas: SE n. 11.387/DE, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 12/08/2014; SE n. 9.836/ES, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 14/03/2014; SE n. 9.101/IT, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 12/04/2013; SE n. 8.771/PT, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 13/03/2013; SE n. 4.241/IT, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe de 16/12/2011 e SE n. 6.442/IT, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe de 31/05/2011. Por fim, insta salientar que os documentos necessários à homologação foram devidamente apresentados: inteiro teor da sentença estrangeira autenticada por autoridade consular brasileira (e-STJ fls. 24/29), sua respectiva tradução por profissional juramentado no Brasil (e-STJ fl. 19/23), bem como a comprovação do seu trânsito em julgado, ocorrido em 10 de junho de 2014 (e-STJ fl. 19). Sendo assim, é possível concluir que os pressupostos indispensáveis ao deferimento do pleito foram observados (arts. 216-C e 216-D do RI/STJ), pelo que homologo o título judicial estrangeiro. Expeça-se a carta de sentença. Brasília (DF), 11 de setembro de 2015. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO Presidente.

- ¹⁵ SENTENÇA ESTRANGEIRA Nº 11.942 - IT (2014/0116950-3) RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE DO STJ REQUERENTE: E D L ADVOGADO: CRISTIANI MAYER REQUERIDO: O MESMO DECISÃO E D L, brasileiro, qualificado na inicial, formulou pedido de homologação de sentenças estrangeiras proferidas pelo Tribunal de Rimini, República Italiana, de autorização de tratamento médico-cirúrgico necessário para adequar os seus caracteres sexuais à condição feminina (e-STJ fls. 64/65) e de retificação de registro para mudança de gênero e de prenome (e-STJ fls. 66/67). Tendo em vista a alteração do nome do requerente, foram citados terceiros possíveis interessados, não tendo havido contestação (e-STJ fl. 86). O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, Edson Oliveira de Almeida, por sua vez, manifestou-se favoravelmente ao pedido (e-STJ fl. 92). É o breve relatório. Decido. Sobre o tema em análise, o Exmo. Ministro Barros Monteiro, nos termos da decisão monocrática proferida na SE n. 2.149/IT, assim se manifestou: a jurisprudência brasileira vem admitindo a retificação do registro civil de transexual, a fim de adequar o assento de nascimento à situação decorrente da realização de cirurgia para mudança de sexo. In casu, extrai-se da r. sentença homologanda de retificação de registro o seguinte trecho, litteris: As afirmações conclusivas do auxiliar do Juiz, que conclui a subexistência [sic] de indubitáveis e inequívocas condições psicosssexuais e somato-genitais de evidente marca feminina, depõem, com certeza, para o acolhimento da instância, fundada na tenaz convicção do recorrente de pertencer ao sexo feminino, condição já completamente realizada com a conversão dos seus caracteres sexuais primários e secundários, como se lê no relatório do perito. Perante a tais emergências processuais, não há nada a ser feito além de colocar em ação tais modificações intervindas e dar andamento ao seu pedido de atribuição do sexo feminino, o qual deve conseguir na sua íntegra, a atribuição de um primeiro nome que não haja obstáculo ao ser determinado como o assinalado 'Michelle' (e-STJ fl. 67). O entendimento adotado na sentença homologanda coaduna-se, portanto, com a jurisprudência firmada por este Superior Tribunal de Justiça, revelando-se, assim, ausência de violação à ordem pública, à soberania nacional ou aos bons costumes (art. 17 da LINDB e arts. 5º e 6º da Resolução n. 9/2005 do STJ). No mesmo sentido, confirmam-se algumas decisões monocráticas proferidas: SE n. 11.387/DE, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 12/08/2014; SE n. 9.836/ES, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 14/03/2014; SE n. 9.101/IT, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 12/04/2013; SE n. 8.771/PT, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 13/03/2013; SE n. 4.241/IT, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe de 16/12/2011 e SE n. 6.442/IT, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe de 31/05/2011. Por fim, insta salientar que os documentos necessários à homologação foram devidamente apresentados: inteiro teor das sentenças estrangeiras autenticadas por autoridade consular brasileira (e-STJ fls. 6/9 e 15/21), suas respectivas traduções por profissional juramentado no Brasil (e-STJ fls. 64/65 e 66/67), bem como comprovação do trânsito em julgado das decisões. Sendo assim, é possível concluir que os pressupostos indispensáveis ao deferimento do pleito foram observados, pelo que homologo os títulos judiciais estrangeiros. Expeça-se a carta de sentença. Brasília (DF), 10 de dezembro de 2014. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO Presidente.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é verdade, ainda refratário à alteração do gênero e do prenome sem a realização da cirurgia, há três importantes precedentes em sentido oposto.

Em Apelação da Relatoria do Desembargador Donegá Morandini, foi autorizada a alteração somente do prenome.¹⁶

Mais abrangente, na Apelação de Relatoria do Desembargador Vito Guglielmi e na Apelação da Relatoria do Desembargador Beretta da Silveira, o Tribunal admitiu, além do prenome, a alteração do gênero.¹⁷

Consta da primeira Apelação a observação no sentido de que a alteração deverá ser averbada no registro civil, informando que se deu por decisão judicial. Na visão da Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, de um lado assegura-se o direito de terceiros, pois não há rompimento com a vida civil anterior e, de outro, preserva-se a dignidade e a privacidade do interessado, pois a informação não constará dos documentos de uso diário, constando, segundo a decisão, apenas da certidão de nascimento.

Sobre esse ponto, penso que melhor se revela o decidido pela Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de que a informação seja anotada no livro registral, ao exclusivo conhecimento do interessado ou constando apenas das certidões de inteiro teor, somente expedidas com autorização judicial, nos moldes do que já acontece com os casos de adoção.

A vingar a tese de que se pode admitir nas certidões do registro público qualquer referência, ainda que genérica, sobre a alteração do gênero e do prenome, estar-se-ia perpetuando o constrangimento, em clara afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nessa mesma linha, em sede Recurso Especial, com origem em Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Ministro Marco Buzzi decidiu que:

[...] 1. Quanto à averbação, no livro cartorário, à margem do registro, de que a retificação do prenome e do sexo da requerente se deu em virtude

¹⁶ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 990.10.115057-3, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator Donegá Morandini.

¹⁷ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 0008359-56.2004.8.26.0505, 6ª Câmara de Direito de Privado, Relator Vito Guglielmi. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 0028083-77.2009.8.26.0562, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator Beretta da Silveira.

de decisão judicial, infere-se que a temática já foi objeto de manifestação por esta Corte, orientando-se no sentido da tese defendida pelo ora recorrente, com as devidas mitigações. Nesse contexto, destacam-se os seguintes julgados, o primeiro, resalte-se, colacionado como paradigma no presente apelo extremo, e cujo entendimento fora mitigado pela jurisprudência mais recente da Segunda Seção desta Corte: Mudança de sexo. Averbção no registro civil. 1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp nº 678.933/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, Terceira Turma, DJ 21/05/2007). REGISTRO PÚBLICO. MUDANÇA DE SEXO. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. DECISÃO JUDICIAL. AVERBAÇÃO. LIVRO CARTORÁRIO. 1. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional. 2. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo. 3. O acesso à via excepcional,

nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC. 4. A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive. 5. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade. 6. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial. 7. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 737.993/MG, Relator Ministro João Otávio Noronha, Quarta Turma, DJe 18/12/2009; grifou-se). Acerca do tema e perfilhando do mesmo entendimento, destaca-se ainda a decisão unipessoal proferida em sede de homologação de sentença estrangeira (SE nº 4179/IT), da lavra do Ministro Cesar Asfor Rocha, publicada em 15/04/2009, de cuja parte dispositiva assim constou: Posto isso, homologo o título judicial estrangeiro, observando, no entanto, que, conforme ressaltado em precedente desta Corte (REsp 678.933/RS) e nos termos dos parágrafos 4º e 6º do art. 109 da Lei 6.015/1973, deverá ficar consignado às margens do registro civil do requerente que as modificações do nome e do sexo decorreram de decisão judicial. Expeça-se a carta de sentença. O entendimento acima explicitado [possibilidade de averbação] fundamenta-se na necessária correlação entre o teor do registro e a realidade/veracidade fática, conforme destacado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, no precedente supramencionado: Não se pode esconder no registro, sob pena de validarmos agressão à verdade que ele deve preservar, que a mudança decorreu de ato judicial, nascida da vontade do autor e que

tornou necessário ato cirúrgico complexo. Trata-se de registro imperativo e com essa qualidade é que se não pode impedir que a modificação da natureza sexual fique assentada para o reconhecimento do direito do autor. (cf. REsp nº 678.933/RS). E ainda, segundo o Ministro João Otávio Noronha: Vale ressaltar que os documentos públicos devem ser fiéis aos fatos da vida, além do que deve haver segurança nos registros públicos. Dessa forma, no livro cartorário, à margem do registro das retificações de prenome e de sexo do requerente, deve ficar averbado que as modificações procedidas decorrem de sentença judicial em ação de retificação de registro civil. Tal providência decorre da necessidade de salvaguardar os atos jurídicos já praticados, objetiva manter a segurança das relações jurídicas e, por fim, visa solucionar eventuais questões que sobrevierem no âmbito do direito de família (casamento), no direito previdenciário e até mesmo no âmbito esportivo. (Cf. REsp 737.993/MG). Neste particular, portanto, merece acolhimento a pretensão recursal, com as ressalvas a seguir expostas. 2. No que concerne ao teor das futuras certidões, requer o Ministério Público Estadual, ora recorrente, que sejam expedidas com a menção genérica da existência de elementos de averbação à margem do termo, que somente poderão ser solicitadas mediante requerimento do interessado ou por requisição da autoridade judicial (fl. 207, e-STJ). No entanto, referido entendimento não merece prosperar, porquanto não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, orientada em sentido oposto. A fim de ilustrar, cumpre transcrever excerto do voto do Ministro João Otávio Noronha, ao enfrentar questão idêntica a que ora se analisa, em precedente cuja ementa foi acima transcrita: [...] tal averbação deve constar apenas do livro de registros, não devendo constar nas certidões do registro público competente nenhuma referência de que a aludida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de cirurgia de mudança de sexo, sob pena de manter a exposição do indivíduo a situações constrangedoras e discriminatórias. (cf. 737.993/MG).

Nesse sentido se destaca, outrossim, o acórdão proferido no julgamento do REsp nº 1.008.398/SP, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi (Terceira Turma, DJe 18/11/2009), cuja discussão se referia à hipótese muito semelhante ao presente caso, em que se determinou [...] que das certidões do registro público competente não conste que a referida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual. Ademais, no caso em tela, consoante se depreende dos autos, houve a apresentação de certidões expedidas por diversos órgãos estaduais e federais, de modo a resguardar eventuais direitos de terceiro. Desse modo, embora se admita a averbação, no livro cartorário e à margem do registro, de que alteração se deu em função de decisão judicial, a existência da mencionada averbação não deverá constar das futuras certidões do registro público, como imperativo da proteção à intimidade. 3. Do exposto, com fulcro no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou parcial provimento ao recurso especial, a fim de autorizar a averbação, apenas no livro cartorário e à margem do registro, de que a retificação do prenome e do sexo da requerente é oriunda de decisão judicial, sendo vedada, nos termos da fundamentação, qualquer menção a este fato nas certidões do registro público.¹⁸

Por fim, cabe dizer que, sobre esse tema, estamos atrasados, ao menos no aspecto legislativo.

É que, enquanto em países como a Alemanha há legislação que permite aos pais, quando do nascimento do filho, adotar o sexo como indefinido e a Argentina que editou a Lei de Identidade de Gênero, no Brasil, não há qualquer perspectiva nesse sentido.

O Brasil ainda sedimenta seu caminho, em passos lentos, com o reconhecimento por órgãos estatais do direito ao uso do Nome Social,

¹⁸ RECURSO ESPECIAL Nº 1.043.004 - RS (2008/0064846-9) RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL RECORRIDO: HORACILDO MARTINS VEIGA ADVOGADO: EDUARDO S MENDONÇA E OUTRO(S). Brasília (DF), 1º de agosto de 2013.

ou seja, aquele pelo qual o transexual pretende ver-se chamado no meio social em que vive, sem alteração no assento de nascimento.

Algumas entidades de caráter privado, caso de escolas e universidades, avançam ao criar banheiros sem identificação de gênero ou extinguindo comemorações ligadas ao gênero, substituindo, por exemplo, o dia das mães e dos pais pela festa da família.

Não há mais espaço para meia dignidade. Ou aplicamos a Constituição Federal em sua inteireza ou rasgamos o seu Texto. Não se pode admitir mais que o cidadão transexual seja colocado à margem da sociedade.

O Poder Judiciário, atento à evolução do fato social, tem cumprido o seu papel. Cabe agora ao legislador, representante dessa sociedade plural, fazê-lo.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto Davi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue: mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros*. Parecer, 2010. São Paulo: Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Parecer, 5 de abril de 2010. Rio de Janeiro: Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 15. ed. São Paulo, 2002.

CIRILLO, Luis Fernando. Richard Rorty e Carlos Maximiliano: uma leitura pragmatista da interpretação jurídica. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano 15, n. 2, São Paulo, 2015.

FEDRIGO, Camila Paese; DIAS, Maria Berenice; NOVAES, Rosângela. *Multiplicidade e direito – as novas cores do ordenamento jurídico brasileiro: artigos e fotos selecionados*. Bento Gonçalves: Associação Refletindo Direito, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

LOPES, M. M. Serpa. *Tratado dos registros públicos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil; direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de Jeová – como exercício harmônico de direitos fundamentais*. Parecer, 2009. São Paulo: Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová, 2009.

SARMENTO, Eduardo Sócrates C. *A dúvida na nova Lei de Registros Públicos*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade na Alemanha e no Brasil – aplicações ao Direito midiático

Heliana Maria Coutinho Hess^{1,2}

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Apontamentos sobre o Princípio da Proporcionalidade na Alemanha e no Brasil. 1. Introdução. 2. Histórico e conceito. 3. Proporcionalidade na lei fundamental e na doutrina alemã. 4. A ponderação em terras brasileiras: entre o razoável e o proporcional. 5. Interpretação e aplicação da proporcionalidade. 6. Direitos da personalidade e liberdade de imprensa. 6.1. Caso Caroline de Mônaco (Hannover). 6.2. O caso Daniella Cicarelli. 6.3. Caso do Romance Esra. 6.4. O caso das biografias não autorizadas. 7. Conclusão. Bibliografia.

Resumo: O artigo pretende comparar o princípio da proporcionalidade, histórico, conceito e elementos da doutrina e jurisprudência alemã e brasileira. Analisa a aplicação desse princípio para ponderar os direitos da personalidade e da liberdade de expressão e imprensa. São apresentados casos paradigmáticos e contemporâneos de ambos os países.

Palavras-chave: Princípio da Proporcionalidade. Ponderação de Interesses. Necessidade. Adequação. Proporcionalidade *stricto sensu*. Direito da Personalidade. Liberdade de Imprensa. Mídia e redes sociais.

¹ Mestre e Doutora em Direito Público (USP), Pós-Doutora em Ciência Política (UNICAMP), Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo.

² Com a colaboração de Rodolfo Mazzini Silveira, graduando em Direito pela USP e estagiário do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Abstract: This article aims to compare the principle of proportionality, its origins, concept and elements in Brazilian and German doctrine and case law. It analyses the application of the principle to balance the personality rights against the freedoms of expression and press. It presents paradigmatic and contemporaneous cases in both countries.

Keywords: Principle of proportionality. Interests balancing. Necessity. Adequacy. Proportionality *stricto sensu*. Personality rights. Freedom of press. Midia and social networks.

1. Introdução

Na Era da Informação, o princípio da proporcionalidade tem-se revelado na análise e julgamento dos casos concretos, por meio da escolha entre princípios constitucionais. Na evolução histórica desses julgamentos, observa-se a colisão entre a proteção de direitos fundamentais, liberdade de informação e atos da administração pública, na criação e regulação de normas no Estado de Direito Democrático.

O princípio da proporcionalidade surgiu após a Segunda Grande Guerra, na Alemanha, para afastar as restrições do Estado intervencionista e para a garantia dos direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht – BverfGE*) tem sido o protagonista em sua aplicação mediante a análise de constitucionalidade dos casos que são aceitos para julgamento por meio de queixas constitucionais (*Verfassungsbeschwerden*). Por meio do Princípio da Reserva Legal, o Tribunal Federal Alemão realiza o controle da constitucionalidade dos atos administrativos que forem desproporcionais e que visem afastar os direitos fundamentais, ferindo o Estado Social e Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais protegidos são principalmente: dignidade humana (art. 1, I-III, – *Menschenwürde*); liberdade de personalidade (art. 2, I-II – *Persönliche Freiheitsrechte*); igualdade perante a lei (art. 3, I-III – *Gleichheit vor dem Gesetz*); liberdade religiosa e orientação (art. 4, I-III – *Glaubens – und Gewissensfreiheit*); liberdade de pensamento, arte e ciência (art. 5, I-III – *Freiheit der Meinung, Kunst und Wissenschaft*, todos da Lei Fundamental – *Grundgesetz – GG/1949*).

No direito administrativo alemão, o princípio da proporcionalidade é muito aplicado com fundamento na reserva da lei mais

proporcional, para afastar os abusos dos atos administrativos ante a prevalência dos direitos fundamentais.

Quando se fala em princípio da proporcionalidade no direito constitucional alemão, parte-se do desenvolvimento da teoria interna dos direitos fundamentais na linha evolutiva traçada pela Lei Fundamental de 1949 e da interpretação do Tribunal Constitucional Federal.

Por isso, iremos nessa linha de abordagem traçar os fundamentos do princípio da proporcionalidade, ressaltando os principais elementos da jurisprudência constitucional para a análise de casos concretos (com foco no direito midiático): a adequação (*geeignetheit*), a necessidade (*notwendigkeit*) e a proporcionalidade (*Amgemesigkeit*). Os meios utilizados pelo administrador devem ser ao mesmo tempo adequados, necessários, proporcionais com os fins a serem alcançados (*Zweck-Mittel*).

A análise comparativa de casos julgados sobre a divulgação de fatos sobre pessoas públicas e notórias e de informações em mídia e redes sociais são exemplos a serem observados como pontos de convergência e divergência dos apontamentos que pretendemos ressaltar neste artigo.

2. Histórico e conceito

O princípio da proporcionalidade desenvolveu-se, principalmente, no âmbito do direito público (administrativo e constitucional). Os ensinamentos do professor de Direito Constitucional da Universidade de Munique, Heinrich Scholler, trazem a evolução do conceito de proporcionalidade:

[...] Na esfera jurídico-constitucional, onde o princípio implica uma vinculação do legislador, acabou alcançando reconhecimento doutrinário e jurisprudencial apenas com a vigência da atual Lei Fundamental da Alemanha, isto é, após 1949. Esta linha evolutiva, do direito administrativo para o constitucional, encontra explicação na circunstância de que, inicialmente, com base na idéia da soberania popular, o legislador era tido como juridicamente ilimitado. Esta concepção tinha validade geral e encontrou sua expressão mais significativa no princípio britânico, de acordo com o qual o

Parlamento pode fazer tudo, menos transformar um homem numa mulher e uma mulher num homem (“*The Parliament can do anything, but not change a man into a woman or a woman into a man*”). Isto significava que apenas a lei natural poderia limitar o soberano, isto é, o legislador democraticamente eleito. Enquanto o legislador atuava nos limites de suas competências constitucionais, inexistia qualquer vinculação. O postulado de que a lei é genérica e abstrata, valendo para todos, não traduzia, em verdade, a idéia de vinculação do legislador, mas integrava a própria definição de lei.³

Neste sentido, somente com a evolução dos direitos fundamentais e com a aplicação aos casos mais complexos de restrições aos direitos da personalidade por intervenção da administração pública, foi sendo desenvolvida a teoria do princípio da proporcionalidade, que partia do princípio da “reserva da lei” adequada e necessária para o da “reserva da lei mais proporcional”, com escolha da melhor solução para os fins do Estado de Direito⁴.

A evolução dos direitos fundamentais no pós-guerra, trágico momento histórico da Alemanha, passou a ser o ponto de partida para a literatura jurídica da Teoria do Direito Natural, de natureza religiosa, (*Mitgiftheorie de Nipperday e Hoffman*) e da Teoria da Esferas/Degaus, de natureza racional (*Sphärentheorie – de Luhmann*), nas quais no âmbito da interpretação casuística histórica, visava-se proteger os direitos da igualdade, integridade física, intimidade e privacidade, e o acesso à justiça e contraditório (*Estado de Direito*).⁵

O princípio da proporcionalidade guarda certo paralelismo com a razoabilidade (*do common law* norte-americano, sob o *rule of law* e o *judicial review* da Suprema Corte).

³ O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 93, abr. 1999. -Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/173.htm>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

⁴ *Ibid.*, p. 94.

⁵ GRABITZ, Ebehard. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Archiv des Öffentlichen Rechts, in Verbindung mit O. Bachof, H Ehmke, W. Greve, E. Kaufmann, H. Loening. K Schmid, R. Smend, herausg vn P. Badura, k Hesse, P. Lerche*. München: Beck, 1973.

3. Proporcionalidade na lei fundamental e na doutrina alemã

O princípio da proporcionalidade, segundo Robert Alexy, aplica-se quando é necessário um balanceamento para dar solução ao caso concreto, necessidade que se impõe em casos “difíceis” (hardcases), que não se resolvem por uma simples subsunção.

A fórmula da subsunção traduz um esquema de deduções a partir do qual se busca determinar qual norma deve ser aplicada a um caso concreto. Em casos “fáceis”, a fórmula de subsunção basta, mas em casos “difíceis” é necessário ir além, o que pode significar recorrer a uma regra de precedência de normas (e.g., *lex posterior derogat legi priori*), ou não se aplicando estas, a um balanceamento, com recurso ao princípio da proporcionalidade.⁶

O balanceamento entre os princípios conflitantes é pressuposto para a aplicação de um juízo de proporcionalidade⁷, que ocorre em três níveis: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁸.

Para exemplificar este balanceamento, Alexy faz menção do caso sobre a determinação de venda de maços de cigarros com os avisos e fotos sobre o perigo do consumo, que se sobrepõe à liberdade de venda do produto no mercado (*BVerfGE*, v. 95, 179). A total proibição da venda de tabaco, ao revés, iria interferir severamente na liberdade de consumo de produto legal no mercado, não se revelando proporcional. O caso demonstra que diferentes medidas têm diferentes *intensidades de interferência* com os direitos envolvidos, as quais podemos escalar em leve, moderada ou séria⁹.

Outro exemplo citado por Alexy é a colisão entre liberdade de imprensa e direitos de personalidade. A Corte Constitucional Alemã julgou um caso que ficou conhecido como Titanic: tratava-se de um oficial da reserva, paraplégico, que, após ter cumprido com suas responsabilidades, viu sua história publicada na revista *Titanic*, com a denominação “Matador”¹⁰, e, posteriormente, como aleijado (*cripple*). A Corte

⁶ ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 435-436, dez. 2003.

⁷ *Ibid.*, p. 436.

⁸ Sempre nesta ordem, como enfatiza Luís Virgílio Afonso da Silva (O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 34, 2002.).

⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.* (nota 4, supra).

¹⁰ A revista jocosamente atribui ao oficial o sobrenome de Matador (*born Murderer*, isto é, “nascido Matador”, que também significa “matador nato”) (*Ibid.*, p. 437).

ponderou que na primeira ocorrência (“Matador”), o termo deveria ser entendido no contexto satírico da obra, não representando violação severa dos direitos do ex-combatente; já na segunda ocorrência (aleijado), entendeu-se que havia uma ofensa séria à personalidade, ante o cunho pejorativo e humilhante da expressão, pelo que se decidiu em condenar a revista à indenização de DM 12.000 (*BVerfGE*, v. 86, 1, 11).¹¹

Isso demonstra graus de intensidade de interferência a que os direitos fundamentais estão sujeitos e como ponderar na colisão entre, de um lado, a liberdade de imprensa, e de outro, o direito de personalidade, especialmente em casos que “ameaçam a própria dignidade da vítima”¹².

Esse raciocínio envolvido na técnica de balanceamento é bem representado pelo que Alexy chama de “fórmula de peso”¹³, que compara as intensidades de interferência (leve, moderada e forte) entre os princípios colidentes, possibilitando decidir sobre qual medida mais proporcional a ser adotada no caso concreto.

Na Lei Fundamental Alemã (*Grundgesetz*), o art. 2, abs. 1-3, protege o direito de personalidade e o art. 5, abs. 1-3, G.G. protege o direito à informação e livre expressão do pensamento, da arte e da mídia. Dentro desses princípios ainda podem ser analisados os direitos de armazenamento de dados eletrônicos em redes sociais, direito de própria imagem, com proteção a fotografias e divulgação de vídeos, direito da palavra falada em público e mídias, e direito de resguardo de dados pessoais (características de genoma), direito de livre orientação de gênero ou sexual e de livre relacionamento interpessoal.¹⁴ Existem ainda os direitos da liberdade de imprensa (art. 5, abs. 3 da G.G.) contra a interferência e censura na liberdade de imprensa escrita, falada e televisiva na Alemanha.

Alguns elementos ou premissas são importantes para analisar o significado do princípio da proporcionalidade no direito alemão.

O primeiro indicado é a adequação do meio ao fim desejado (“*Geeignetheit bedeutet im Zweck/Mittel-Schema*”)¹⁵, isto é, o meio

¹¹ *Ibid.*, p. 438.

¹² *Ibid.*, p. 439, tradução livre.

¹³ Na sua versão mais simples, a fórmula de peso é: $W_i, j = li/l_j$, em que $W_{i,j}$ representa o peso concreto (isto é, o resultado do balanceamento), li a intensidade de interferência com um determinado princípio, e lj , a intensidade de interferência com o princípio colidente. (*Ibid.*, p. 444).

¹⁴ MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz Kommentar*. München: C.H. Beck, 2001. p. 189-196.

¹⁵ JAKOBS, Michael C. H. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, mit exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*. München: Heymanns, 1985. p. 29-30.

utilizado para o determinado fim colimado para o Estado na função de sua atuação para limitar ou estender o direito fundamental. Esta relação de meio-fim (“*Zweck-Mittel Relation*”) há de ser considerada na ponderação de normas para resolver o caso concreto. Nesse sentido, definido o meio ou atuação do Estado, deve sempre ser sopesado qual o fim a ser alcançado com vistas aos efeitos concretos, ponderando-se os prós e contras, a intensidade e a extensão da aplicação da norma ao caso a ser julgado, aplicando uma regra ou princípio e afastando o outro, que se encontra no mesmo grau mas não no mesmo nível de aplicação em relação ao bem jurídico tutelado.

Outro ponto importante é a conjugação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade de personalidade e igualdade, conjugado com o princípio do Estado Social e Democrático e Princípio do Estado de Direito, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem obediência à Lei (artigo 20, abs. 1 e 3 (“*Verfassungsgrundsätze – Widerstandsrecht – GG*”). Há nesses princípios, de forma indireta, a valorização dos direitos sociais, como direito de liberdade e direito de defesa e a valorização destes direitos pelo Tribunal Constitucional Federal, principalmente após a reunificação da Alemanha (pós-1990), ampliando o direito de igualdade na saúde, moradia, educação, saneamento (calefação, abrigo) para inserir o ser humano em contexto social, atribuindo-lhe um “mínimo digno de existência social”, denominado “garantia do mínimo existencial”.¹⁶

Nesse contexto, importantes casos são aceitos e julgados pela Corte Constitucional Alemã, destacando-se um dos mais recentes da mínima existência de saúde, moradia e escola para os asilados políticos e refugiados, que se encontram no país aguardando a autorização legal em processo administrativo para permanecer na Alemanha¹⁷.

¹⁶ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 22. A garantia do mínimo existencial esta fundamentada nos artigos da G.G.: art. 1º, 1, c/c artigo 2º, § 2, art. 20º, § 1º, como um pacote de direitos fundamentais de cunho social.

¹⁷ BVerfGE, SGB, II, Existenzminimum der Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG). Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20120718_1bv1001010.html>. datum 19/08/2015.

4. A ponderação em terras brasileiras: entre o razoável e o proporcional

A utilização da proporcionalidade, principalmente sob a alcunha de “princípio da proporcionalidade”¹⁸, encontra-se largamente difundida no direito brasileiro, não raro como mero elemento retórico a ensejar o afastamento de condutas eivadas de abusividade, mas desprovido de necessário aprofundamento¹⁹.

O conteúdo do “princípio da proporcionalidade”, como desenvolvido no Brasil, é formado por uma mistura entre a razoabilidade do direito norte-americano e a proporcionalidade do direito alemão.²⁰ No mais das vezes, doutrina e jurisprudência empregam esses termos como sinônimos²¹, embora não faltem vozes contrárias a esta equiparação; como expoente, tome-se Virgílio Afonso da Silva, para quem:

[...] A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma *estrutura* racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade.²²

¹⁸ Embora não o seja, conforme a teoria dos princípios e regras de Robert Alexy, mas, sim, uma regra. Para uma análise mais aprofundada, que escapa ao escopo desta obra, veja-se Luís Virgílio Afonso da Silva, *op. cit.* (nota 6, supra), p. 25-27.

¹⁹ *Ibid.*, p. 31.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 255-257.

²¹ BARROSO, por exemplo, fala em “princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade” (*ibid.*, p. 255, grifo nosso), a indicar claramente sua opção pelo uso dos termos como sinônimos.

²² *Op. cit.* (nota 6, supra), p. 30.

Sem necessidade de adentrar no mérito dessa discussão, empregaremos ao longo deste artigo a terminologia inspirada pelo direito alemão, por ser o sistema jurídico com o qual pretendemos dialogar mais intensamente, mesmo porque dá ao tópico que aqui exploraremos com maior profundidade – conflito entre liberdade de informação e direitos da personalidade – soluções mais conformes à nossa tradição.

Retornando ao cerne da questão, devemos enfatizar a importância de seguir a estrutura da proporcionalidade quando de sua aplicação, de modo a escapar às críticas de que o método repousaria sobre o subjetivismo do julgador na atribuição de valores aos princípios.²³

Nesse sentido, os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu* conferem às decisões uma coerência que é essencial em um sistema jurídico no qual o princípio da proporcionalidade ocupa posição de destaque.²⁴ O desrespeito à estrutura conduz a um esvaziamento da exigência de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da C.F.), na medida em que permite ao julgador impor sua própria visão de proporcionalidade.

A análise prática que desenvolveremos perpassa a aplicação desses critérios a casos envolvendo as liberdades de informação, expressão e imprensa, que entram – quase inerentemente – em rota de colisão com os direitos da personalidade, apresentando um campo fértil para a ponderação de interesses conflitantes.

5. Interpretação e aplicação da proporcionalidade

A interpretação do princípio da proporcionalidade das normas em princípios, segundo Martin Borowski, pode ser feita por meio de quatro principais modelos categóricos: interpretação literal ou linguística, interpretação genética ou da vontade do legislador, interpretação sistemática e interpretação objetiva.²⁵

A primeira, literal, parte da descrição linguística dos termos, da análise semântica e da literalidade da terminologia empregada na

²³ Em resposta a dois de seus principais opositores, Alexy aponta: “Habermas e Schlink estariam certos se não houvesse estrutura possibilitando a construção do balanceamento como uma forma racional de argumentação.” (ALEXY, Robert. Op. cit. (nota 4, supra), p. 436, tradução livre).

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. (nota 6, supra), p. 45-46.

²⁵ Op. cit. (nota 14, supra), p. 102-105.

norma jurídica. A segunda, genética ou subjetivo-teleológica, parte da vontade embutida na norma pelo legislador primário e o fim que pretenda alcançar com a disposição da regra positiva. A terceira, sistemática, possui elementos que estão de acordo com o fim objetivo e outros subjetivos do bem jurídico tutelado; esta também é a conjugação da interpretação semântica e material da norma, para produzir coerência material dos princípios que se colidem. E, por último, a interpretação objetiva que se prende ao objetivo da interpretação, na busca do sentido racional e jurídico da interpretação dos conceitos da norma.

Para analisar o princípio da ponderação e as normas que colidem no caso concreto, propõe o autor, e na mesma linha de raciocínio, Luis Virgílio Afonso da Silva²⁶ e Gilmar Ferreira Mendes²⁷, que sejam sopesadas e utilizadas as interpretações que são acima descritas em conjunto com a interpretação estrutural da norma de direito fundamental, que segue as regras da interpretação conforme a constituição. Analisa-se o contexto fático e as normas que podem ser aplicadas, se há regras especiais ou somente gerais e, se há um direito subjetivo fundamental que está protegido por uma norma vinculante que melhor se adequa pela interpretação axiológica e teleológica, no tempo e espaço, ao caso em julgamento.

Como exemplo clássico na doutrina alemã, pode-se apontar o julgamento em dois momentos distintos do paradigmático caso Lebach.

O caso Lebach, (“*Soldatenmord von Lebach*”), julgado pela Bundverfassungsgericht (BVerfGe) em 5 de junho de 1973, cuidou do conflito entre liberdade de imprensa e direito à privacidade e dignidade humana, tornando-se um marco na aplicação da teoria da ponderação.

O reclamante foi partícipe em crime de latrocínio - roubo de munições e armamentos de uma base militar no vilarejo de Lebach, no qual foram assassinados quatro soldados. Esse réu fora condenado a seis anos de prisão. Próximo ao término de seu cumprimento de pena, a rede de televisão alemã (*Zweites Deutsches Fernsehen – ZDF*) pretendia exibir um documentário sobre o crime, que exporia o nome e

²⁶ *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 167-181, regras da proporcionalidade e sopesamento: esclarece sobre a terminologia para compreender o conteúdo deste: *adequação, necessidade, grau de eficiência, proporcionalidade em sentido estrito e subjetividade, proporcionalidade e sopesamento, limites imanescentes, restrições e regulamentações.*

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de Jurisprudência*: tributário, constitucional e administrativo, v. 14, p. 360-371, 2000.

imagem do reclamante juntamente com o dos três outros criminosos – estes condenados à prisão perpétua – e retrataria elementos íntimos do relacionamento entre os copartícipes.²⁸

Inconformado com a situação, buscou o Judiciário para tentar impedir a veiculação do programa, mas não teve seu pedido acolhido nas instâncias inferiores, ingressando com uma queixa constitucional aceita para apreciação do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

A Corte observou a ponderação de dois interesses envolvidos, o do público em ter informação sobre o crime, e o do reclamante em não sofrer intervenção em seus direitos da personalidade. Há uma liberdade geral de imprensa, independentemente das particularidades ou valor informativo do programa, no dizer da Corte: “só quando o exercício da liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos, pode importar o interesse perseguido com o programa concreto, o tipo e modo da configuração e o efeito previsto ou atingido.”²⁹

No caso, a *BVerfGE* concluiu que a veiculação do programa contendo o nome, imagem e detalhes da vida pessoal do reclamante representava uma intervenção excessiva em seu direito de personalidade, não se podendo permitir a perseguição contínua pela mídia ao criminoso, porque – via de regra – o interesse público nele foi saciado com a aplicação da justa retribuição da pena, já cumprida. Porém, apontam que não é possível traçar um marco temporal para determinar a perda do interesse na informação, devendo-se adotar o interesse de ressocialização do criminoso como o ponto de referência para a ponderação.

Após 27 anos do caso julgado, foi feito um filme documentário sobre a morte dos soldados de Lebach e a Corte Suprema decidiu que a liberdade de imprensa, pelo tempo passado e pela forma geral de documentário, sem citar o nome e imagem do réu específico, poderia ser feita, por liberdade da mídia, afastando o direito de personalidade, permitindo a apresentação genérica e histórica dos fatos em canal televisivo.³⁰

²⁸ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Berlin: Konrad-Adenaur Stiftung, 2005. p. 476.

²⁹ *Ibid.*, p. 480.

³⁰ *Dokumentarfilm über Soldatenmord vom Lebach*, GG art. 2, I, 5, I e III. *BVerfGE* (1 Dammer des Erstem Senats, Bschl v. 25. 11. 1999 - BvR 348/98. U.a.+ NJW 200, Heft: p. 1859-1861.

6. Direitos da personalidade e liberdade de imprensa

O século XX viu uma convergência dos ordenamentos em torno do valor central da pessoa, e, conseqüentemente, dos direitos da personalidade, que precisavam adequar-se ao ideário do Estado Democrático de Direito.³¹

Observa Enéas Costa Garcia, após realizar um apanhado das visões predominantes, que alguns pontos comuns exsurgem, notadamente a natureza subjetiva destes direitos de personalidade, sua relação direta com os aspectos físico, psíquico e moral do indivíduo, e seu caráter indissociável da própria condição humana.³²

De Cupis³³ destaca que seriam direitos da personalidade apenas aqueles destinados a proporcionar ao homem o mínimo necessário à adequada fruição de sua condição humana, sem os quais esta restaria esvaziada: “[...] pelo seu caráter de essencialidade, são na maioria das vezes direitos inatos, [...] mas não se reduzem ao âmbito destes.”³⁴

No direito brasileiro há – sem prejuízo de proteção específica – uma tutela geral dos direitos da personalidade, consubstanciada no que Gustavo Tepedino chama de *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*,³⁵ a qual rege todas as relações jurídicas, seja frente ao Estado ou a entes privados, dando um fechamento à matéria dos direitos da personalidade.

O regime protetivo é instituído pela Constituição Federal no art. 5º, X³⁶, sendo reforçado pelo art. 12, *caput*, do Código Civil de 2002.³⁷ Ainda, a norma constitucional e Código Civil, tipificam alguns segmentos específicos da personalidade (*exempli gratia*, os direitos autorais), indicando que convivem o regime geral de proteção com um especial.³⁸

³¹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 64-65.

³² *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 20.

³³ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quórum, 2008. p. 23-24.

³⁴ *Ibid.*, p. 27.

³⁵ A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. 1, p. 47-49.

³⁶ “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

³⁷ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

³⁸ A relação é de complementaridade, conforme salienta JABUR: “Salutar esse tratamento [do direito português], que, a par da tutela de ordem genérica, de nítido caráter ampliativo, considerou

Em comparação à Lei Fundamental, traz o conteúdo de princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade de Personalidade no artigo 1, abs. 1-3 e art. 2, abs. 1-3 da GG³⁹.

No que toca à privacidade, o arcabouço protetivo de ordem constitucional é principalmente no art. 5º, X, XI, XII, XIV, e no Código Civil, art. 20 e 21, sem prejuízo de outros dispositivos esparsos.⁴⁰ Talvez, no contexto complexo da sociedade da informação, que incrementa exponencialmente os riscos à privacidade dos indivíduos, devesse haver uma proteção direcionada, menos genérica, que dotasse as pessoas de maior controle sobre seus dados, conforme expõe Bucar em lição cristalina:

[O] desafio da privacidade, como asseguradora do livre desenvolvimento da vida privada, é fornecer à pessoa subsídios para controle de informações que ela pretende manter ao seu alcance. [...] Desta forma, a privacidade na sociedade da informação deve ser tida como a possibilidade de a pessoa conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo de informações pessoais que dele tratam, possibilitando-lhe ter exata e prévia ciência do espaço informacional sobre o qual desenvolverá a sua personalidade. É, portanto, o direito de manter o controle das próprias informações pessoais, de molde a assegurar a livre construção da esfera privada.⁴¹

Essa ordem de preocupações foi externada pelo novel Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), que tem na proteção à privacidade e aos dados pessoais princípios norteadores de seu regime, exatamente buscando

hipóteses de maior carência ao longo da mesma seção onde incluiu aquela preliminar e garantidora das expressões físicas e morais da pessoa. São termos vagos e sujeitos à investigação, os quais, todavia, em campo onde a restrição se afigura temerária, encontram ressonância coerente com a natureza dos valores da personalidade humana.” (JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 101.); também, GARCIA, Enéas Costa, op. cit. (nota 33, supra), p. 161.

³⁹ Artikel 1 [Menschenwürde – Menschenrechte – Rechtsverbindlichkeit der Grundrechte] e Artikel 2 [Persönliche Freiheitsrechte].

⁴⁰ Para uma apresentação sucinta do panorama legal de proteção à privacidade no Brasil, com vistas à proteção de dados pessoais, vide CUNHA, Mário Viola de Azevedo; ITAGIBA, Gabriel. Between privacy, freedom of information and freedom of expression: is there a right to be forgotten in Brazil? *Computer Law and Security Review: the international journal of technology law and practice*, p. 2, 2016.

⁴¹ BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. in *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, p. 7-8, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/controle-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

conferir maior segurança aos usuários da rede: “Art. 3º: A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...] II – proteção da privacidade; III – proteção dos dados pessoais, na forma da lei [...]”. Porém, a mesma lei dá conta do clássico dilema envolvendo a proteção à privacidade quando, em seu art. 2º, *caput*, c/c art. 3º, I, alçam também a liberdade de expressão à posição de fundamento da rede.

A proteção da liberdade de expressão exige também um cuidado com a liberdade de imprensa, que é a forma máxima de divulgação de informações ao público em geral, abrangendo não só as divulgações por meio da tradicional imprensa escrita, mas também via rádio, televisão, internet, mensagens, bem como qualquer outra forma que pretenda atingir o público irrestritamente.⁴²

Nesse passo, cumpre observar que não há hierarquia.⁴³ O sistema jurídico brasileiro, que se baseia na fonte europeia⁴⁴, não atribui um valor maior a um desses dois princípios, tal sorte que a ponderação não pode ser resolvida aprioristicamente.

A complexidade deste persistente embate entre liberdade de informação (e também de expressão e imprensa), que tanto no direito alemão é protegida por norma constitucional⁴⁵ e privacidade⁴⁶, em muito transborda o alcance das soluções oferecidas por um sistema de regras. Há, no campo dos princípios, o choque entre normas fundamentais, a demandar cautelosa ponderação, sem implicar o afogamento de um interesse por outro.⁴⁷

É que a relação não é estática, havendo constante alteração de suas fronteiras⁴⁸, tal qual um par de placas tectônicas que se empurram reci-

⁴² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 62.

⁴³ Ambos têm status constitucional, plasmados nos artigos 5º e 220. (Ibid., p. 67).

⁴⁴ Apontam Cunha e Itagiba que “[...] na América do Sul, a proteção de dados pessoais é inspirada pela perspectiva europeia devido aos vínculos culturais e históricos entre América do Sul e Europa continental, que se estendem à cultura jurídica e planejamento institucional. Consequentemente, na América do Sul, a proteção da privacidade está ligada ao princípio do respeito à dignidade humana e, por conseguinte, a maioria dos países sul-americanos já reconheceram o habeas data como um direito constitucional.” (Op. cit. (nota 40, supra), p. 2, tradução livre) De outro lado, o direito norte-americano, com suporte na Primeira Emenda, garante a liberdade de expressão, imprensa e informação quase ilimitada, ao mesmo tempo em que permite uma circulação livre de dados, respeitando o livre-mercado e autorregulação. (WERRO, Franz. *The right to inform v. the right to be forgotten: a transatlantic clash*. In: CIACCHI, Aurelia et al. (Ed.). *Liability in the third millennium*. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 299-300.).

⁴⁵ Artikel 5 [Freiheit der Meinung, Kunst und Wissenschaft].

⁴⁶ Art. Cit. 2, abs. 1-3 GG

⁴⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit. (nota 40, supra), p. 51.

⁴⁸ Ibid., p. 47.

procamente e cedem pouco a pouco, exatamente para comportar a oposição inerente aos objetivos conflitantes desses direitos fundamentais.

Nesse contexto, o mais adequado é analisar cada caso detalhadamente, buscando aferir os reais prejuízos à privacidade ou à liberdade de informação que derivariam da proteção de um em detrimento do outro. Claro, o intérprete pode buscar orientação nos julgados anteriores, no *quod decidendi* de casos semelhantes, mas não poderá deixar de considerar as peculiaridades do litígio em voga.⁴⁹ Para tal, de sobeja relevância o mapeamento dos argumentos usados pelos julgadores para fundamentar suas decisões em sede de balanceamento.

Portanto, o que pretendemos fazer a seguir é apresentar alguns julgados alemães e brasileiros essenciais envolvendo o conflito entre interesse público e privado, entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade, aprofundando-nos no estudo da aplicação do princípio da proporcionalidade.

6.1. Caso Caroline de Mônaco (Hannover)

Em um caso levado à corte de Hamburg, e que chegou à Corte Constitucional⁵⁰, que envolvia a pessoa pública da história (“*Person der Zeitgeschichte*”) Caroline de Mônaco, já viúva, foi divulgado na revista “F.R und B” na Alemanha e na França (n. 30 de 22 de julho de 1993) o romance dela com o artista Vincent L., com a divulgação de imagens num restaurante público em St. Remy (França). O título denominado *Fotos Carinhosas do Romance de Carolina e Vincent*: as fotos do romance mais quente de nossos tempos.

A autora Caroline ingressou com ação na França e na Alemanha contra a editora em razão da publicação e comentários das fotografias, tiradas sem seu consentimento. Na Alemanha, foi aceita a ação, sendo declinada na Justiça Francesa. Ação foi julgada procedente na primeira instância, conforme a proteção ao direito a vida privada e individualidade, pela prevalência do direito à personalidade, e de não divulgação de fotos sem o consentimento da autora (“*Recht auf Achtung der Privatsphäre kann jedermann auch die klägerin als Person der Zeitgeschichte für sich in Anspruch nehmen*”). A sentença foi confirmada pelas cortes superiores.⁵¹

⁴⁹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit. (nota 40, supra), p. 75-76.

⁵⁰ *Paparazzi-Fotos*: 6 BGHZ 131,332 ff (BVerfGE 101,361) GG Art. 2 und 5, KunstUrhG §§ 22, 23 VI Zivilsenat. Urt. Vom 19. Dec. 1995. i.S.v M(Kl) w. B-GMBH (Bekl) VI ZR 15/95, p. 332-346. LG Hamburg e OLB – Hamburg.

⁵¹ *Ibid.*, p. 338.

A autora ganhou o direito à indenização com a fundamentação de que o direito à vida privada deve ser preservado para personalidades e pessoas da história, mesmo em lugares abertos, mas de acesso privado, como restaurantes, teatros, locais de esporte, etc. A situação e o local são considerados com típicos de caráter privado (*“Bereich und Schutz der Privatsphäre”*), nos quais não pode haver uma divulgação de fotos, sem o consentimento da pessoa, a qual deve ser respeitada⁵².

Em outro caso semelhante, a princesa de Mônaco, já princesa de Hannover também ganhou o direito à indenização por fotos divulgadas em revistas: “Divulgação de Imagens da Vida Privada e Diária de Proeminentes Pessoas - Caroline de Hannover” (*“Bildberichterstattung über Privat-und Alltagsleben Prominenter Personen – Caroline von Hannover”*).

Trata-se de imagens e comentários divulgados na revista semanal *“Frau im Spiegel”* n. 9/2002, n. 9/2003 e n. 12/2004, comentando a vida privada e a doença do monarca Rainier de Mônaco, que estava seriamente doente, fatos que se sucederam com a ausência da princesa Caroline e do Príncipe Ernest A. von Hannover, que participavam de uma Olimpíada de Inverno em St. Moritz em férias e teriam deixado o pai doente, sob os cuidados da Princesa Stephanie de Mônaco.

A sentença de primeiro grau (*LG Hamburg*) proibiu a exibição de fotos e comentários sobre as férias e a ausência dos príncipes e sobre os cuidados sobre a saúde do pai monarca. Essa decisão foi modificada pelo Tribunal Estadual (*OLG-Hamburg*), para permitir a divulgação dos fatos pela imprensa, sob o argumento que as pessoas são personagens da “história” e estão sujeitas à divulgação de fatos sobre sua esfera íntima, sem motivo pejorativo da liberdade de divulgação. Porém foi reformada pelo Superior Tribunal Federal (*BGH*) e também confirmada pela reclamação constitucional aceita pela Corte Constitucional. Esta decidiu conforme o princípio da proporcionalidade, entre o direito de liberdade de imprensa e o direito à privacidade, pela prevalência do direito à privacidade, pois não havia qualquer interesse público sobre os fatos e a vida privada dos monarcas para a divulgação de imagens e comentários irrelevantes.⁵³

⁵² LG-Hamburg sentença procedente, confirmada pela OLG - Hamburg para a indenização com fundamento no direito à personalidade e esfera privada da pessoa pública.

⁵³ BVerfG: Senatsentscheidungen, NJW/2008 p. 1793-1801.: GG art. 1 I, 2 I,512,61; EMRK art. 8, 10, KUG §§ 22 ff.; BGB 823: Zur Reichweite des Grundrechtes auf Schutz der Persönlichkeit aus Art.2 I i. V. mit Art.1 I GG gegen Abbildungen von Prominenten im Kontext unterhaltender Medienberichte über deren Privat-und Alltagsleben. BVerfG, Beschl. V.26.2.2008 – 1 BvR 1602/07 u.a. BvR e 1606/07, 1626/07.

Sobre este julgamento foram feitas considerações pelo Prof. Dr. Christoph Teichmann Würzburg sob o título “Adeus à Pessoa Absoluta da História” (“*Abschied von der absoluten Person der Zeitgeschichte*”)⁵⁴. Comenta este que a personificação da pessoa absoluta da história não é mais absoluta, mas, sim, relativa; por ser uma personificação de um monarca, um atleta ou de um artista, os fatos da vida diária e íntima destas personalidades podem ser divulgados pela imprensa, desde que sejam de interesse público e na esfera e ambiente públicos, e não da intimidade da vida particular. Depende do local e do interesse público sobre a conduta e os afazeres dessas personagens da história para serem divulgados na mídia e redes sociais ao público. Portanto, deixaram de ser absolutos para ser relativizados pelo princípio da privacidade e intimidade aplicado à sociedade informacional. Traz como exemplo a divulgação recente dos filhos do Príncipe Willian e da Princesa Kate, que foram mostrados publicamente pela imprensa na porta do Hospital e nas festividades públicas, consentidos pelos envolvidos.

6.2. O caso Daniella Cicarelli

No direito brasileiro, o caso que escancarou a insuficiência dos meios tradicionais de tutela da privacidade no contexto da internet foi o vazamento do vídeo íntimo de Daniella Cicarelli.⁵⁵

A modelo e seu namorado à época pretendiam que o Youtube, removesse do site os vídeos nos quais o casal fora flagrado realizando atos sexuais em uma praia espanhola. A alegação era que não havia interesse público, implicando a divulgação em violação à honra e imagem dos autores.

Em primeira instância, por sentença de lavra do Juiz Gustavo Santini Teodoro, a ação foi julgada improcedente, sob a seguinte fundamentação:

[O]s autores, sabidamente alvo da curiosidade do público antes mesmo do acontecimento objeto deste processo, resolveram trocar intimidades em local não reservado. Cominar multa aos réus para que não divulguem o vídeo, as fotos extraídas

⁵⁴ Zur Rechtsprechung, NJW 27/2007 – p. 1917-1920.

⁵⁵ LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38.

do vídeo ou os respectivos links não tem utilidade alguma – salvo enriquecimento sem causa dos autores –, pois continuarão a existir na internet, às centenas ou milhares, o vídeo, as fotos e os links sobre o assunto. É de conhecimento de qualquer pessoa minimamente integrada ao mundo atual que ocorre essa multiplicação exponencial da informação via internet. A utilização dos mecanismos jurídicos tradicionais, como o desta ação, é completamente inócuo e até mesmo cômico.⁵⁶

A decisão ecoa conhecida lição de que a privacidade não assiste a quem expõe voluntariamente sua intimidade ao público. É o que ensina DOTTI:

[...] Para provocar esta publicidade, eles mostram a sua vida privada em detalhes. Ficam prontos a contar seu passado, os gastos, as aventuras, deixam-se fotografar em todas as situações e em todos os ângulos. E depois, num belo dia, seja porque se fizeram eremitas, seja porque as indiscrições a seu respeito não são elogiosas, eles gritam contra o sacrilégio. Quanto há isso não há muito a dizer: a regra é o velho ditado popular: “quem brinca com o fogo se queima”.⁵⁷

O Tribunal de Justiça, porém, adotou entendimento diverso. Consideraram que, não havendo autorização do casal para a captação das imagens, o vídeo seria ilícito, e sua divulgação representaria injusta violação da intimidade dos envolvidos, que é protegida independentemente de sua condição de pessoas públicas.⁵⁸

O embate é se prevalece a liberdade de imprensa diante de um quadro de autoexposição em local público, ou se, ao revés, a tutela da privacidade ganha primazia devido à natureza íntima dos acontecimentos revelados.

⁵⁶ 23ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, Processo nº 0204563-40.2006.8.26.0100, j. 18/06/2007.

⁵⁷ DOTTI, René Ariel. *Proteção da privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 208.

Em última análise, decidiu-se – sem maiores delongas quanto à proporcionalidade da medida – que o Youtube deveria excluir os vídeos polêmicos e impedir sua reinserção na plataforma, pelas razões expostas acima.

A restrição será proporcional se (i) contribuir para alcançar ou fomentar um objetivo legítimo⁵⁹ (adequação), (ii) “a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”⁶⁰ (necessidade) e, finalmente, (iii) satisfizer a necessidade de proporção entre a intensidade da restrição com um direito e a importância de realizar o conflitante (proporcionalidade *stricto sensu*).

A remoção dos vídeos do grande portal online, inegavelmente, ao menos fomenta o objetivo legítimo almejado, qual seja, a proteção do direito fundamental à privacidade do casal; isto porque impede que os visitantes do site encontrem o malogrado conteúdo. Assim, há que se considerar a medida adequada.

O exame da necessidade também conduz à mesma conclusão, já que é simplesmente impossível atingir o fim pretendido sem recorrer à medida adotada (embora tal medida não seja *suficiente* para atingi-lo). Não havendo alternativa, a medida é necessária.

Por fim, chega-se à instância de verificar se a importância de concretizar o direito à privacidade justifica a intensidade da restrição com a liberdade de informação e imprensa, isto é, se a medida é proporcional em sentido estrito. E nesse ponto, deve-se recorrer à argumentação do Tribunal de Justiça, que reconheceu a inexistência de um interesse público significativo no conteúdo veiculado. Dessarte, a restrição, conquanto interfira com as liberdades midiáticas, não acaba por abalá-las contundentemente, devendo ser considerada proporcional.

Pelo exposto, conclui-se que a decisão dos julgadores, tanto no caso alemão como no brasileiro, considerou adequadamente os interesses envolvidos e impôs restrição proporcional, porque em conformidade com os pressupostos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

⁵⁸ Apelação nº 556.090.4/04-00, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Ênio Zuliani, j. 12/06/2008.

⁵⁹ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. Op. cit. (nota 6, supra), p. 36.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 38.

6.3. O Caso do Romance ESRA (com precedente Mephisto)

O Caso do Romance ESRA, do escritor Maxim Biller, também ganhou destaque na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. A história trata de um romance fracassado entre um jovem escritor judeu e uma artista gráfica turca, com envolvimento da mãe desta de forma contundente na história, para afastá-los. Nas instâncias inferiores, foram considerados que os traços da ficção se confundiam com a realidade, de forma tão intensa em grau e ambiente, remetendo às circunstâncias verdadeiras, com a procedência da ação e apelação, proibindo a publicação e divulgação do livro.

Aos fatos na ação, a ex-namorada do autor – *Esra* – e a mãe desta – *Lale* – ingressaram em 2003 com ação civil para suspender a publicação e distribuição do romance na Alemanha e também com ação penal por crime de difamação. Considerando que o romance era baseado na realidade e que a artista turca e sua mãe foram envolvidas e puderam ser identificadas, houve prevalência do direito à privacidade.

Na instância de revisão do Tribunal Superior Federal (*BGH*) foram exigidas mudanças, do autor e editora, para adaptar o romance e afastar a identificação contundente e crítica das personagens envolvidas. Finalmente, realizadas alterações significativas, as quais foram submetidas à Corte Constitucional, foi procedente por maioria de votos permitindo a publicação e distribuição da obra literária (*BVerfGE* por maioria 5:3), com a publicação dos votos dos ministros que votaram contra e com base no romance *Mephisto*.⁶¹

Na última instância de um processo, que já corria há mais quatro anos, a Corte Constitucional Alemã reverteu as sentenças anteriores de proibição de publicação, as quais reconheceram na descrição das personagens um desrespeito aos direitos de personalidade, e, considerando as alterações e a proporcionalidade do princípio da liberdade de expressão literária, liberou a publicação e distribuição da literatura.

A justificativa na instância de primeiro grau, confirmada pela confirmação em apelação no Tribunal de Munique, com procedência parcial em julgamento da revisão no Tribunal Superior Federal (*LG – München*,

⁶¹ Romance publicado pelo escritor Klaus Mann, filho de Thomas Mann, que retratava a ascensão de um artista alemão, em razão de sua relação com os nazistas. O personagem foi inspirado no ator de teatro *Gustaf Gründgens*, amigo e ex-cunhado do escritor. O filho de Gustaf ingressou com queixa constitucional para buscar indenização em relação à publicação sobre seu falecido pai.

OLG-München e BGH-Karlsruhe) foi fundamentada em premissas de adequação, necessidade e prevalência de direitos da personalidade das requerentes, preservando a privacidade e honra.

O fundamento do direito de personalidade foi a reprodução muito próxima da realidade do nome das personagens envolvidas, que eram pessoas públicas na Turquia; a jovem, descrita como *Esra*, recebera um prêmio como atriz e a sua mãe, denominada, *Lale* recebera uma Comenda do Estado por defesa de trabalhadores em condições escravas em minas de ouro. Por isso, a sentença e o Acórdão do Tribunal de Munique fundamentaram que, quanto mais a representação artística toca dimensões especialmente protegidas do direito de personalidade, com a possibilidade de identificação dos personagens com as pessoas na vida real, mais intensa tem de ser a ficção, para não caracterizar e identificá-los por questões de intimidade e de violação do direito de personalidade.

Porém, por via de reclamação constitucional conhecida na Corte Constitucional Alemã passou a ser analisada a proporcionalidade entre as esferas do direito público e privado⁶². E, após as adaptações feitas pela editora e aceites pelo escritor na obra, foram aceites os argumentos, norteados pela graduação do princípio da proporcionalidade e do direito à livre expressão literária em contraste com a limitação do direito à privacidade (art. 1 I, 2 I, 5 III GG; BGB §§ 823, 1004).

Assim, procedente a queixa impetrada pelo autor e editora fora permitida a publicação e distribuição do romance “*Esra*”, sob o argumento que traços da realidade utilizados em romances, sem identificação nominal dos personagens afetados na vida real, não poderiam servir de base para impedir a publicação de literatura, por ferir o princípio mais adequado de liberdade de imprensa, de artes e da literatura. Não há como ponderar em favor (teoria das esferas/graus) do direito da personalidade e da esfera privada sem a demonstração de invasão concreta e humilhação dos envolvidos, confundindo-se traços da ficção e realidade, porque a maioria de romances são originados de fatos reais, de indícios de comportamento e fatos dos personagens, que convivem e são reconhecidos em determinado tempo e sociedade.

Porém, os Ministros da BfervGE *Hohmann-Dennhard, Gaier e Hoffmann-Riem* discordaram em parte da decisão e publicaram seus votos, que seguiram a mesma linha da decisão de *Mephisto-Entscheidung*⁶³

⁶² Grenzen der Kunstfreiheit durch den Persönlichkeitsschutz – Roman “*ESRA*”: BverfGE, Beschl v. 13.6.2007 – 1 BvR 1783/2005 = NJW 1-2/2008, p. 39-45.

⁶³ BVerfGE (30, 173 = NJW 1971, 1645).

fundamentados na prevalência do direito da personalidade das autoras, que poderia ser revelada pelos traços, comportamentos e locais históricos frequentados, devassadores da intimidade e honra, com críticas pejorativas, confrontando com a liberdade de produção literária do próprio autor, que também era um dos personagens envolvidos na realidade dos fatos⁶⁴.

6.4. O caso das biografias não autorizadas (Roberto Carlos)

Um caso recente, que guarda certo paralelismo com o Caso “Esra” acima apresentado, é o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a publicação de biografias não autorizadas (ADI 4815-DF).

A discussão do objeto da ação diz respeito à necessidade de autorização prévia do biografado ou seus sucessores quanto à publicação de obras biográficas literárias ou audiovisuais, tornando-as compatíveis com as normas constitucionais de liberdade de expressão. Questiona-se a constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código de Civil, que tratam de responsabilidade quanto ao conteúdo a ser narrado sobre o interessado, confrontando com o princípio da liberdade de expressão.

Presume-se que as biografias de personalidades públicas podem ser reveladas pelo interesse dos fatos históricos e públicos, porque parte da significância de memória a ser preservada dos personagens que contribuíram para o desenvolvimento de nossa cultura e artes desenvolvimento histórico. A primazia da liberdade de imprensa e cultural (art. 5, IV e IX e do direito difuso da cidadania e informação, inciso XIV), prevaleceu no voto da Ministra Cármen Lúcia, seguido pelos Ministros do STF.

Após ampla discussão e oportuna audiência pública tanto de personalidades, entidades de classe, associações e editoras para a discussão sobre os pontos principais, entre o direito de personalidade e responsabilidade civil e o direito à liberdade de expressão⁶⁵.

O voto da relatora Ministra Cármen Lúcia foi decisivo. Os argumentos trazidos em favor da prevalência de liberdade de expressão e imprensa foram seguidos por unanimidade, para a “interpretação conforme à Constituição dos artigos 20 e 21 do Código Civil, destacando-se a inexigibilidade de prévio consentimento de pessoas biografadas,

⁶⁴ Votos separados e fundamentados em NJW 1-2/2008, p. 44-49.

⁶⁵ ADI 4815/DF, p. 13-22.

estendido aos herdeiros de obras biográficas literárias ou audiovisuais publicadas em mídia escrita ou redes sociais.

Porém, não há afastamento de eventuais fatos inverídicos ou abusos sobre a narração de fatos e do comportamento do biografado, ponderando-se com direitos da personalidade, intimidade e honra, por via judicial cível e penal, *a posteriori*⁶⁶.

O princípio da ponderação em favor do direito da liberdade de expressão teve com fundamentação, por analogia, na decisão que já analisara e afastara a necessidade de lei de Imprensa (5.250/1967) para assegurar a primazia dos direitos inerentes à personalidade e honra privada. Os abusos a esse direito devem ser proporcionais ao direito de resposta na mídia publicada, além de eventual dano material e moral pelo Judiciário.

Nesse sentido, preleciona o professor Celso Lafer:⁶⁷

[...] Na mesma linha, não acredito ser necessária lei especial para tratar da matéria no caso de um biógrafo ultrapassar a esfera garantida do direito de um biografado. Nas biografias, o mais relevante para um biografado é a tutela da verdade factual, na linha de Hannah Arendt: fatos e eventos efetivos, cujo oposto não é o erro, a ilusão ou a opinião, mas, sim, a falsidade e a mentira. Um biógrafo pode ter perspectiva distinta do biografado ou de seus familiares, mas não pode tocar e impugnar matéria factual. Aí, o primeiro remédio é o direito à resposta, pelos caminhos previstos pelos Códigos Penal e de Processo Civil. A verdade da biografia e seus desafios transitam, para recorrer ao que escreveu Guimarães Rosa em Grande Sertão: Verdades, pelo fato “que contar é muito, muito dificultoso. Não pelos anos que se já passaram. Mas pela astúcia que têm certas coisas passadas – de fazer balancê, de se remexerem dos lugares”. Concluo com ele: “Viver é perigoso” para todos cuja vida privada e íntima está muito mais ameaçada pela transparência imposta pela irradiação erga omnes da era digital do que pela ocasional má-fé de um biógrafo.

⁶⁶ O Estado de São Paulo ONLINE. Disponível em: <<http://intranet.tjsp.jus.br/Clippings/Clipping.aspx?Id=44512>>.

⁶⁷ Ibid., disponível em: <<http://intranet.tjsp.jus.br/Clippings/Clipping.aspx?Id=44512>>.

Em ambos os casos precedentes foram considerados o valor da divulgação pela mídia de fatos sobre pessoas históricas e a prevalência do princípio da liberdade de imprensa, sem o consentimento dos biografados, mas evitando excessos de linguagem e abusos que poderiam lhes afetar a honra, a intimidade e vida privada em sociedade.

7. Conclusão

O princípio da proporcionalidade teve origem na Alemanha após a Segunda Grande Guerra, como decorrência do princípio da reserva de lei aplicado ao direito público. Nesse contexto, trouxemos o desenvolvimento na doutrina, com a contribuição de Robert Alexy, e no Brasil, de Virgílio Afonso da Silva, Gilmar Ferreira Mendes, e também de Luís Roberto Barroso, que compara o direito da razoabilidade e proporcionalidade, para o sistema jurídico brasileiro.

Os elementos que norteiam o princípio da proporcionalidade são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. As teorias de interpretação são fundamentalmente a teleológica, a literal, a sistemática e a objetiva, com a ponderação dos fatos e do direito a ser aplicado no caso concreto.

Observa-se que a jurisprudência, tanto na Alemanha quanto no Brasil, se desenvolveu pela interpretação do princípio por meio de recursos constitucionais.

Abordamos, nos apontamentos, o direito de mídia, com a ponderação entre os princípios e direitos da personalidade, intimidade e vida privada e da liberdade de imprensa e de informação e expressão literária e em redes sociais.

Finalizamos com as análises e comparação de casos paradigmáticos envolvendo personalidades públicas (casos Caroline de Mônaco/Hannover e Daniella Cicarelli), nos quais prevaleceu o direito da personalidade e intimidade.

Nos casos de publicação de obras literárias, romances e biografias, não previamente autorizadas, envolvendo pessoas públicas da história, prevaleceu o direito à liberdade literária e de imprensa, com a possibilidade de posterior controle de excessos ou abusos e indenização por danos materiais e morais.

Buscamos incentivar e abrir o debate sobre futuros dilemas de ponderação de normas, na esfera público-privada, com os quais o direito irá confrontar no contexto da atual sociedade de informação.

Bibliografia

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, dez. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/controle-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

CUNHA, Mário Viola de Azevedo; ITAGIBA, Gabriel. Between privacy, freedom of information and freedom of expression: is there a right to be forgotten in Brazil?, *Computer Law and Security Review: the international journal of technology law and practice*, 2016.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quórum, 2008.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

GRABITZ, Ebehard. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, in Verbindung mit O. Bachof, H Ehmke, W. Greve, E. Kaufmann, H. Loening. K Schmid, R. Smend, herausg von P. Badura, K Hesse, P. Lerche. München: Beck, 1973.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

JAKOBS, Michael C. H. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, mit exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*. München: Heymanns, 1985.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Sarai-va, 2012.

MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz Kommentar*. München: C.H. Beck, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, v. 14, 2000.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, abr. 1999. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/173.htm>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Berlin: Konrad-Adenaur Stiftung, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, 2002.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. 1.

WERRO, Franz. The right to inform v. the right to be forgotten: a transatlantic clash. In: CIACCHI, Aurelia et al. (Ed.). *Liability in the third millennium*. Baden-Baden: Nomos, 2009.

Lei e direitos fundamentais – diálogo normativo

*João José Custódio da Silveira*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introito; 1.1. Diálogo normativo; 2. Notas fundamentais; 2.1. Proposta conceitual; 3. A lei no âmbito da fundamentalidade; 3.1. Conformação e restrição; 3.2. Inovação e ampliação; 4. Diálogos normativos: algumas reflexões; 4.1. Leis restritivas e Constituição; 4.2. Leis conformadoras e Constituição; 4.3. Leis ampliativas/inovadoras e Constituição; 4.3.1. Leis criativas ou ampliativas sucedidas de restritivas; 5. Considerações finais.

1. Introito

Divisado o grande salto no desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais a partir de 1776 com o Virginia Bill of Rights, secundado com equivalente importância pela Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen, de 1789, verificou-se natural tendência à sua “positivação” em diplomas constitucionais. Entretanto, na impossibilidade de objetivação exauriente dessa (dinâmica) categoria de direitos, bem como em razão das mais variadas nuances de alcances e limites a ela inerentes, referida “constitucionalização” evoluiu em parceria com o expediente de delegação de competência normativa auxiliar ao legislador infraconstitucional.

Segue daí o intuito de refletir acerca do diálogo direto que ocorre entre Constituição e Lei enquanto regentes de direitos, liberdades e garantias fundamentais. Com efeito, para além das disposições constitucionais que delimitam taxativamente o espectro de incidência de

¹ Magistrado em São Paulo, Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Lisboa, Mestre em Direito Processual Civil pela USP, Coordenador Regional e Professor da Escola Paulista da Magistratura.

determinados direitos, a Lei também possui atribuição para lidar com a fundamentalidade por meio de atuação complementar ou restritiva, sem olvidar até mesmo de seu potencial ampliativo e inovador. Resta acurar quando procede ou não de forma harmônica com a Constituição (formal ou material)², bem assim os reflexos de eventual desarmonia.

Advirta-se, desde logo, que referido teste de constitucionalidade de pode não se contentar unicamente com as soluções herméticas da doutrina positivista.³ Será preciso refletir, antes de concluir sem mais reservas, sobre, por exemplo, qual seria a prevalência no confronto entre Lei que expanda determinado direito fundamental e dispositivo constitucional que, em princípio, possa ser interpretado de maneira contrária a tal ampliação.

Ainda outro aceno preliminar. Conquanto passando ao largo da exposição ontológica sobre os direitos fundamentais – ainda que confessada sua investigação –, tão cara às searas filosófica e sociológica do estudo das liberdades,⁴ o desenrolar destas linhas estará orientado de maneira mais rente à percepção dogmático-positiva do tema.⁵ Ou seja, o foco será ajustado através das duas principais lentes normativas dos direitos fundamentais, Lei e Constituição, com o fito de observar a imagem refletida a partir de cada uma delas e, sobretudo, o resultado de sua sobreposição, de modo a detectar distorções que denunciem qualquer falha integrativa.

² Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: Tomo IV – Direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 09-10. A distinção entre Constituição Formal e Material é de suma importância, nomeadamente a fim de problematizar a análise que se fará posteriormente sobre a viabilidade ou não de atuação do legislador ordinário na regulamentação de direito fundamental sem reconhecimento expresso na Carta.

³ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 157.

⁴ Em especial: a) o potencial nocivo da lei na restrição das liberdades por conta de opiniões majoritárias, por MILL, John Stuart, *Sobre a liberdade*, 2. ed., tradução de Alberto da Rocha Barros, Petrópolis: Vozes, 1991, p. 126; b) a segurança do cidadão mediante a certeza conferida pela garantia legal da liberdade, por HUMBOLDT, Wilhelm von, *Escritos políticos*, tradução de Wenceslao Roces, Mexico, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 137; c) liberdade sob o prisma das leis e obrigações morais, por KANT, Immanuel, *Lecciones de ética*, tradução de Roberto R. Aramayo y Concha R. Panadero, Barcelona: Critica, 1988, p. 68-69.

⁵ A métrica analítica do texto é fiel à seara do constitucionalismo positivado, mas permite em rodapé um aceno de interesse para o sistema inglês e sua ideia da prescindibilidade de um catálogo dos direitos fundamentais, forte na crença sobre uma interação sadia entre Executivo e Parlamento, vivificada por um Judiciário independente, como forma de melhor reger e defender os interesses individuais e sociais. “The British – so it seemed to our Victorian ancestors – had no need for written constitutions and fundamental rights” (Cf. JOWELL, Jeffrey; OLIVER, Dawn. *The changing Constitution*. Oxford: University Press, 2004. p. 65-65.).

1.1. Diálogo normativo

Como já se fez perceptível, a opção por uma abordagem mais tímida dos alicerces estruturantes dos direitos fundamentais, com recorte unicamente voltado às fontes normativas, tem razão de ser à vista das limitações naturais deste ensaio. Não se está a diminuir a importância do conhecimento sobre suas fontes primárias, existencialistas, que pesquisam a essência dos direitos para além de seu encarte no ordenamento jurídico positivo. Porém, partindo de um berço tão vasto, seria inevitável derivar para outros dilemas com potencial de escapar à proposta desta exposição.

Ainda assim, permite-se um aparte para afirmar que o trato de direitos universalmente reconhecidos sugere inelutável aproximação com a ideia do justo,⁶ cujo passar dos tempos nutre os povos de vivências capazes de aclarar sua compreensão e propiciar a formatação de normas de conduta imprescindíveis ao bem-estar individual e comum.⁷

E a reflexão jurídica que confere os contornos a um direito fundamental, em regra, culmina em sua positivação no texto constitucional à guisa de outorgar-lhe autoridade perante o legislador ordinário, ainda que muita vez a este seja conferida a tarefa de esculpir as feições finais daquele direito, complementando-o, conformando-o ou estabelecendo restrições. Quando isso ocorre, é imprescindível que se verifique um diálogo saudável entre Lei e Constituição de molde a fazer respeitar a essência do direito fundamental que se pretendeu positivar.⁸ E a interação normativa desejada é aquela que institui parcimônia na atuação do legislador infraconstitucional, a vedar, por exemplo, restrições que

⁶ Não se pretende aqui singela irmanação às teorias escolásticas do direito natural, tampouco àquelas críticas ao positivismo herdado de Austin, com restrição do Direito ao "ramo" da moral ou da justiça (Cf. HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 12.). Porém, não é dado recusar a tradição reflexiva ocidental sobre a justiça, muita vez matizada pelos fundamentos espiritual e epistemológico do pensamento contemporâneo; de fato, a essência do justo só pode ser aquilatada em função de seus limites, que "não se apresentam como fronteira metafísica, mas como delimitação do direito válido" (HOMEM, António Pedro Barbas. *O justo e o injusto*. Lisboa: Associação Acadêmica da FDUL, 2001. p. 10 e 14).

⁷ Algo diverso, portanto, de investigações preliminares acerca de sua origem metafísica, destilada a partir de "direitos anteriores à própria sociedade, derivados dum supposto estado natural" (SOUZA, José Ferreira Marnoco e. *Constituição política da República Portuguesa* : commentario. Coimbra: F. França Amado Editor, 1913. p. 37).

⁸ Cf. HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. p. 195-196.

tolham o núcleo essencial do direito fundamental⁹ ou conformações que digam aquém/além dos limites imaginados por ocasião de seu reconhecimento.

Do mesmo modo, pode suceder que a maior densidade da Constituição no ordenamento jurídico – a conferir-lhe mais solidez, porém à custa de alguma lentidão no acompanhamento das transformações sociais – instigue o legislador infraconstitucional a salvaguardar algum direito não previsto formalmente na Carta, mas cujo perfil se coaduna com os valores e princípios fundamentais nela inscritos.¹⁰ Será preciso, pois, implementar o teste de resistência entre um novel direito supostamente contaminado de jusfundamentalidade e as demais disposições constitucionais que tenham com ele algum ponto de interseção, outra faceta do referido diálogo normativo.

Ainda mais. É factível que a própria dimensão de um direito fundamental, da forma como reconhecida originariamente pela Constituição, veja-se oprimida diante das vivências hauridas em épocas posteriores. À vista do salutar processo de maturação que deve permear qualquer revisão constitucional, a pena mais ágil do legislador ordinário pode ser utilizada no elastério do direito fundamental. Mesmo aí, será preciso cuidado para evitar dissintonia entre Lei e Constituição, de modo a impedir, por exemplo, que a expansão de um direito comprometa a viabilidade do exercício de outros coessenciais.

Em todas as hipóteses citadas, o que mais importa é a qualidade do diálogo, da interação entre Lei e Constituição quando normatizam direitos fundamentais. E sobre tais bases é que será desenvolvida a ponderação sobre a permissividade da Lei não apenas para conformar ou restringir direitos fundamentais, mas também expandi-los ou até edificá-los, tudo sem prejuízo de tributar o devido respeito e de maneira alguma subverter os princípios elementares que balizam a Constituição.

⁹ Cf. MIRANDA, Jorge. 'Inviolabilidade do domicílio', in separata de *Jurisprudência Crítica*. Coimbra: 1974, p. 400.

¹⁰ Cita-se a reserva de posicionamento contrário por José Bacelar Gouveia, que defende a pertença à Constituição formal como elemento essencial e constitutivo dos direitos fundamentais (Cf. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Aequitas, 1995. p. 41 e 116-117.), e de quem, com a devida vênia, discordar-se-á oportunamente.

2. Notas fundamentais

Consoante asseverado, não se verterá para aspectos filosóficos ou sociológicos relacionados ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, restringindo-se sua percepção à realidade normativo-dogmática. Ainda assim, um breve relance evolutivo e conceitual é válido a pavimentar o caminho que será trilhado no porvir, até para tornar claro e assumido o viés teórico adotado neste ensaio como premissa na abordagem dos direitos fundamentais.¹¹ Já clarificados no introito os horizontes e o escopo deste ensaio, serão eleitas apenas algumas vistas d’olhos sobre os passos sequenciais dogmáticos e conceituais mais relevantes ao desenvolvimento posterior da temática centrada na atuação da Lei em sede de direitos fundamentais.

Pois bem. Conquanto indissociáveis as noções de direitos fundamentais e Estado, revela-se impróprio contextualizá-los sob a ótica da liberdade à moda antiga – medida consoante o grau de participação do indivíduo no poder –, sendo de melhor rigor teórico concebê-los a partir da liberdade à moderna – nível de respeito à individualidade perante o poder.¹² Com efeito, não se encontram na Antiguidade senão raros lampejos do que viria a cristalizar-se como “direitos fundamentais” na Modernidade. A tomar em conta: a) a profunda limitação a direitos privados no Estado Antigo Oriental; b) a desvalia do indivíduo perante o Estado Helênico, que o incitava à participação na elaboração de leis fundamentais que, ao fim e ao cabo, impunham-lhe severa limitação da liberdade; c) a admissão no Estado Romano de uma personalidade individual independente do Estado apenas sob o enfoque do cidadão, sem reconhecer a personalidade ao homem como tal;¹³ costuma-se afirmar que os antigos não conheciam a liberdade individual.¹⁴

Também não há como extrair o reconhecimento de direitos fundamentais propriamente ditos da Idade Média. Da inicial involução na

¹¹ Diga-se logo: direitos fundamentais sob a perspectiva formal e material (Cf. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 10-11.), não encerrados pela positivação constitucional (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 498).

¹² Cf. CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Tradução de Loura Silveira. *Revista de Filosofia Política*, n. 2, p. 1-7, 1985.

¹³ JELLINEK, Giorgio. *Teoria general del estado*. Tradução de Fernando de los Rios. Mexico, DF: FCE, 2000. p. 283 e segs.

¹⁴ Cf. COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 246.

bipartição romana entre o *jus singulorum* e o *jus populi* – que já sinalizara fragilização com o cristalizar do direito público na organização administrativa de um sistema político absolutista e subsequente falência do Império, vitimado pela decadência econômica, dissolução moral e decomposição social – os alemães, por exemplo, entraram e permaneceram na história com secular desconhecimento acerca da oposição entre direito público e privado, impossibilitando qualquer desenvolvimento da noção de direitos fundamentais.¹⁵ A verdade é que direitos “individuais” na filosofia medieval, ora entendidos como autônias, ora privilégios, entrelaçavam-se numa sociedade essencialmente dividida e hierarquizada, conferindo-lhe uma natureza jurídica e política a ser auscultada no estatuto jurídico regente de cada grupo de indivíduos.¹⁶

A consagração efetiva dos direitos fundamentais passou a tomar forma nos Estados Unidos da América em 1776 com o Bill of Rights da Virgínia, que influenciou declarações de direitos disseminadas por outros Estados norte-americanos – destaque para a Declaração de Direitos da Pensilvânia. O diploma cimentou ainda os alicerces da Constituição Federal de 1791, sobre os quais se desenvolveu o primado da Constituição no exercício do controle de constitucionalidade, passo crucial para cristalizar a força normativa dos direitos fundamentais. No paralelo europeu, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 desfruta o status de marco histórico para os direitos fundamentais, secundada pelas constituições Francesa (1815) e Belga (1831).¹⁷

Importante notar que nessa germinação constitucional dos direitos fundamentais resplandeciam, essencialmente, as chamadas liberdades negativas, circundando o cidadão como a protegê-lo de investidas estatais em suas esferas de autonomia pessoal.^{18,19} Em uma quadra

¹⁵ Cf. GIERKE, Otton. *La función social del derecho privado*. Tradução de José M. N. Palencia. Madrid: Sociedad Editorail Española, 1904. p. 17-18.

¹⁶ Cf. GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *Da justiça administrativa em Portugal – sua origem e evolução*. Lisboa: Universidade Católica, 1993. p. 43.

¹⁷ Cf. PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33-34.

¹⁸ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 66.

¹⁹ Tanto por isso que, algumas vezes, promove-se o enquadramento dos direitos fundamentais em *gerações*: liberdades e garantias individuais integrantes da *primeira*, direitos sociais na *segunda* e os de solidariedade ou fraternidade na *terceira*, além de vaticinar outros que se acomodariam em uma futura *quarta geração* (Cf. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. M. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 397-398.).

seguinte, mais precisamente no primeiro pós-guerra, alguns direitos sociais são integrados à categoria dos fundamentais em muitas Cartas, embora dotados de uma áurea meramente programática – tal quadro só viria a ser alterado a partir do segundo pós-guerra, ocasião em que os direitos constitucionalmente assegurados passaram a ser vinculados de um caráter supremo, material e formal da Constituição.^{20,21}

Num átimo, o percurso evolutivo que servirá de norte para um esboço conceitual dos direitos fundamentais e desenvolvimento das ideias referentes ao diálogo das fontes.

2.1. Proposta conceitual

Para além de pinçar variadas proposições doutrinárias a fim de elaborar conceitos didáticos,²² ou caminhar pela extensa via das diferentes categorias de direitos fundamentais, a elucidação da proposta conceitual que servirá de guia no desenrolar da exposição principia por destacar formulações capazes de testar o argumento de como sua disciplina na Constituição pode suportar conformações, restrições ou alterações pela Lei, sempre de modo a orientar a reflexão sobre como devem harmonizar-se. Adota-se como pressuposto essencial a vivificação dos direitos fundamentais muito além de sua dimensão formal:²³ com transposição da exigência de expressa previsão no texto constitucional, haverão de ser admitidos em sua grandeza material. Convir que essa categoria de direitos pudesse estar encerrada em cada ordenamento, de acordo com as vontades do legislador constituinte da ocasião – a espelhar a conveniência do regime político reinante –, significaria aceitar a insuficiente ou nenhuma consagração de direitos tão elementares como a vida ou a liberdade de crença. Ao contrário, deve-se ter em conta que uma Constituição descompromissada com

²⁰ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 69-71.

²¹ Para maior aprofundamento na sucessão histórica dos direitos fundamentais, inclusive com apontamento do direito à paz como integrante da quinta geração (Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. passim.).

²² Inclusive as clássicas, que lhes negam a própria condição de direito, tratando-os como mera limitação aos direitos do Estado (Cf. SOUZA, José Ferreira Marnoco e. Op. cit., p. 34.).

²³ Derivação direta dos conceitos de Constituição Formal e Constituição Material, com o alerta de tratar-se, apenas, de diferentes planos de enfoque, eis que realidade e normatividade não devem ser separadas ou confundidas, havendo que se notar, isso, sim, seu paralelismo coordenado (Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15.).

direitos universalmente reconhecidos é a face exposta de um problema, e não os direitos fundamentais em si.²⁴

Não se descarta da importância em erigir positivamente alguns direitos à escala de fundamentalidade, no afã de condicionar expressamente o legislador a respeitá-los; mas isso é irrelevante para o significado intrínseco dos direitos fundamentais.²⁵ Diga-se mesmo que a constitucionalização de direitos, em muitos casos, não garante sua observância; claudicações estatais até podem ser contornadas pelo crivo judicial em democracias maduras,²⁶ mas estarão relegadas à expectativa de – longa – maturação política quando nem mesmo tal possibilidade for admitida pelo poder dominante.²⁷

E se entre as inúmeras variantes conceituais que contornam o tema^{28,29} possa considerar-se importante adotar uma referência doutrinária que mais coadune com a proposta deste trabalho, está eleita a que dimensiona como fundamentais os “direitos ou posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas”, dispostos na Constituição formal ou inerentes à material.^{30,31} Trata-se de definição precisa e objetiva desde a qual será

²⁴ Cf. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 11-13.

²⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. p. 19.

²⁶ V.g. *United States Constitution*: art. 1º, section 9ª, clause 2: “The privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it”, norma cujo efetivo cumprimento teve de ser revigorado pela Suprema Corte a partir de *Rasus v. Bush*, dado seu desrespeito por posturas governamentais.

²⁷ Direitos “constitucionalizados”, mas de observância questionável: v.g. *China, 1982 (rev. 2004)*, art. 38; *Cuba, 1976 (rev. 2002)*, art. 53; *Irã, 1979 (rev. 1989)*, art. 22 (cf. disponível em: <<https://www.constituteproject.org>>, acesso em: 7 dez. 2013).

²⁸ E aqui vale especial deferência à percepção dos direitos fundamentais em três dimensões, por José Carlos Vieira de Andrade: a) perspectiva filosófica ou jusnaturalista – direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares; b) universalista ou internacionalista – direitos de todos os homens ou categoria de homens, em todos os lugares, num certo tempo; c) perspectiva estadual ou constitucional – direitos dos homens (cidadãos), num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto (*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 13.).

²⁹ Acerca de uma concepção republicana dos direitos fundamentais, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, O círculo e a linha: da ‘liberdade dos antigos’ à liberdade dos modernos na teoria republicana dos direitos fundamentais, in: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. M. (Coord.), *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*, 2. ed. atual. e ampl., São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 178-190. E mais, a imagem dos direitos fundamentais como “trunfos” (DWORKIN) oponíveis ao poder público, blindando os titulares mesmo contra a vontade da maioria, em NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito*, Coimbra: Coimbra, 2012, p. 15-16.

³⁰ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 9.

³¹ Com apontamento distintivo entre Constituição em sentido material e formal, cf. CAETANO, Marcello, *Manual de ciência política e direito constitucional*, 6. ed., tomo I, Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 342-344.

perfilhado o diálogo normativo noticiado nas considerações iniciais, tampouco importando para a finalidade almejada categorizações outras, como, por exemplo, o apontamento distintivo entre as dimensões positiva e negativa³², os *status* diferenciados para cada categoria de direito³³ ou a eficácia horizontal dos direitos fundamentais,³⁴ cuja prossecção transbordaria os objetivos desta exposição.

3. A lei no âmbito da fundamentalidade

No estudo das intersecções entre Lei e Direitos Fundamentais, mostra-se necessário recordar que o enfoque tradicional considerava o conteúdo jurídico das disposições constitucionais sobre o tema a partir do “recurso à conceptualidade ínsita nas leis ordinárias que realizavam aquelas proclamações ou que haviam já inspirado a própria norma-ção constitucional”.³⁵ Resultava que nem mesmo era problematizada a questão dos limites da Lei na conformação e restrição,³⁶ porquanto admitida a ideia dos “direitos fundamentais à medida da lei”.³⁷ Todavia, consoante a ponderação de Otto Bachof, ainda que o constitucionalismo primitivo não “desconfiasse” do legislador, tal realidade

³² Sobre o tema, vale apenas a segura proposição de María José Añón: “las diferencias entre los derechos ‘de no lesión’ y los derechos ‘de prestación’ no se encuentran en un plano lógico-deontico, ni en la estructura de los derechos, ni en su ‘naturaleza’ 28, sino en planteamientos de orden político” (Derechos fundamentales y Estado constitucional. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, n. 40, 2002. p. 32.).

³³ Na construção clássica de Giorgio Jellinek (*Diritti pubblici subbiettivi*. Tradução de Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912. p. 105 e segs.).

³⁴ Cf. sobre o tema SILVA, Vasco Pereira da. A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XIX, II, 2ª série, n. 2, p. 261, abr.-jun. 1987. (separata). Mais, referindo a “ameaça horizontal a direitos fundamentais”, SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 52 e segs. E ainda a assertiva de que “o Estado não é o único inimigo das liberdades”, por ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 1990, p. 25.).

³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 158-159.

³⁶ Já o sistema norte-americano, como se sabe, fora estruturado desde o início sob o pressuposto da supremacia constitucional perante o legislador, inclusive disciplinando a tutela judicial imediata à sua proteção (cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 62).

³⁷ Ao comentar o conhecido aforisma de Krüger – que revela a transmutação da ideia de “direitos fundamentais na medida da lei” para “leis à medida dos direitos fundamentais” – J. J. Gomes CANOTILHO acrescenta: “a lei como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais”, em alerta para a violação de direitos também em razão da “falta de prestações” e “inércia normativa” (cf. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 363-364).

princípios a ser invertida no transcurso do século XIX.³⁸ Hodiernamente, a reversão da visão tradicional está evidenciada na estrita vinculação do legislador ordinário aos ditames constitucionais sobre os direitos fundamentais, bem assim sua aplicabilidade imediata^{39,40} de molde a prescindir de regulamentação legislativa à fruição.⁴¹

Com esteio nessa perspectiva é que deve ser compreendida a opção dos textos constitucionais modernos por um consórcio com a Lei no domínio dos direitos fundamentais. Porque consagrados em normas que não raro revelam um “certo grau de imprecisão ou fluidez”⁴² – aliás, próprio de sua envergadura constitucional –, tais direitos convivem, por vezes, com delegação ao legislador ordinário para sua conformação, esclarecimento ou regulação com vistas à sua ótima aplicação,⁴³ sem que isto condicione a sobredita aplicabilidade imediata.⁴⁴ Importa apenas assinalar que referido expediente de “reenvio aberto” não avaliza qualquer regulação, mas aquela cujo cerne está determinado materialmente por outros princípios expressos ou implícitos decorrentes da lei fundamental.⁴⁵

A vinculação do legislador. À vista da miríade descritiva utilizada na positivação dos direitos fundamentais, Jorge Miranda bem assinala que “o legislador ordinário regulamenta simplesmente as normas

³⁸ O autor anota o abandono do sentido clássico de regramento geral e abstrato da Lei à razão de sua conversão em instrumento de ‘conformação política orientado a um fim’, planejado a curto prazo e resultante da negociação entre grupos de interesses contrapostos. A partir de então, refere que sua utilização para fins políticos, as transformações estruturais do próprio Parlamento e o aumento excessivo das demandas legislativas culminaram por conferir ao legislador o predicado de “inimigo” das liberdades, tudo a credenciar a opção da Lei Fundamental pela eleição do juiz como seu tutor maior (cf. *Jueces y Constitución*. Tradução de Rodrigo B. Rodríguez-Cano. Madrid: Civitas, 1987. p. 45-53).

³⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 143 e segs. Ainda, Jorge Miranda, *Manual...*, IV, cit., p. 319-320.

⁴⁰ V.g. Constituição Portuguesa, art. 18, 1; Brasileira, 5º, § 1º; Alemã, art. 1º, 3; Grega, art. 25, 1; Tailandesa, Cap. III, part. 1, seção 28.

⁴¹ Ao contrário do que propugnava a doutrina tradicional (Cf. SOUZA, José Ferreira Marnoco e. Op. cit., p. 44).

⁴² Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 224.

⁴³ José Afonso da Silva critica a aceção doutrinária que refere como “normas de legislação” às disposições constitucionais que disciplinam direitos fundamentais e remetem a diploma legal futuro, forte na diferenciação entre normas de eficácia contida e de eficácia limitada (Cf. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 82-85).

⁴⁴ Vale dizer, “de forma alguma é plausível entender tais direitos como ‘promessas’, postergadas em função da omissão do legislador” (BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; FRANCO, Karina Marzano. Artigo 5º., parágrafos 1º ao 3º. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 330.).

⁴⁵ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO, *Constituição...*, cit., p. 408).

constitucionais auto-exequíveis e concretiza as normas não exequíveis”.⁴⁶ De resto, a vinculação dos órgãos legislativos verifica-se não apenas de maneira negativa, impediendo de contrariedade ao sentido das normas constitucionais, mas também positiva, já que além da função de regulamentar e concretizar, incumbe-lhes o dever de emitir normas ou providências que protejam os direitos fundamentais.⁴⁷

Dado que a omissão legislativa demandaria desenvolvimento em larga escala, em prejuízo da proposta aqui voltada à observância da ação legislativa no domínio dos direitos fundamentais, alerta-se apenas que a inércia do legislador não passa ao largo dos mecanismos de controle de inconstitucionalidade na variante omissão – ocasionalmente a potencializarem as chamadas “sentenças aditivas”⁴⁸ –, além de estar sujeita à forma mais severa de proteção contra omissões lesivas a bens jurídico-fundamentais, a saber, sua criminalização.⁴⁹

Com foco, pois, na ação legislativa sobre os direitos fundamentais, importa analisar em que medida estará conforme a Constituição.

O regime orgânico. No que pertine ao regime de atribuição da competência legiferante sobre direitos, liberdades e garantias, é sua comum primazia ao Parlamento e subsidiariedade ao Executivo, consoante se constata, por exemplo, na Constituição Portuguesa, atenta à magnitude dessa categoria de direitos.⁵⁰ Aliás, tal reserva abrange todas as categorias de leis (conformadoras, restritivas ou ampliativas).⁵¹

Já na Constituição Brasileira, a Emenda Constitucional n. 32/01 inseriu disposição expressa acerca dos temas subtraídos às Medidas Provisórias, entre eles nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral, mas sem menção textual e generalizada a direitos individuais.⁵² Contudo, importa a interpretação sistemática

⁴⁶ *Manual...*, IV, cit., p. 321.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 326.

⁴⁸ Cf. SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: MORAIS, Carlos Blanco et al. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 427-435.

⁴⁹ Cf. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 46-50.

⁵⁰ Ainda assim, a CRP impõe *reserva absoluta* a alguns direitos, conforme previsão do artigo 164º, para só então disciplinar a delegação na *reserva relativa* do art. 165º (1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: b) Direitos, liberdades e garantias).

⁵¹ Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 469.

⁵² Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I. Relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos

com o disposto no artigo 68, § 1º, responsável por disciplinar a extensão dos limites materiais para a Lei Delegada, subtraindo-lhe do alcance direitos individuais, políticos, eleitorais, de cidadania e nacionalidade.⁵³ Daí afirmar-se a competência exclusiva e indelegável do Parlamento para legislar sobre tal leque de direitos. Por oportuno, vale a citação de julgamento do Supremo Tribunal Federal, anterior à mencionada Emenda – impositiva de algumas restrições materiais explícitas às Medidas Provisórias –, mas do qual se extraem votos (Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence) paradigmáticos sobre a impossibilidade de sua incursão no terreno das liberdades, um deles com invocação expressa ao magistério de Jorge Miranda quanto ao imprescindível respeito à separação de poderes que conduz reserva ao Parlamento, se não de todas as matérias, ao menos às mais sensíveis e politicamente importantes, donde sobressaem as pertinentes a direitos, liberdades e garantias.⁵⁴

Outra nota sobre o regime orgânico. Tanto na Constituição Portuguesa quanto na Brasileira, não há um procedimento legislativo específico para o regramento de direitos, liberdades e garantias, embora algumas disposições diferenciem a modalidade de lei exigida para a conformação ou restrição. Na casuística, veja-se a sujeição ao regime das Leis Orgânicas para as matérias incluídas em seu âmbito pela Constituição Portuguesa;⁵⁵ na Constituição Brasileira, conformação delegada à Lei Complementar para regulagem e previsão de indenização e outros direitos em caso de despedida arbitrária (art. 7º, inc. I), ou ainda hipóteses de inexigibilidade (art. 14, § 9º).⁵⁶

políticos, partidos políticos e direito eleitoral. Na percepção de Walter Ceneviva, a alteração ultimou sedimentar vedação expressa à edição de Medidas Provisórias sobre matérias reservadas à Lei Complementar (*Direito constitucional brasileiro*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 234.), mas é preciso reconhecer que claudicou ao omitir a vedação ao trato de direitos individuais via Medida Provisória.

⁵³ Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: [...] II. nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais.

⁵⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 162-1/DF, Pleno, Rel. Moreira Alves, dj. 14/12/1989, com indeferimento de liminar para suspender Medida Provisória, vencendo com argumentos diversos os votos citados.

⁵⁵ Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 473.

⁵⁶ Para constar, a Constituição Espanhola declina de maneira ampla para o regime das Leis Orgânicas: “Artículo 81: 1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.”.

Esboço classificatório. Postas tais premissas, e sem perder de vista a compressão ditada pela natureza e brevidade deste ensaio, principia-se por pinçar algumas das situações mais recorrentes, que evidenciam o diálogo normativo entre Lei e Constituição na seara dos direitos fundamentais, para, ao final, detectar pontos de conflito que possam prejudicar a harmonia dessa interação. Sem embargo das mais variadas classificações atribuídas à Lei, enquanto disciplinadora do tema,⁵⁷ para melhor problematizar a questão reduz-se o universo às conformativas, restritivas, precursoras e ampliativas.

3.1. Conformação e restrição

Principia-se a análise do comportamento da Lei na regulação de direitos fundamentais sob duas perspectivas elementares, a saber: a) meio autorizado pela Constituição para conformação de direito e b) expediente restritivo voltado à proteção de outros direitos com idêntico *status* constitucional.⁵⁸

A conformação pela Lei. Nem mesmo as Constituições mais liberais ou fortemente protetoras da dignidade da pessoa humana são eficientes a ponto de dispensar o concurso complementar da legislação ordinária.⁵⁹ Como já se disse antes, até em razão do perfil diferenciado do texto constitucional, não é rara a positivação de um direito fundamental com reserva à Lei para sua regulação e desenvolvimento.⁶⁰ E, embora a intervenção legislativa mais emblemática no espectro dos direitos fundamentais seja a restritiva, na maior parte dos casos impeira a conformadora. Dentro deste epíteto – também por uma questão metodológica –, juntam-se outras classificações (ordenadora, reguladora, interpretativa, declarativa, protetiva, concretizadora etc.) para querer traduzir a atuação do legislador infraconstitucional voltada a

⁵⁷ Entre várias: 1) José Carlos Vieira de Andrade: ordenadoras, condicionadoras, interpretativas (delimitadoras ou concretizadoras), constitutivas (ou conformadoras), protetoras, promotoras e ampliativas (op. cit., p. 208); 2) Jorge MIRANDA: declarativa regulamentadora, concretizadora, protetiva, restritiva e aditiva (*Manual...*, IV, cit., p. 407); 3) Peter LERCHE: interventoras, esclarecedoras, conformadoras, protetoras de abuso e solucionadoras de conflitos (apud Robert Alexy, op. cit., p. 332).

⁵⁸ Cf. HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 168.

⁵⁹ Cf. MIRANDA, Jorge. *Inviolabilidade...*, cit. p. 400.

⁶⁰ Fala-se, por vezes, em um sistema “misto” (Cf. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Op. cit., p. 496-497).

efetivar direito fundamental por meio de disposições que instrumentalizem, densifiquem, protejam ou concretizem sua fruição, bem assim esclareçam seu alcance, previnam conflitos ou obstaculizem o abuso e a violação dos direitos. Trata-se da chamada “dimensão positiva” da vinculação do legislador, no dever de “realizar” os direitos, liberdades e garantias de modo a otimizar sua normatividade e atualidade.⁶¹

Com efeito, a Lei opera de maneira regulamentadora ou ordenadora de direitos fundamentais quando, a pretexto de organizar e disciplinar sua “superior” execução, dispõe sobre hipóteses que autorizam interceptações telefônicas,⁶² regulam o casamento, a propriedade, o sufrágio⁶³ ou as condições de exercício do jornalismo⁶⁴.

Por outro lado, atua de forma concretizadora ou constitutiva ao implementar preceitos não exequíveis por si mesmos, determinando e distendendo o conteúdo nuclear ditado pela Constituição, como, por exemplo, ao disciplinar os termos da objeção de consciência⁶⁵, definir o tempo de exclusividade à propriedade intelectual⁶⁶ ou normatizar significância e alcance do direito à proteção de dados informatizados.⁶⁷

Outrossim, a Lei incursiona de maneira protetora a direitos fundamentais ao cumprir mandato constitucional para conferir-lhes especial blindagem, como ao garantir defesas específicas a representantes sindicais,⁶⁸ assegurar respeito aos locais de culto e suas liturgias⁶⁹ ou estabelecer parâmetros de proteção contra a utilização indevida de informações pessoais.⁷⁰

Para final destaque sobre a importância do concurso legal para a conformação dos direitos fundamentais, sobreleva revisitar os chamados direitos com “âmbito de proteção restrita ou marcadamente normativo”, nos quais é “a normação ordinária que acaba por conferir conteúdo e efetividade à garantia constitucional”.⁷¹

⁶¹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., p. 580.

⁶² Art. 5º, XII, da Constituição Brasileira.

⁶³ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 209.

⁶⁴ Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 407, com referência à Constituição Portuguesa.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Art. 5º, XXVII, da Constituição Brasileira.

⁶⁷ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 213, com referência à Constituição Portuguesa.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 214.

⁶⁹ Art. 5º, VI, da Constituição Brasileira.

⁷⁰ Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 407, com referência à Constituição Portuguesa.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 224.

A restrição pela Lei. Diversamente de compreender a existência de limites ao exercício dos direitos fundamentais em sua integração harmônica com os demais direitos, liberdades e garantias estatuídas na ordem constitucional, cuida-se aqui de analisar a imposição de restrições pelo legislador infraconstitucional.

Em que pese o devido respeito ao posicionamento de recusa a restrições legais que ultrapassem os casos expressamente previstos na Constituição,⁷² admite-se que o silêncio do legislador constitucional sobre alguma restrição não impede recorte a direito fundamental pelo ordinário, desde que proceda com atenção aos requisitos constitucionais e, sobretudo, esteja justificada a restrição, com exposição dos interesses materiais em confronto a fim de proporcionar um sopesamento adequado sobre sua pertinência.⁷³ Diferentemente da atividade de conformação, o exercício restritivo da Lei, haja vista diminutivo da fruição de direito, liberdade e garantia, demanda persuasiva fundamentação à ótima realização de outros preceitos constitucionais.⁷⁴

Ausente disciplina específica às restrições legais na Constituição Brasileira, a Portuguesa oferece inspiração por meio da disposição de requisitos específicos, a saber: fundamento na Constituição, limitação ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, revestimento geral e abstrato, vedação de efeito retroativo e impossibilidade de diminuição na extensão e alcance do conteúdo essencial⁷⁵ dos preceitos constitucionais (art. 18, n. 2 e 3).

Em tal “conteúdo essencial” é que se concentra a principal diretiva para o legislador ordinário entabular com retidão seu diálogo

⁷² Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...*, cit., p. 281. No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito...*, cit., p. 609-610. Não se desconhece, também, o vetusto alerta de John Stuart Mill sobre o perigo da Lei limitativa às liberdades: “O mais forte, contudo, dos argumentos contra a interferência do público na conduta puramente pessoal, é que, quando ele interfere, se pode apostar que interfere de modo errado, e em lugar errado” (*Sobre a liberdade*. 2. ed. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 126.). Ainda assim, conforme exporemos, admitimos as restrições legais não expressamente autorizadas.

⁷³ Cf. NOVAIS, Jorge. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 600 e passim.

⁷⁴ Robert Alexy utiliza o critério da “não-inibição da realização de um princípio de direito fundamental” para diferenciar configuração e restrição legais, motivo pelo qual somente aquela prescinde de fundamentação (*Teoria...*, cit., p. 339-340).

⁷⁵ Embora indenível objetivamente, evidencia-se em cada direito fundamental um núcleo intangível, tanto por isso subtraído ao alcance do legislador. “En todo tiempo, y hoy más, indudablemente, han existido en el derecho de los pueblos cultos, algunos puntos fundamentales que han estado sustraídos al arbitrio del legislador. Estos puntos fundamentales vienen a representar el precipitado de la total evolución histórica de un pueblo, tal como se ha mostrado constantemente en las instituciones jurídicas, en cuanto condición permanente de su existencia histórica” (JELLINEK, Giorgio. *Teoria...*, cit., p. 351).

normativo com a Constituição, na observância estrita dos limites às restrições – ou “limites dos limites”.⁷⁶ Para além disso, evidenciar sempre a finalidade de satisfação às exigências do bem comum para justificar qualquer restrição, pena de restar desafiada a Constituição.⁷⁷

Em suma, Constituição e Lei devem caminhar juntas na empreitada de realização dos direitos fundamentais, seja enunciando limites, seja estabelecendo restrições, mas sempre com o cuidado de evitar potenciais fricções que possam desestabilizar o sistema normativo dos direitos, liberdades e garantias.

3.2. Inovação e ampliação

Embora no plano filosófico seja legítimo captar as raízes dos direitos fundamentais na linhagem nobre do princípio da dignidade da pessoa, a conexão jurídico-positiva entre os institutos pode ser detectada apenas com a formação do Estado Social de Direito, tornando-se ainda mais enfática a partir dos diplomas constitucionais e textos internacionais do segundo pós-guerra.⁷⁸ Desde então, vêm sendo aperfeiçoados mecanismos de tutela aos direitos fundamentais – a inspirar até mesmo afirmações quanto à transição do Estado Constitucional para o Estado de Direitos Fundamentais –,⁷⁹ inclusive com admissão à expansão em seu catálogo de liberdades, direitos e garantias através dos tempos.⁸⁰

Diplomas constitucionais há que o fazem de forma expressa por meio das chamadas cláusulas abertas, seguindo o exemplo precursor da Nona Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. Para tanto, permitem o concurso do legislador ordinário não apenas para

⁷⁶ “Con la expresión ‘límites de los límites’ se conoce el conjunto de institutos que, en cuanto requisitos formales y materiales para las leyes restrictivas de los derechos y libertades, operan a modo de límites de la capacidad limitadora del legislador en dicha materia” (AGUIAR DE LUQUE, Luis. Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 14, p. 25, ene.-abr. 1993.).

⁷⁷ Cf. CASEY, James. *Constitutional Law in Ireland*. Dublin: Round Hall, 2000. p. 389.

⁷⁸ De toda sorte, o cerne do regramento dos direitos fundamentais repousa no berço da dignidade da pessoa humana, erigindo-a como “fundamento e fim da sociedade e do Estado” (MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. M. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 167-176.).

⁷⁹ Cf. HÄBERLE, Peter. *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 127.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 91.

ampliar o alcance dos direitos fundamentais, como também erigir outros sequer excogitados por ocasião de sua positivação.⁸¹ Sabiamente, contribuem para “desenvolver de forma ótima sua força normativa” ao revelarem-se capazes de assimilar novos anseios sociais e políticos sem necessidade de aditamentos ou revisões.⁸²

Merece destaque, pois, o relevante papel da Lei para além da conformação ou restrição de direitos fundamentais, porquanto legitimada a ampliar e até mesmo abrir caminho a novos direitos fundamentais.

Leis inovadoras ou precursoras de direitos fundamentais. Nem mesmo a Constituição mais analítica poderia edificar um catálogo exauriente desses direitos. Tampouco o recurso a processos hermenêuticos, com interpretação extensiva de fontes constitucionais,⁸³ seria suficiente a conferir-lhe um caráter atemporal.⁸⁴ Daí não haver razão para negar o concurso do legislador ordinário à criação de novos direitos fundamentais,⁸⁵ não raro a estimular seu encarte em futuras revisões à Constituição, desde que coetâneos com princípios e valores identificáveis na ordem constitucional,⁸⁶ bem como respeitosos a outros direitos de igual estatura – pressupostos básicos do diálogo normativo entre Lei e Constituição. Conforme já destacado alhures, eleger a Constituição formal como única fonte dos direitos fundamentais significaria aceitar a negação de garantias elementares, que resistem a qualquer tentativa de obliteração pelo poder dominante. Ou então, implicaria recusar a condição de fundamentais a direitos “esquecidos” pelo legislador constitucional por ocasião da elaboração do catálogo expresso; evidentemente, persistem, ainda que na categoria dos direitos fundamentais materiais.⁸⁷

⁸¹ Já Santo Agostinho tratava da Lei sob uma perspectiva mutável, denominando-a temporânea para significar que, “embora justa, pode legitimamente ser mudada ao longo do tempo”, conforme as circunstâncias, desde que sempre escudada na “Razão suprema”. (*O livre arbitrio*. Tradução de António Soares Pinheiro. Braga: Faculdade de Filosofia, 1986. p. 36-41.).

⁸² Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 21.

⁸³ Jorge Bacelar Gouveia atribui denominação de “direitos fundamentais implícitos” àqueles resultantes do exercício interpretativo da Constituição (*Manual de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1062.).

⁸⁴ Basta pensar na pulsante temática dos “novos direitos” na seara da bioética, meio ambiente ou igualdade de gêneros, entre outros (Cf. NETO, Luísa. *Novos direitos ou novo(s) objecto(s) para o direito?*. Porto: U. Porto Editorial, 2010. passim).

⁸⁵ Na denominação de José Bacelar Gouveia, “direitos fundamentais atípicos” (*Os direitos...*, cit., p. 56 e segs.).

⁸⁶ Cf. MIRANDA, Jorge. *A abertura constitucional a novos direitos fundamentais*. In: ESTUDOS em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva. Coimbra: Coimbra: 2001. p. 564. (separata).

⁸⁷ GODINHO, José Magalhães. *Direitos, liberdades e garantias individuais*. Lisboa: Seara Nova, 1972. p. 137.

A Constituição Portuguesa admite textualmente que os direitos fundamentais nela consagrados “não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” (art. 16º, 1).^{88,89} Já a Constituição Brasileira, um tanto diversamente, estabelece que os direitos e garantias que contempla “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º), o que permite a interpretação de abertura a novos direitos decorrentes da Lei, desde que soerguidos com esteio na ordem constitucional.⁹⁰

Noutro ponto, a Lei também pode ser utilizada como fonte criativa de direito fundamental quando norma internacional passe a integrar determinado ordenamento jurídico e preveja direito ou garantia não contemplado por ele.⁹¹ É o que ocorre quando a norma internacional alberga não apenas direitos, mas também princípios que devam ser observados pelo Estado e não estejam expressamente retratados na sistemática positiva de direitos fundamentais, reclamando ato legislativo que os implemente.⁹² De todo modo, sempre se haverá de cuidar para que dilatação excessiva do rol existente não fragilize o *status* superior e especialíssimo que desfrutam os direitos fundamentais,

⁸⁸ Igualmente partidárias da sistemática de cláusulas abertas, entre outras, as Constituições Estoniana (art. 10º) e Guatemalteca (art. 44).

⁸⁹ Vale o destaque para julgamento do Tribunal Constitucional Português, que reconheceu no Acórdão n. 51/87 a possibilidade de “haver direitos fundamentais previstos apenas na lei (direitos fundamentais legais), pois é o art. 16º da própria CRP que expressamente o admite, quando dispõe que ‘os direitos fundamentais consagrados na CRP não excluem quaisquer outros constantes das leis ou das regras aplicáveis de direito internacional’; ponto é que pela sua natureza e estrutura compartilhem das características dos direitos fundamentais constitucionais” (TC – Processo nº 151/86, 1ª Secção, Rel. Conselheiro Vital Moreira, dj. 14/02/87).

⁹⁰ Na análise da “lista aberta” eleita pela Constituição Brasileira, Bertrand Mathieu percebe um convite ao juiz para a concretização dos direitos fundamentais. Refere ser a Carta não apenas uma norma substancial, mas também uma norma de habilitação que “opera, de alguma forma, uma transferência de competência parcial e reversível, do Constituinte ao juiz, para determinar, na observância do âmbito geral colocado pelo texto, os direitos e as liberdades fundamentais constitucionais” (Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira, com alguns ecos no debate constitucional francês. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de (Coord.). Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 50).

⁹¹ Saliente-se que a discussão aqui trata de direitos fundamentais individuais ou coletivos reconhecidos em norma de direito internacional e ainda omitidos na Constituição do país que a acolhe. Nada a respeito de “direitos e deveres fundamentais” dos próprios Estados, ideia bem acomodada por Kelsen na compreensão da personalidade internacional (Cf. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 361.).

⁹² Cf. CRUZ VILLALON, Pedro. La carta de Derechos y la Constitución Española. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Madrid, n. 12, p. 15-19, junio de 2005.

nomeadamente em seu “sentido libertado”.⁹³ Ademais, sabe-se que a abertura a novos direitos “é sempre dentro do sistema constitucional, por mais aberto que seja perante as transformações sociais, culturais, científicas e técnicas do nosso tempo”.⁹⁴

Pertine a exemplificação de hipóteses em que andou bem o legislador ordinário ao instituir direitos fundamentais ainda não positivados na Constituição. Em Portugal, os direitos da personalidade consagrados na codificação civil eram catalogados nessa categoria, até que foram incorporados à Carta em sucessivas revisões; outros, persistiram sem assento constitucional, como o “direito à reparação de danos”⁹⁵, o “direito de fundação” ou o “direito de reagrupamento familiar de estrangeiros”⁹⁶. No Brasil, alguns direitos da personalidade ainda não desfrutam previsão constitucional e permanecem decantados no Código Civil,⁹⁷ assim como a proteção ao patrimônio genético, atualmente assegurado pela Lei n. 11.105/2005.⁹⁸

Leis ampliativas de direitos fundamentais. Desde a premissa adotada para a Lei enquanto criativa, com maior razão se deve admitir a competência do legislador ordinário para ampliar direitos fundamentais positivados na Constituição. Quando não impulsionam a criação de novos direitos, o progresso tecnológico e o desenvolvimento sociocultural constantemente comprimem o legislador à dilatação dos horizontes de direitos fundamentais além-fronteiras daqueles imaginados por ocasião de sua previsão constitucional.⁹⁹ Tudo a ensejar o concurso da Lei para a sua superior (e atual) conformação, desde que observados

⁹³ “O fervor bem intencionado ou o calculismo frio podem acabar por destruir a liberdade, pelo empolamento dos direitos fundamentais” (MELO, A. Barbosa de; COSTA, J. M. Cardoso da; ANDRADE, J. C. Vieira de. *Estudo e projecto de revisão da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 38.).

⁹⁴ MIRANDA, Jorge. *A abertura...*, cit., p. 564.

⁹⁵ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...*, cit., p. 83.

⁹⁶ Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 206.

⁹⁷ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e novos direitos. In: SILVA, Vasco Pereira da e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Portugal, Brasil e o mundo do direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 75.

⁹⁸ Já a Constituição Portuguesa agasalha a garantia em seu artigo 26º, 3, ainda que conclamando o concurso conformador do legislador ordinário: “A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”.

⁹⁹ Norberto Bobbio, aliás, assevera que “os direitos da nova geração, como foram chamados, que vieram depois daqueles em que se encontraram as três correntes de idéias do nosso tempo, nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico” (*A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Elsevier, 2004. p. 96.).

os requisitos básicos do diálogo normativo igualmente aplicáveis às leis criativas, em especial, obediência aos nortes principiológicos e valores da Constituição, bem como respeito a outros direitos fundamentais.

Da realidade portuguesa Jorge Miranda extrai exemplo a confirmar tais conclusões. Obtempera que, sem prejuízo da incumbência estatal em garantir o ensino básico universal, gratuito e obrigatório, nada impede ao legislador ordinário alargar a duração do ensino básico ou mesmo instituir obrigatoriedade para o ensino secundário ou educação pré-escolar.¹⁰⁰ Na mesma linha, José Carlos Vieira de Andrade invoca como exemplo de lei ampliadora aquela que garante o direito de asilo para perseguidos não militantes (Lei n. 15/98).¹⁰¹ No Brasil, a questão da proteção aos dados constitui campo fértil à atuação legislativa ampliadora.¹⁰² Enquanto a Constituição resguarda a inviolabilidade dos dados pessoais (art. 5º, XII) e disponibiliza o habeas data para assegurar o acesso às informações constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem assim sua retificação (art. 5º, LXXII), mostra-se imprescindível ampliação legal na proteção desse direito fundamental. Daí o crédito ao Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados – em desenvolvimento conjunto pela Fundação Getúlio Vargas e o Ministério da Justiça –, que amplifica o acesso às informações e possibilita pedido de retificação pelo titular junto a empresas privadas, além de estabelecer prazo mínimo e máximo ao armazenamento de dados.¹⁰³

4. Diálogos normativos: algumas reflexões

Convindo que a espinha dorsal deste trabalho está centrada no consórcio entre Lei e Constituição enquanto disciplinadoras de direitos fundamentais, a análise de potencial confronto entre elas adentra no

¹⁰⁰Cf. *A abertura...*, cit., p. 563.

¹⁰¹Op. cit., p. 215.

¹⁰²Em Portugal, que já contava com uma precursora proteção à vida privada pela Lei n. 03/73, (Cf. MIRANDA, Jorge. *Legislação sobre direitos, liberdades e garantias*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1978. p. 121-122.), há a Lei n. 67/98 a disciplinar o direito ao controle dos dados pessoais informatizados (Cf. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Legislação de direitos fundamentais*. 2. ed. atual. Coimbra: Almedina, 2004. p. 181-209.), fortalecendo a proteção constitucional quanto à utilização da informática (art. 35, CRP).

¹⁰³Cf. disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/01/1402559-lei-de-protecao-de-dados-pessoais-pode-afetar-regras-da-telefonica-diz-governo.shtml>>; ainda, <http://www.atoz.ufpr.br/index.php/atoz/article/view/41/121>>, acesso em: 11 mar. 2014.

campo do controle da constitucionalidade das leis, afeto aos órgãos incumbidos da denominada “justiça constitucional”.¹⁰⁴ Contudo, a preocupação aqui não está em esmiuçar quais seriam esses órgãos ou mecanismos adotados pelos ordenamentos jurídicos para dar cabo dessa tarefa,¹⁰⁵ mas direcionar forças no intuito de iluminar caminhos para lidar com o comportamento do legislador ordinário quando se presta a conformar, restringir, ampliar ou até mesmo inovar em tema de direitos fundamentais, oferecendo pistas que servirão primacialmente a ele, embora passíveis de aproveitamento por ocasião da revisão de seus atos pela justiça constitucional.

Nessa empreitada, mais do que a tradicional hermenêutica constitucional,¹⁰⁶ focar-se-á na interpretação integradora das normas infraconstitucionais aos princípios e valores constitucionais e supraconstitucionais.¹⁰⁷ Em outras palavras, trata-se de pesquisar os requisitos para um simbiose sadia entre Lei e Constituição na busca pela realização efetiva dos direitos fundamentais.

No campo das restrições, de sorte a evitar dissintonia entre direito constitucionalmente protegido e legislação que pretenda diminuir seu alcance,¹⁰⁸ a tarefa é compreender os mecanismos de ponderação para auscultar em que proporção tal interferência seja mesmo necessária à proteção de outros valores e bens igualmente resguardados pela Constituição.¹⁰⁹ Quanto à legislação que amplie direito fundamental ou até mesmo esboce figura até então desconhecida do ordenamento jurídico positivo, em linhas gerais, o desvelo estará em impedir que o núcleo essencial do direito seja desnaturado, bem como haja restrição a outro por conta de sua ampliação.

¹⁰⁴Cf. CRUZ VILLALON, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 28.

¹⁰⁵Idem, para uma primeira referência sobre o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no continente europeu, dissecando em especial a evolução dos modelos austríaco, espanhol e tcheco.

¹⁰⁶Acerca da metodologia clássica e especificamente constitucional na hermenêutica, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 92 e segs.

¹⁰⁷Cf. RULLI NETO, Antonio. Dignidade humana e direitos fundamentais dentro de um contexto efetivista. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. M. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 351.

¹⁰⁸Na visão sempre aguda e positivista de Hans Kelsen, “o catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir” (*Teoria pura...*, p. 156).

¹⁰⁹Cf. PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Milão: CEDAM, 1998. p. 570.

Sem deslembrar da compressão ditada pelos horizontes deste ensaio, opta-se por problematizar as hipóteses mais recorrentes em que a Lei sofre questionamento ao restringir, ampliar ou criar direitos fundamentais, bem assim destacar critérios hábeis a prevenir ou contornar o conflito normativo com a Constituição.

4.1. Leis restritivas e Constituição

Normas constitucionais há que definem seu alcance; outras declinam a tarefa ao legislador infraconstitucional, mas estabelecem objetivamente seu perímetro de atuação.¹¹⁰ O problema coloca-se quanto às disposições sobre direitos fundamentais que não fixam ou delegam restrições, a demandar redobrada diligência na averiguação de intervenção legal restritiva. Até porque, em paralelo, a leis clara e diretamente restritivas, outras o fazem de maneira lateral; embora editadas com o propósito de regulamentar temas diversos, terminam por diminuir a fruição de direitos fundamentais.¹¹¹

No intuito de evitar que a solução de controvérsias não amparadas por um regramento claro possa depender de conclusão “discricionária” do juiz,¹¹² quadra o percurso pelas principais construções teóricas que viabilizam técnicas mais objetivas para reconduzir ao diálogo um eventual conflito normativo entre Lei e Constituição.

A teoria externa ou pensamento de intervenção e limites estabelece como premissa a distinção entre o direito fundamental e os limites que nele possam incidir. Isolado o conteúdo do direito e, por conseguinte, revelado seu âmbito de proteção pela própria Constituição, admite-se a incidência de limitações vindas do exterior que têm o

¹¹⁰Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito...*, cit., p. 603-603.

¹¹¹É o que ocorre com grande frequência no seio dos direitos sociais. Por exemplo, leis orçamentárias que impliquem severos cortes financeiros nas áreas de educação, saúde e desporto, com majoração de despesas em outras áreas, evidenciam restrição inequívoca de acesso àqueles direitos. Em tais situações, urge análise ponderada sobre adequação e proporcionalidade no orçamentário compressor de direitos fundamentais, tanto que Ingo W. Sarlet defende o controle judicial das opções orçamentárias, até para minimizar os efeitos da “reserva do possível” (Os direitos fundamentais sociais na constituição federal de 1988: resistências à sua eficácia e efetividade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição Cidadã de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 313-314.).

¹¹²Aqui o alerta de Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-128.

condão de legitimar intervenções estatais.^{113,114} Já a teoria interna ou teoria institucional dos direitos fundamentais recusa a ideia de limites como elementos externos a incidirem sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, uma vez que imanentes a ele; revelam-se, portanto, de dentro para fora, e não em sentido contrário. Inferindo-se o núcleo essencial dos direitos fundamentais a partir do princípio da ponderação, aclara-se sua convivência com os demais bens protegidos pela Constituição.^{115,116} Tem-se, ainda, a teoria dos direitos fundamentais como princípios, elaborada por Robert Alexy com inspiração na sistemática distintiva entre regras e princípios proposta por Ronald Dworkin.¹¹⁷ Estruturada a noção de regra sobre o prisma da validade, a ocorrência de conflito entre as duas acerca de direito fundamental evidenciará a validade de uma e invalidade de outra, que restará excluída do ordenamento. De outra sorte, o embate entre princípios não redundará exclusão de algum deles, mas prevalência, no caso concreto, daquele que apresentar maior “peso”.¹¹⁸ Alexy explicita ainda o mecanismo de sopesamento ou ponderação como instrumento adequado para aquilatar a maior ou menor densidade de um princípio quando posto à prova perante outro. E defende-se das críticas sobre uma acentuada carga de subjetivismo em tal sistemática anotando que a fundamentação adequada acerca do enunciado de preferência entre os princípios colidentes adere racionalidade à ponderação.¹¹⁹ Por último, releva indicar

¹¹³Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 292-309.

¹¹⁴Há crédito para a teoria na medida em que objetiva racionalizar o controle das intervenções no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Contudo, para as situações em que inexistente previsão expressa à profundidade das restrições a ser observada pelo legislador ordinário, sucumbe ao auxílio da percepção de “limites imanentes” e convida ao subjetivismo na interpretação judicial.

¹¹⁵Conforme resenha Marcela Rosa Abrahão acerca de ‘La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales’, *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 6, n. 18, p. 266-290, jan./mar. 2012.

¹¹⁶Ainda assim, verifica-se apenas um deslocamento na efetivação de controle às restrições (Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Restrições...*, cit., p. 319.), persistindo o risco da subjetividade na conformação interpretativa do núcleo protegido, quicã ampliando indevidamente a liberdade do legislador ordinário ao confiar-lhe a tarefa de “revelar” os limites intrínsecos ao direito fundamental.

¹¹⁷Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37 e segs.

¹¹⁸O grau de realização e importância de cada princípio será responsável por indicar qual deles prevalece na hipótese de colisão, cf. BOROWISK, Martin. ‘La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 20, n. 59, p. 29-56, p. 35, mayo-ago. 2000,

¹¹⁹Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. alemã. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 164-165.

a teorização de Jorge Reis Novais, que parte da noção de direitos fundamentais como “trunfos” (DWORKIN) contra a maioria, condicionados por uma reserva geral de ponderação, cuja restrição depende da compatibilização com os demais direitos tutelados em idêntico patamar.¹²⁰

Perfilhadas as principais teorias acerca do tema, todas servíveis ao seu modo para o sentenciamento de pertinência ou não de restrições a direitos fundamentais, forçoso concluir que nada impede melhor formação do direito fundamental à luz de contingências posteriores à sua consagração, desde que eventuais recortes estejam escorados na ordem constitucional que o acolheu – e advertiu sobre o imperioso respeito aos demais direitos, liberdades e garantias de nobreza fundamental. De modo sucinto, importa é que as restrições, vistas interna ou externamente: a) estejam fundamentadas na Constituição; b) ostentem indicativo claro dos direitos, liberdades e garantias envolvidos; c) evidenciem caráter geral e abstrato; d) não irradiem efeitos retroativos; e) limitem o recorte do direito fundamental ao essencialmente necessário para a proteção de outros interesses igualmente protegidos pelo Texto Constitucional; f) preservem, sobretudo, o conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias.¹²¹

A partir disso, concebe-se que o diálogo normativo entre Lei e Constituição no domínio das restrições a direitos fundamentais, independentemente da teoria adotada, haverá de iluminar-se principalmente pela dinâmica da proporcionalidade, responsável por aclarar se a justificativa da lei restritiva está escorada em direito cujo peso¹²² se sobreponha ao restringido,¹²³ sempre à luz do contexto constitucional.

Do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, análise de legislação inconstitucional alargando as hipóteses de inelegibilidade e conclusão pela preservação do núcleo essencial do direito fundamental, apesar das novas restrições impostas.¹²⁴ No Tribunal Constitucional Português,

¹²⁰Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 600 e passim.

¹²¹Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito...*, cit., p. 610 e segs. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 418 e segs.

¹²²Cf. DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 122.

¹²³Advirta-se, também, que o grau de realização e importância de cada princípio será responsável por indicar qual deles prevalece na hipótese de colisão (cf. BOROWISK, Martin. ‘La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 20, n. 59, p. 29-56, p. 35, mayo-agosto 2000).

¹²⁴“A Lei Complementar no 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas” (ADC n. 29/DF, Pleno, Rel. Min. LUIZ FUX, dj. 16/02/2012).

destaque de julgamento acerca de legislação restritiva que ampliava as hipóteses de demissão no serviço público, reconhecendo sua inconstitucionalidade por violação a direitos fundamentais laborais.¹²⁵

Enfim, relevante pontuar que a diligência no âmbito das restrições legais a direitos fundamentais não termina no exame de retidão do legislador em face das disposições constitucionais, mas se estende ao acompanhamento da aplicação da Lei restritiva pelo Poder Público, tarefa da qual está incumbida a justiça constitucional. Do mesmo modo, a ela cabe a apreciação de atos do Poder Público que, a pretexto de dar cumprimento a Lei de conteúdo alheio a direitos fundamentais, utilize-a à guisa de sua restrição.¹²⁶

4.2. Leis conformadoras e Constituição

Quando se aborda a conformação de direito fundamental, sobressai ser defeso à Lei incursionar de maneira inovadora por seu conteúdo,¹²⁷ porquanto limitada a tornar objetivos os parâmetros almejados pelo legislador constitucional quando se licenciou de fazê-lo em razão da natureza generalista eleita por ocasião da positivação daquele

¹²⁵ “Em suma, estão reunidas razões bastantes para considerar que não se demonstram razões de interesse público idôneas a postergar a tutela de confiança legítima quanto à continuidade do comportamento do Estado relativamente a peça nuclear do estatuto juslaboral dos trabalhadores abrangidos pela norma do n° 4 do artigo 88° da Lei n° 12-A/2008, de 27 de fevereiro. Assim sendo, a norma revogatória *sub judicio* viola a previsibilidade do Direito, como forma de orientação de vida (cfr. Maria Lúcia Amaral, *A forma da República*, 2005, p. 185) e, desse jeito, a confiança e a segurança jurídica inerentes ao princípio do Estado de direito consagrado no artigo 2° da Constituição”. (Acórdão n° 474/2013, Proc. n° 754/13, Pleno, Rel. Conselheiro Fernando Ventura, dj. 29/08/2013).

¹²⁶ Como exemplo, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, na apreciação de restrição ao direito de reunião empenhada pelo Poder Público com fundamento em Lei atinente à política de prevenção e repressão a entorpecentes, bem andou em conduzir sua interpretação conforme a Constituição. “A utilização do § 3° do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5° da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5° da Constituição Republicana, respectivamente).” Daí o julgamento de procedência “para dar ao § 2° do art. 33 da Lei 11.343/2006 ‘interpretação conforme à Constituição’ e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas” (ADI n. 4274/DF, Pleno, Rel. Min. AYRES BRITTO, dj. 23/11/2011).

¹²⁷ Cf. PALADIN, Livio. Op. cit., p. 573.

direito.¹²⁸ De resto, a sempre respeitosa observância aos direitos, liberdades e garantias lindeiros.

Veja-se o exemplo do artigo 5º, inc. XIII, da Constituição Brasileira, quando dispõe ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Na conformação deste direito, a sintonia da Lei será perfeita quando fixar requisitos mais ou menos exigentes conforme a atividade laboral – em prol não apenas do profissional, mas especialmente da coletividade destinatária de seu exercício –, mas que não importunem seu livre exercício ou confrontem com a fruição de direitos fundamentais correlatos. A propósito, válido o destaque de julgamento do Supremo Tribunal Federal Brasileiro afastando a incidência de dispositivo concernente a Lei conformadora do exercício da profissão de jornalista, haja vista instituir exigência que tolhe indevidamente seu núcleo essencial (na linha de precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reconheceu violação ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos em caso de obrigatoriedade do diploma universitário e inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista – caso “La colegiación obligatoria de periodistas” – Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985).¹²⁹

Com persistência no tema da conformação pela Lei, confira-se julgado do Tribunal Constitucional Português que apreciou e confirmou a constitucionalidade da Lei n. 32/2006, após análise de todas as disposições sobre direitos fundamentais direta ou indiretamente tocadas pelo diploma, bem como observância estrita à delegação constitucional qualificada para que o Estado regulamente a procriação assistida “em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana” (art. 67º, n. 2, e), CRP).¹³⁰

¹²⁸Ou seja, ao legislador ordinário é vedado, enquanto regulador, “violiar los derechos fundamentales como institutos ni puede poner en cuestión el significado institucional de tales derechos” (HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 121).

¹²⁹“No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, para uma imaneente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial” (RE n. 511961/SP, Pleno, Rel. Min. GILMAR MENDES, d.j. 17/06/2009).

¹³⁰Na apreciação do referido parâmetro a ser observado, consignou: “o princípio da dignidade da pessoa humana surge, não como um específico direito fundamental que poderia servir de base à invocação de posições jurídicas subjectivas, mas antes como um princípio jurídico que poderá ser

Cuida-se, pois, de velar pelo entrelaçamento saudável entre Lei e Constituição de molde a fazer respeitar a “essência” do direito fundamental que se pretendeu positivizar.¹³¹ E a interação normativa desejada é aquela em que o legislador ordinário conformador não vá aquém ou além dos objetivos perseguidos por ocasião do reconhecimento expreso da fundamentalidade ao direito, respeitando também outros direitos de idêntica importância.

4.3. Leis ampliativas/inovadoras e Constituição

À primeira vista, poderia parecer que a problemática de maior evidência na atuação do legislador infraconstitucional estaria relacionada a atuações restritivas, já que leis ampliativas, por sua própria natureza, não mais fariam do que expandir um direito fundamental, enquanto leis criativas salutarmente agregariam outros ao rol positivado. Ocorre que também a elas deve ser tributada a mesma atenção reiteradas vezes assinalada para o diálogo normativo com a Constituição, pois na medida em que se amplifica ou mesmo concebe um direito fundamental, é preciso verificar se outro não sofre turbacão, caso em que o exercício de ponderacão já explicitado para as leis restritivas terá igual aplicacão.¹³²

Da mesma maneira, é defeso ao legislador infraconstitucional desnaturar o núcleo essencial do direito fundamental a pretexto de alargá-lo. No mister de emprestar-lhe maior efetividade à luz da cada momento histórico, a intervençao legal ampliativa de direito fundamental deve partir da concepçao inaugural idealizada pelo legislador constituinte, com a previdência de não desvirtuá-la. A propósito desse tema, ilustrativo julgamento do Tribunal Constitucional Português

utilizado na concretizacão e na delimitacão do conteúdo de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados ou na revelacão de direitos fundamentais não escritos. É nesta linha de entendimento que pode afirmar-se que o princípio da dignidade da pessoa humana ‘confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais’ [JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, 4ª edição, Coimbra, 2008, pág. 197]” (Acórdão n. 101/2009, Processo n. 963/06, Pleno, Rel. Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, 03/03/2009).

¹³¹HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 195-196.

¹³²Pressuposto da criação de novos direitos é seu potencial de convivência harmoniosa com outros (Cf. OTERO, Paulo. *Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais*. In: AB BNO AD OMNES. *75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 1063.).

versando a constitucionalidade de Lei que estendeu o direito ao casamento a pessoas do mesmo sexo, reconhecendo higidez ao alargamento após auscultar o núcleo essencial a fim de verificar eventual desvio – sem prejuízo de percucientes votos vencidos, inclusive a considerar ter havido verdadeira “mutação constitucional” com a admissão da Lei questionada.¹³³

Abra-se um parêntese, todavia, para admitir que em dadas situações a Lei não opera propriamente ampliação ou reconhecimento de “novo direito”, mas encerra uma espécie de “transmutação hermenêutica” a colorir “novos conteúdos e funções dos direitos fundamentais já consagrados”.¹³⁴ A esse respeito, invoca-se julgamento paradigmático do Supremo Tribunal Federal Brasileiro acerca da denominada Lei da Biossegurança, nomeadamente quanto à ampliação da liberdade de expressão científica para contemplar pesquisas com células-tronco embrionárias, haja vista questionamento sobre possível violação do direito à vida.¹³⁵

Lei ampliativa supressora de restrição constitucionalmente imposta. Como asseverado, princípio básico do diálogo normativo entre Lei ampliativa e Constituição está na impossibilidade daquela afrontar ou subverter direito, liberdade ou garantia consagrado na última, pena de flagrante inconstitucionalidade.¹³⁶ O problema está em saber se é dado à Lei ampliar o exercício de liberdade ou direito fundamental de modo a suprimir restrição imposta pela própria Constituição.

¹³³ “O conceito constitucional de casamento é um conceito aberto, que admite não só diversas conformações legislativas, mas também diversas concepções políticas, éticas ou sociais, sendo confiada ao legislador ordinário a tarefa de, em cada momento histórico, apreender e verter no ordenamento aquilo que nesse momento corresponda às concepções dominantes nesta matéria” (Acórdão nº 121/2010 – Proc. nº 192/2010, Pleno, Rel. Conselheiro Vítor Gomes, dj. 08/04/2010).

¹³⁴ Cf. SARLET, Ingo W. *Dignidade...*, cit., p. 78.

¹³⁵ “O termo ‘ciência’, enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de no IV do título VIII). A regra de que ‘O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas’ (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos” (ADI n. 3510/DF, Pleno, Rel. Min. AYRES BRITTO, d.j. 29/05/2008).

¹³⁶ Cf. OTERO, Paulo. Cit., p. 1064. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 201.

Veja-se o exemplo da disciplina na Constituição Brasileira acerca do direito à reunião, com indicações expressas sobre as restrições ao seu exercício, a saber: ajuntamento pacífico, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustre outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, “sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente” (art. 5º, inc. XVI, CF). Seria inconstitucional Lei que versasse ampliativamente o exercício do direito nos moldes estabelecidos pela Constituição, com dispensa à necessidade de aviso prévio à autoridade competente? Em princípio, sim. Com esteio na premissa de que as restrições devem ser tidas como exceção, é possível inferir que a opção do legislador constituinte pela imprescindibilidade do aviso prévio tenha objetivado proteger outros direitos, propiciando ao Poder Público aquilatar a necessidade de reforço na segurança, remanejamento do trânsito ou providências administrativas diversas capazes de não apenas viabilizar o exercício do direito de reunião, mas resguardar a incolumidade e a mobilidade públicas. Daí que a dispensa legal do aviso antecipado, a pretexto de amplificar direito fundamental, resvalaria indevidamente em outros mercedores da tutela constitucional igualmente privilegiada.

Entretantes, não se afigura recomendável uma resposta generalista sobre a constitucionalidade ou não de Lei que extravaze o exercício de direito fundamental para além dos limites que lhe foram impregnados pela Constituição – até em função da necessidade de sua adaptação aos tempos.¹³⁷ Ainda com olhos sobre a Brasileira, que estabelece ao Estado o dever de prestar “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, inc. LXXIV), parece não ser possível afirmar de maneira categórica a inconstitucionalidade de Lei que assegure a gratuidade de maneira incondicional, fulcrada em novel perspectiva sobre o direito de acesso à justiça.

¹³⁷ Quiçá seja possível conjecturar até que ponto o maior dinamismo da Lei, tornando-a mais rente à realidade social, não pode incentivar revisita às tradicionais interpretações das disposições existentes de sorte a adaptá-las e atualizá-las, ensejando verdadeira mutação constitucional (sobre o tema da “mutação”, percucientes apontamentos em SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución – una aproximación al origen del concepto*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 20, n. 58, p. 125 e segs., ene./abr. 2000.).

4.3.1. Leis criativas ou ampliativas sucedidas de restritivas

Outra questão a ponderar diz respeito à possibilidade de restrição legal a direito fundamental criado ou ampliado por Lei anterior. Adotado o pressuposto de que mesmo às leis criativas se estende o regime material que blinda os direitos fundamentais positivados na Constituição, a autorização para restrição não pode ter espeque no mero apontamento de posterioridade.^{138,139} Nesta senda, aresto revelador do Tribunal Constitucional Português estendendo aos direitos fundamentais legais a proteção constitucional típica dos direitos, liberdades e garantias com assento constitucional, quando desfrutem natureza idêntica ou análoga.¹⁴⁰ Ademais, frise-se que na maioria dos casos não se está propriamente diante de direitos fundamentais calcados unicamente em Lei, mas, sim, de “direitos com fundamento (ao menos implícito) e hierarquia constitucionais, regulamentados pelo legislador”.¹⁴¹ De fato, impregnadas de fundamentalidade por se enxertarem no sentido da Constituição material, leis ampliativas ou criativas passam a “fazer corpo com os demais direitos fundamentais”, não admitindo pura e simples revogação.¹⁴²

Já no âmbito dos direitos sociais, econômicos e culturais, a questão costuma ganhar conotações diversas, especialmente em tempos de crise financeira. Embora reconhecendo a impossibilidade de afronte imponderado pelo legislador ordinário a diplomas pretéritos que hajam concretizado ou expandido direitos sociais de aura fundamental, são

¹³⁸Para Jorge Miranda, diante de um direito fundamental criado pelo legislador ordinário, “por refletir o sentido próprio da Constituição material, e como sua formulação pode representar mais um passo na realização desta, suprimi-lo parece só ser compaginável com uma inflexão desse sentido” (*Manual...*, IV, cit., p.)

¹³⁹Jorge Bacelar Gouveia, por sua vez, assinala o lugar de relevo ocupado pelos atos legislativos que versem direitos fundamentais, relembrando a previsão das “leis de valor reforçado” do artigo 112, 3, da CRP (*Manual...*, cit., p. 1098-1099), outra armadura a considerar para a Lei ampliativa ou inovadora perante posteriores leis restritivas.

¹⁴⁰“Em suma, por menos exigente que se seja quanto à medida em que o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias é aplicável aos direitos análogos de origem legal, sempre restará, como mínimo irremissível, a proibição das restrições injustificadas ou desproporcionadas. Um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias constitucionais não pode, só por ter origem legal, ser livremente ou desmesuradamente comprimido (muito menos, aniquilado) por via de outra lei” (TCP - Acórdão n. 51/87, Proc. n.º 151/86, 1.ª Secção, Rel. Conselheiro Vital Moreira, dj. 14/02/87).

¹⁴¹SARLET, Ingo W. *Dignidade...*, cit., p. 75-76.

¹⁴²MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 327.

cada vez mais frequentes os julgados que aceitam sua diminuição com espreque no argumento da reserva do financeiramente possível.^{143,144}

Contudo, não se pode deixar de ponderar acerca dos princípios da confiança e vedação ao retrocesso de modo a não se legitimar, sem mais reserva, a invocação da reserva do possível.¹⁴⁵ Tampouco perder de vista a máxima de que “só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório”.¹⁴⁶

5. Considerações finais

De suma relevância o estudo cuidado sobre a simbiose entre Lei e Constituição na normação de direitos, liberdades e garantias, auscultando os pressupostos desse verdadeiro diálogo normativo a ser pauta-do, essencialmente, pela soberania da Lei Fundamental. Nessa tessitura, incumbe primacialmente ao legislador ordinário, na consonância

¹⁴³No apanhado da jurisprudência constitucional portuguesa, Jorge Reis Novais explicita sua evolução e critica a involução nos julgados sobre sucessivas alterações legislativas de conteúdo restritivo (*Direitos Sociais...*, cit., p. 377 e segs.).

¹⁴⁴Sobre o tema, é de conferir argumentação do Tribunal Constitucional Português sobre a superveniência de Lei que alterou negativamente o regime de aposentação e o cálculo das pensões no serviço público: “a mera sucessão de leis no tempo em matéria de segurança social não é, em geral, passível de afectar o próprio direito à segurança social ‘como um todo’, salvo os casos em que esteja em causa o mínimo de existência condigna, o que não sucede na situação em análise, em que as alterações legislativas estão muito longe de traduzir uma supressão da protecção mínima àqueles que, por força da idade, perderam a capacidade de auferir rendimentos pelo trabalho. O direito à segurança social não é, de modo algum, um direito imune à possibilidade de conformação legislativa. As condições de acesso ao direito à aposentação e a concreta forma de cálculo das respectivas pensões não são intocáveis pelo legislador, podendo este legislar de modo a definir tais condições e tal valor” (Acórdão no 3/2010 – Proc. nº 176/09, Pleno, Rel. Conselheiro João Cura Mariano, dj. 06/01/2010).

¹⁴⁵Por acreditar que a atuação do legislador na concretização dos direitos fundamentais, sejam eles de liberdade, garantias ou sociais, integra seu respectivo conteúdo, Jorge Reis Novais defende que uma alteração posterior negativa passa a ser “dogmaticamente configurável como restrição a direitos fundamentais e, nessa medida, a sujeitar-se às respectivas possibilidades de controlo judicial efectivo” (Ibidem, p. 154 e 282).

¹⁴⁶MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 495. E segundo Luís Roberto Barroso, na doutrina brasileira também começa a ganhar curso a invocação do princípio da vedação ao retrocesso para considerar que se uma Lei regulamenta mandamento constitucional, instituindo determinado direito, “ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido” (op. cit., p. 158). Da doutrina peruana, a nota de “especialidade” atribuída às leis incumbidas da disciplina de temas sensíveis, como os direitos fundamentais, a determinar norma de idêntica estatura à sua modificação (Cf. BELAUNDE, Domingo García. *Constitución y política*. 3. ed. rev. Lima: 2007. p. 150-151. Disponível em: <<http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca/ConstitucionyPolitica.pdf>>).

da afetação que pretende imprimir ao direito fundamental, resguardo estrito ao seu conteúdo essencial,¹⁴⁷ além de evidenciar a finalidade de satisfação às exigências do bem comum para justificar sua atuação, pena de restar desafiada a Constituição.¹⁴⁸

E na conformidade do grau de tangência do diploma legal com os direitos, liberdades e garantias correlatas, haverá também de atentar a legislação infraconstitucional para outros pressupostos igualmente essenciais ao bom termo da interação. Com efeito, nas hipóteses de conformação, sobressai a vedação à inovação de conteúdo.¹⁴⁹ De resto, a sempre respeitosa observância aos direitos, liberdades e garantias lindeiros, requisito comum às leis que ampliam ou precursionam a fundamentalidade. Acerca das leis que importam restrições, inclusive aquelas que assim operam de maneira lateral – ou seja, embora editadas com o propósito de regulamentar temas diversos, terminam por diminuir garantias –, haverão de pautar-se pela compatibilização entre direitos e garantias tutelados em idêntico ou superior patamar,¹⁵⁰ além de extraírem fundamento da Constituição, limitarem-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, ostentarem revestimento geral e abstrato e evitarem efeito retroativo.

Essas as bases sobre as quais deverá soerguer-se a Lei não apenas para conformar ou restringir liberdades, garantias e direitos fundamentais, mas também expandi-los ou até edificá-los, tudo sem prejuízo de tributar o devido respeito à supremacia da Constituição.

¹⁴⁷Cf. JELLINEK, Giorgio. *Teoria...*, cit., p. 351.

¹⁴⁸Cf. CASEY, James. *Constitutional Law in Ireland*. Dublin: Round Hall, 2000. p. 389.

¹⁴⁹Cf. PALADIN, Livio. *Op. cit.*, p. 573.

¹⁵⁰Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições...*, cit., p. 359-361 e passim.

Referências bibliográficas

ABRAHÃO, Marcela Rosa. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales – Resenha. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 6, n. 18, p. 266-290, jan./mar. 2012.

ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 1990.

AGOSTINHO, Aurélio (Santo). *O livre arbitrio*. Tradução de António Soares Pinheiro. Braga: Faculdade de Filosofia, 1986.

AGUIAR DE LUQUE, Luis. Los limites de los derechos fundamentales., *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 14, p. 9-34, ene.-abr. 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

AÑÓN, Maria José. Derechos fundamentales y Estado constitucional. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, n. 40, p. 25-36, 2002.

BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Tradução de Rodrigo B. Rodríguez-Cano. Madrid: Civitas, 1987.

BARBAS HOMEM, António Pedro. *O justo e o injusto*. Lisboa: Associação Acadêmica da FDUL, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BOROWISK, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 20, n. 59, p. 29-56, mayo-agosto 2000.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; FRANCO, Karina Marzano. Artigo 5º, parágrafos 1º ao 3º. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 327-338.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. tomo I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. O círculo e a linha: da “liberdade dos antigos” à liberdade dos modernos na teoria republicana dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. M. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

CASEY, James. *Constitutional Law in Ireland*. Dublin: Round Hall, 2000.

CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Tradução de Loura Silveira. *Revista de Filosofia Política*, n. 2, p. 1-7, 1985. Disponível em: <<http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2013.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CRUZ VILLALON, Pedro. La Carta de Derechos y la Constitución Española. *Revista Parlamentaria de La Asamblea de Madrid*, Madrid, n. 12, p. 3-24, jun. 2005.

_____. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. *Derecho natural – introducción filosófica al derecho*. 5. ed. aum. Madrid: Ceura, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *Da justiça administrativa em Portugal – sua origem e evolução*. Lisboa: Universidade Católica, 1993.

GIERKE, Otton. *La función social del derecho privado*. Tradução de José M. N. Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.

GOUVEIA, José Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Aequitas, 1995.

_____. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *Legislação de direitos fundamentais*. 2. ed. atual. Coimbra: Almedina, 2004.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

_____. *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*. Milano: Giuffrè, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, [19--].

HUMBOLDT, Wilhelm von. *Escritos políticos*. Tradução de Wenceslao Roces. Mexico D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1983. p. 137.

JELLINEK, George. *Teoría general del estado*. Tradução de Fernando de los Rios. Mexico, DF: FCE, 2000.

_____. *Diritti pubblici subbietivi*. Tradução de Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

JOWELL, Jeffrey; OLIVER, Dawn. *The changing Constitution*. Oxford: University Press, 2004.

KANT, Immanuel. *Lecciones de ética*. Tradução de Roberto R. Aramayo y Concha R. Panadero. Barcelona: Critica, 1988. p. 68-69.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Aguilar, 1955.

MATHIEU, Bertrand. Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira, com alguns ecos no debate constitucional francês. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 47-50.

MELO, A. Barbosa de; COSTA, J. M. Cardoso da; ANDRADE, J. C. Vieira de. *Estudo e projecto de revisão da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. 2. ed. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 126.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: Tomo IV – Direitos fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

_____. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. M. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 167-176.

_____.; SILVA, Marco A. M. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

_____. ‘Inviolabilidade do domicílio’, in separata de Jurisprudência Crítica. Coimbra: 1974.

_____. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. In: ESTUDOS em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva. Coimbra: Coimbra, 2001. (separata).

_____. *Legislação sobre direitos, liberdades e garantias*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1978.

MORAIS, Carlos Blanco et al. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.

MORAL, Antonio Torres del. *Principios de derecho constitucional español*. 3. ed. ren. Madrid: Servicio de Publicacione de La Facultad de Derecho, 1992.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 2012.

_____. *Direitos sociais – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

OTERO, Paulo. Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais. In: AB BNO AD OMNES. *75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra, 1998.

PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Milão: CEDAM, 1998.

PECES-BARBA MARTINÉZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.

PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

REDLICH, Norman; SCHWARTZ, Bernard; ATTANASIO, John. *Understanding constitutional law*. New York: Matthew Bender & CO, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, [19--].

RULLI NETO, Antonio. Dignidade humana e direitos fundamentais dentro de um contexto efetivista. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. M. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 333-356.

SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: MORAIS, Carlos Blanco et al. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 409-474.

SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución – uma aproximação al origem del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 20, n. 58, p. 105-135, ene.-abr. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição federal de 1988: resistências à sua eficácia e efetividade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição Cidadã de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 291-318.

_____. Dignidade da pessoa humana e novos direitos. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Portugal, Brasil e o Mundo do Direito*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

SILVA, Vasco Pereira da. A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XIX, II, 2a série, n. 2, p. 259-274, abr.-jun. 1987. (separata).

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, José Ferreira Marnoco e. *Constituição política da República Portuguesa – comentario*. Coimbra: F. França Amado Editor, 1913.

VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição Cidadã de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

A constituição da norma de decisão na judicialização da saúde

Maria Gabriella Pavlóoulos Spaoloni¹
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Resumo. 1. Agradecimento. 2. Introdução. 3. Pequeno histórico da tutela da saúde pública no Brasil. 4. Do direito à saúde. 5. Da atividade interpretativa do teor constitucional do direito à saúde. 5.1. Do ato de interpretar. 5.2. Da interpretação do direito à saúde constitucionalmente assegurado. 5.3. Do conteúdo aberto e programático das normas constitucionais que garantem o direito à saúde. 5.4. Do caráter híbrido das normas de decisão na judicialização da saúde. 6. Da realidade Judicial. 6.1. Quanto à Justiça Federal. 6.2. Quanto à Justiça Estadual. 7. Os diversos ângulos da judicialização da saúde. 7.1. Sob o enfoque orçamentário. 7.2. Sob o enfoque dos profissionais da saúde – Teoria da Perda de uma Chance. 7.3. Na visão do paciente. 7.4. Na concepção do Juiz. 8. Alguns casos emblemáticos. 9. Providências plausíveis para o aperfeiçoamento da constituição da norma decisiva. 9.1. Das providências concretas e imediatas. 9.2. Das providências isoladas em determinadas comarcas de São Paulo. 9.3. Das providências ideais. 10. Conclusões. Bibliografia.

Resumo: As atuais críticas lançadas em desfavor da judicialização da medicina reclamam especial atenção dos esforços à concretização do direito fundamental à saúde. O desconhecimento da real estrutura com que judicam os magistrados paulistas nas ações desta natureza fundamenta censuras infundadas. A constituição da norma de decidir tem cunho híbrido. A precariedade com que o dever de decidir a parte

¹ Titular da 13ª Vara da Fazenda Pública da Capital com atuação nas Varas da Fazenda Pública desde 1998. Mestranda em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Público. Ex-Procuradora do Estado de São Paulo.

técnico-científica da norma é imposta ao magistrado não pode dar espaço ao retrocesso das conquistas dos direitos sociais.

Palavras-chave: Hermenêutica constitucional. Interpretação. Direito à saúde. Judicialização da saúde. Constituição da norma de decidir. Caráter híbrido.

Summary: Current criticism of the judicialization of medicine calls for special attention toward the efforts to achieve the fundamental right to health. Unfounded censures are often based on the unfamiliarity with the real structure by which São Paulo magistrates judge the actions of this nature. The constitution of the rule of decision has a hybrid character. The precariousness by which the duty to decide technical-scientific parts of the norm is imposed on the magistrate ought to not cause regress of the social rights achievements.

Keywords: Constitutional hermeneutics. Interpretation. Right to health. Judicialization of health. Constitution of the rule of decision. Hybrid character.

1. Agradecimento

Antes de dar início à breve reflexão sobre o tema aqui proposto, insta registrar meu agradecimento pela oportunidade de participar do Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da Escola Paulista da Magistratura. O esforço dos grandes colegas e coordenadores, Dr. Richard Pae Kim e Dr. Renato Siqueira De Pretto, permitiu-me explorar novos caminhos de aprendizagem, no confronto concreto entre a literatura jurídica, os precedentes jurisprudenciais e os inúmeros casos concretos que batem às portas das Varas da Fazenda Pública da Capital onde judico há quase duas décadas.

Dedicamo-nos ao tema da Interpretação Constitucional ao longo deste último ano.

Desbravar os litígios concretos à luz dos textos normativos vigentes, na companhia de colegas experientes e estudiosos, e sob a batuta

dos mais respeitáveis professores que nos brindaram com suas aulas magnas, fez-me revisitar conceitos e renovar meu acervo de instrumentos diários para dar continuidade ao meu trabalho.

Transborda meu desejo de compartilhar essa experiência e o resultado do estudo, ainda que de maneira por demais sucinta diante das poucas linhas de que posso me valer para a feitura deste artigo.

Fica, portanto, meu agradecimento por tão valiosa oportunidade.

2. Introdução

O fenômeno da judicialização da saúde desperta, atualmente, gigantescas preocupações. A grande imprensa, de forma positiva, confere publicidade a esse tema e atrai a atenção de toda sociedade. Os estudos a esse respeito ultrapassam os muros da comunidade jurídica. Centenas são os eventos públicos que lhe dedicam atenção e permitem debates em busca de soluções concretas.

Tive a honra de participar de inúmeros encontros na condição de ouvinte e palestrante. E, sem qualquer dúvida, registro tratar-se da melhor iniciativa para a solução dos problemas que se irradiam para todas as direções: o diálogo organizado e interessado entre todos os protagonistas que atuam na saúde pública.

Por certo que a questão inflama as mais distintas preocupações.

Na concepção dos administradores públicos, as ações judiciais que envolvem a temática da judicialização da saúde traduzem-se em grande problema ao erário público. Muitos criticam as decisões judiciais por identificarem abusos nos discursos jurisdicionais que afetam, sobremaneira, a questão orçamentária.

Por sua vez, os profissionais da saúde deparam-se com seu dever de exaurir todas as chances que estejam à sua disposição e que possam salvar, literalmente, uma vida.

Aos pacientes, resta a angústia da sobrevivência, da certeza de que se esgotam todas as possibilidades para o bom combate a sua doença e a esperança de sua cura.

Os magistrados padecem com o anseio de equilibrar a tutela do direito à saúde com a defesa do erário público. Estes devem exercer sua atividade no constante alerta para não serem usados como instrumentos das máfias que sugam o interesse público em prejuízo ao legítimo direito do necessitado.

A sociedade, em meio a esse cenário, vê-se atemorizada com os números financeiros que as ações judiciais denominadas “de medicamentos” expressam. Mas resguarda o desejo do aperfeiçoamento deste instrumento porquanto dele, um dia, qualquer um de nós poderá se valer em uma situação de angústia. Por outro lado, consiste numa conquista social inserida na Constituição Federal depois de longos e sofridos anos.

Nesta dedicação pessoal ao estudo do tema “Judicialização da Medicina em face do Poder Público”, milhares de informações foram colhidas. É um tema que muito me encanta. Ouso afirmar que atuo junto às Varas da Fazenda Pública desde os idos das primeiras ações ajuizadas em busca do coquetel da AIDS, na década de 1990. A omissão do Poder Público, interpretada à luz da Constituição Federal de 1988, provocou a propositura de centenas de ações. As decisões judiciais acolheram o pleito e, embora inicialmente criticadas, culminaram com a consolidação de uma das melhores estruturas que levou o Estado de São Paulo a ser exemplo mundial na forma como os medicamentos para essa doença passaram a ser fornecidos pela própria Administração, com dispensa do acesso ao Judiciário. Há anos que o Estado de São Paulo não mais figura como réu em ação para fornecimento deste tipo de medicamento.

Na incansável aspiração de se atingir a melhor interpretação do direito à saúde, trilho em busca da coleta de informações oriundas das mais distintas origens relacionadas ao tema. Sociedade médica, farmacêutica, gestores da saúde municipal e estadual, representantes da sociedade civil e, inclusive, dos próprios laboratórios são alvo da minha atenção. Todas as informações são consideradas, com exceção das que insistem no retrocesso da conquista do direito social, porquanto incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito.

A mesma regra constitucional sobre o Direito à Saúde é sustento para as mais distintas interpretações. É ao que se denomina hermenêutica constitucional.

As reflexões partirão da origem da tutela à saúde pública no Brasil. Trabalho lento que se desenvolveu por texto legal, como resultado da vontade popular. Após, passaremos à análise do trato que a Constituição Federal de 1988 confere ao Direito à Saúde. Será registrada a orientação majoritária de nossa Jurisprudência acerca do tema. Ato contínuo, o artigo enfocará o significado que a judicialização da saúde traduz para os administradores públicos, para os profissionais da saúde

social, para os próprios pacientes e, com natural carinho, para os Juízes de Direito do Estado de São Paulo.

Buscarei o cuidado de não distanciar do tema principal relativo à importância efetiva da hermenêutica constitucional na busca de soluções concretas a tão delicada situação.

Fato é que o Poder Judiciário é provocado a dar soluções a situações concretas e emergenciais. E, por vezes, é arduamente criticado por pessoas que desconhecem a estrutura de quem é instado a julgar essas ações.

Embora convicta da pequenez da visão desta estudiosa do tema *Judicialização da Medicina*, ousarei lançar pequenas sugestões, mas que reputo relevantes, sobre caminhos voltados ao aperfeiçoamento da constituição da norma de decisão. Como será exposto em exemplos concretos denominados emblemáticos, a árdua tarefa ainda é solucionada pelo Judiciário Paulista, sem estrutura adequada e com a seriedade que decorre do amor à toga.

3. Pequeno histórico da tutela da saúde pública no Brasil

O professor Luís Roberto Barroso expõe o histórico da evolução da saúde pública no Brasil com maestria.² Relata que seu início se dá no século XIX, com a vinda da Corte Portuguesa para os nossos domínios, momento em que se realizaram as primeiras ações de combate à lepra e à peste, além de um parco controle sanitário sobre ruas e portos. Foi somente em 1870 e 1930 que o Estado passou a praticar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo “companhista”, caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial. Apesar dos abusos cometidos, o modelo “companhista” obteve importantes sucessos no combate a doenças epidêmicas, conseguindo, inclusive, erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro³. O Estado, assim, atuou em caráter preventivo. A propósito, nas palavras de Barroso, até 1930, o Estado cuidou de assumir apenas as ações de cunho preventivo. Às entidades privadas e de caridade delegou as ações de caráter curativo.

² BARROSO, Luís Roberto, Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

³ Op. cit., p. 883.

A partir de 1930, instalou-se no Brasil uma reestruturação do sistema público de saúde que englobou as ações preventivas e as de caráter curativo. À população passou-se a disponibilizar, em relação às ações curativas, um serviço desunificado e particularizado que, à época, era prestado pelos inúmeros Institutos de Aposentadoria e Pensões – IAPs, vinculados às diversas categorias profissionais específicas.

Alguns desses IAPs possuíam, inclusive, hospitais próprios. Tais serviços, contudo, estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência.⁴

Já na época da ditadura militar, esses Institutos foram unificados na figura do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, o qual passou a ser financiado por todos os trabalhadores urbanos devidamente regularizados. Em 1975, adveio a Lei 6.229 que criou o Sistema Nacional de Saúde, vinculado ao Ministério da Saúde e, posteriormente, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS (então autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social). A partir daquele momento, as ações de promoção da saúde e prevenção de doenças passariam a ser desenvolvidas quase que com exclusividade pelo Ministério da Saúde. A assistência médico-hospitalar ficou a cargo do INAMPS⁵.

O sistema então criado tinha característica da exclusão, pois por ele eram atendidos apenas os contribuintes do INPS e seus dependentes. Desempregados e trabalhadores informais ficaram à margem de sua cobertura.

Inúmeros problemas surgiram em torno da atuação prestada pelo INPS, que mobilizou toda a sociedade em busca de um sistema unificado e universal da saúde. Destacaram-se problemas relacionados à desigualdade social, às precárias condições da saúde pública da nossa população e falta de transparência dos gastos públicos.

⁴ Op. cit., p. 884.

⁵ Op. cit., p. 884.

Foi na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 que o clamor nacional por um sistema universal e unificado de saúde pública consolidou-se. O Sistema Único de Saúde – SUS resultou de propostas de “Reforma Sanitária” defendidas por movimentos sociais e apresentadas à Assembleia Nacional Constituinte em resposta à inadequação do sistema de saúde que vigorava àquela época. Passou-se a compreender que *a saúde é um direito universal de todos e um dever do Estado* e a tutela desta realidade dar-se-ia com a consolidação de um Sistema Único de Saúde.

Sob o enfoque da hermenêutica constitucional, importa-nos registrar que, à época, desde a subcomissão constituinte, o povo clamou pela universalidade do Direito à Saúde e pelo dever estatal de zelar pela sua garantia. Nesse sentido, muito atuou o Constituinte Carlos Masconi⁶.

Naquela época, manifestaram-se inúmeros representantes sociais, como os da Coordenação Nacional de Entidades Sindicais e Pré-Sindicais de Enfermagem – Conespe, da Federação Nacional dos Médicos, da Comissão de Reforma Sanitária e Comissão Nacional de Saúde, entre inúmeros outros profissionais.

Levou-se à Constituinte o pedido social no sentido de que o sistema de saúde no Brasil deveria ser unificado, universal, equânime, descentralizado, participativo, direcionado ao atendimento integral e, prioritariamente, mas não exclusivamente, voltado para a prevenção de doenças. Foram características que constaram de modo expresso na proposta aprovada pela Comissão Nacional de Reforma Sanitária, em março de 1987, e foram reforçadas nas Audiências Públicas realizadas a partir de março do mencionado ano.

Consta dos registros de todos os trabalhos realizados durante a Constituinte de 1987-1988 que o médico Eleutério Rodrigues Neto, juntamente com Moysés Goldbaum, representantes da Associação Brasileira de Pós-Graduação e Saúde Pública Coletiva – Abraspo enfatizaram a necessidade de o Estado se organizar de forma racional e lógica,

⁶ O SR. CONSTITUINTE CARLOS MASCONI: [...] Peço permissão a V. Ex^a para apresentar a proposta aprovada pela Comissão Nacional da Reforma Sanitária em reunião de 30 e 31 de março de 1987 que é a seguinte: “Art. 1º. *A saúde é um direito assegurado pelo Estado a todos os habitantes de todo o Território nacional sem qualquer distinção.*” (BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas das Comissões, 1987-1988*. p. 6. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>.).

para prestar o serviço universal e justo, a toda a população, na área da saúde, com a criação de um Sistema Único de Saúde que deveria nortear-se pelas seguintes diretrizes:

[...] 1º – Integração. Isto é, nada desta parafernália institucional que mantém várias instituições em cada nível de governo, todas mandando e nenhuma com responsabilidade, nenhuma podendo ser cobrada pela população pela sua ação. Então, a integração institucional significaria uma única instituição a nível federal, uma única a nível estadual, uma única a nível municipal que seja de fato a responsável por todas essas ações que dizem respeito à promoção, proteção e recuperação da saúde. A segunda diretriz fundamental, para o sistema único de saúde, é a diretriz da integralidade; isto é, o cuidado, a atenção ao paciente, à população, ao conjunto de seus indivíduos que constituem uma coletividade que deve ser de uma forma contínua, deve ser de uma forma integrada, zelando pela dignidade do atendimento, e não vendo o indivíduo em termos do seu pé, da sua cabeça, do seu abdômen, nas ações que são feitas por uma instituição na prevenção, por outras instituições na área de curativo. Não. Isso tem que ser contínuo, tem que ser um sistema que seja integrado, que seja único. A terceira diretriz para nós é a questão da descentralização, isto é, que as ações, de fato, sejam planejadas, executadas e controladas no nível mais próximo da sua execução. Isto é, que as ações não sejam planejadas por um e executadas simplesmente. Mas que possa existir uma coincidência da autoridade política com a autoridade técnica, com a responsabilidade técnica sobre determinadas ações. Isto é, que o Governo Municipal seja responsável de fato pelas ações que dizem respeito à abrangência municipal, quer dizer, que as prefeituras sejam responsáveis pelas ações de abrangência municipal. A Secretaria Estadual de Saúde pelas ações de caráter estadual, de abrangência estadual, e o Governo Federal fica com as ações que dizem respeito àquelas de abrangência, de caráter

nacional, inclusive, algumas poucas executivas, como o centro de referência, como o serviço de pesquisa e algumas ações estratégicas, do ponto de vista, inclusive da segurança da coletividade. Uma quarta diretriz, que me parece a mais fundamental de todas, que acho que é uma diretriz que deve estar presente na Constituição, não é uma questão particular da saúde, mas na saúde ela se coloca de uma forma crítica, é a questão da participação. Entendemos que nada disso, nem a descentralização, nem a integração podem ter efetividade, podem funcionar se não tiverem um controle social sobre a sua execução. Entendemos que a participação da população organizada em entidades, em instituições democraticamente constituídas e organizadas, essas entidades devem ter o direito e devem ter a garantia do canal de acesso para participar do processo de planejamento e controle da execução das políticas a nível local, a nível estadual, a nível regional e a nível nacional⁷. (grifos nossos)

Tais características acabaram por ser incorporadas à Constituição da República. A integração, a que se reportou o Dr. Eleutério Rodrigues Neto, foi descrita no caput do artigo 198 da Constituição Federal, como se verifica: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”.

A integralidade, a participação e descentralização foram inseridas como diretrizes do Sistema Único de Saúde nos incisos I, II e III do mesmo artigo 198:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera do governo;

⁷ BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. Atas das Comissões, 1987-1988. p. 115. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>.

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade.

A Lei 8.080/90, por sua vez, notadamente em seu artigo 7º, inserido no Capítulo II, que trata dos princípios e diretrizes, reproduziu as mencionadas regras básicas.⁸

Embora a doutrina enfoque tais diretrizes com concepções diversas, é certo que a característica da universalidade e da igualdade inspirou a instituição e o funcionamento do Sistema Único de Saúde.

4. Do direito à saúde

A constitucionalização da saúde como direito fundamental é uma das inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988. As referências eventualmente encontradas em textos constitucionais anteriores, quando existentes, limitavam-se às regras sobre distribuição de competências executivas e legislativas ou à salvaguarda específica de algum direito dos trabalhadores.

⁸ Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados, que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198, da Constituição Federal, obedecendo, **ainda, aos seguintes princípios**: I – universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III – preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV – igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V – direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI – divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII – utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII – participação da comunidade; IX – descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera do governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X – integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI – conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII – capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII – organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos. (BRASIL, 1990).

Com esse novo diploma legal, adotou-se um conceito amplo de saúde, congruente com a noção de estado de completo bem-estar físico, mental e social, proposta pela Organização Mundial de Saúde – OMS. Superou-se a concepção exclusivamente curativa de saúde para inclusão dos aspectos protetivos e de promoção ao direito fundamental. Concretizou-se a instauração de um Sistema Único de Saúde, marcado pela descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde. O atendimento assumiu caráter universal de forma que o acesso à assistência à saúde não mais está restrito aos trabalhadores com vínculo formal empregatício e respectivos beneficiários. As ações e serviços de saúde, assim, adquiriram grande relevância pública.

A Constituição Federal de 1988 inaugura o novo tratamento à saúde pública em seu artigo 196, nos seguintes termos:

[...] A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

E o faz, em sequência, ao modelo eleito pelo seu artigo 1º que acolheu, para o Brasil, o conceito de Estado Democrático de Direito, que tem como lastros centrais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Ao tratar dos direitos sociais, Flávia Piovesan esclarece que:

[...] O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem 1988 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo jurídico nacional⁹.

⁹ PIOVESAN, Flávia. A responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 215-216.

O valor da dignidade humana deve orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988.

O princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe, antes de tudo, a presença de uma condição objetiva. A própria vida. Considerando-se cada indivíduo em si mesmo, tem-se que a vida é condição necessária da própria existência. Do que se conclui que a dignidade do ser humano impõe um primeiro dever básico, que é justamente o de reconhecer a intangibilidade da vida e este pressuposto se configura como preceito jurídico absoluto – um imperativo jurídico categórico – do qual decorre, logicamente e como consequência do respeito à vida, o fato de a dignidade dar embasamento jurídico para se exigir o respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da própria vida (condições materiais).

5. A atividade interpretativa do teor constitucional do direito à saúde

Se a Constituição Federal definiu o direito à saúde de forma expressa, qual a extensão concreta da hermenêutica? O que é interpretar? Qual a razão da existência de tantas interpretações distintas? Por que a Jurisprudência se reporta às mais criativas divergências entre jurisdicionado e Administração Pública a partir de um mesmo texto legal? Qual a natureza do ato interpretativo em questão de saúde?

5.1. Do ato de interpretar

As situações estão sujeitas a mudanças a cada momento.

Não é o que se verifica com o direito posto. Vimos no relato feito nas páginas anteriores, o quanto foi demorado inserir mudanças no trato legal acerca do direito à saúde. Idas e vindas antecederam a Assembleia Constituinte até a inclusão no texto constitucional de um clamor social.

Esse caráter estático da lei provoca, no intérprete, uma postura dinâmica, e no aplicador do texto normativo em questão de saúde, uma atuação colegiada.

Por valiosa que é, transcrevo o conceito de Eros Grau:

Interpretar é, assim, dar concreção (= concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação (= interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros momentos ainda: opera a sua inserção na vida. [...] A interpretação – que é interpretação/aplicação – vai do universal ao singular, através do particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis (= do direito) no mundo (= mundo da vida).¹⁰

Os desafios que se apresentam à interpretação jurídica diferem dos que se expõem à que se realiza no campo da ciência.

Na ciência, a interpretação busca a solução.

No direito, quando da criação da norma, o intérprete depara-se com uma pluralidade de soluções e, dentre todas, há que selecionar uma.

Mas tanto no campo da ciência quanto no do direito, a interpretação não deve se pautar em idealizações platônicas. No espaço jurídico, a experiência jurídica assume papel relevante.

Interpretar o direito é um ato de prudência e não de ciência.

O intérprete atua segundo a lógica da prudência, que tangencia a lógica da preferência e não a lógica da consequência.

O intérprete jurídico escolhe uma dentre as várias opções existentes. A norma de aplicação não decorre da demonstração, mas da justificação dada à escolha feita.

Na ciência, a interpretação sobrevive em meio em que dúvidas ou questões ainda não contam com respostas. No direito, ao contrário, há uma multiplicidade de soluções possíveis para uma mesma questão.

Na interpretação de textos normativos, não se faz possível confrontar o resultado com o que se considera objetivamente único ou verdadeiro.

Interpretar o direito não se limita à tarefa de extrair o significado das normas. A rotina nos revela, cada vez mais, a ausência de normas

¹⁰ Op. cit., p. 38.

específicas para situações concretas de modo que, ao aplicador do direito, resta aferir sua efetiva definição. Ao instrumentador do direito impõe-se ir além da simples leitura do texto legal para compreender, em sua amplitude, a realidade fática para a qual foi chamado a atuar.

Do texto legal decorrem três distintas, mas relacionadas, realidades: apreender a realidade, identificar os possíveis enquadramentos contidos no texto da lei e, a partir desta conjunção, criar a norma de decidir.

Eros Roberto Grau, com clareza, distingue as normas jurídicas produzidas pelo intérprete, a partir dos textos e dos fatos, da norma de decisão do caso, expressa na sentença judicial. Leciona que a interpretação do direito é constitutiva e não simplesmente declaratória. Vale dizer, *não se limita a uma mera compreensão dos textos e dos fatos; vai bem além disso*¹¹.

A interpretação é feita sobre textos normativos. Do ato de interpretar resulta a norma. Ou, como preferem alguns doutrinadores, a interpretação desvenda a norma. Interpretar transforma textos em normas.

Mas é certo que texto e norma não são sinônimos.

Eros Grau, ainda, destaca que “as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem”¹².

Os textos normativos não são unívocos ou evidentes. A interpretação parte da compreensão da circunstância real, apega-se ao texto da norma e produz a norma de decisão voltada a dar solução ao caso concreto. Mas a norma de decisão é gerada do texto normativo.

E vou mais além.

A norma de decisão deve resultar não apenas do texto normativo, mas também dos elementos do caso ao qual ela será aplicada e à experiência jurídica.

Por outro lado, há que se destacar a inexistência de uma verdade absoluta. O intérprete apreende os fatos concretos de acordo com a forma como os mesmos lhe são expostos e das provas apresentadas. E para a absorção da realidade abstrata, vale-se do olhar que sua experiência pessoal lhe permite.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 26.

¹² Op. cit., p. 27.

Há fatos concretos inquestionáveis cuja interpretação limita-se à mera constatação. É o que se verifica na situação “dois carros chocaram-se na esquina da Avenida São João”, em que ao intérprete compete apenas constatar ou apreender os dados reais.

Mas há circunstâncias abstratas, ainda que vinculadas a um fato concreto, cuja compreensão está comprometida ao aspecto subjetivo de seu intérprete. “Dois carros chocaram-se em alta velocidade na esquina da Avenida São João”. Dois carros chocaram-se. Mas o que se deve compreender por alta velocidade? Não existisse regramento próprio local, poder-se-ia afirmar que o que é velocidade alta para mim pode não sê-lo para outra pessoa. Tudo dependeria da experiência pessoal do intérprete. Mas, a partir do momento em que a legislação define a velocidade máxima permitida para o local, ao intérprete compete limitar-se à constatação técnica da velocidade praticada e sua compatibilidade com o quanto permitido no local.

É o que se verifica, na atualidade, em relação ao conceito ou extensão do direito à saúde.

A Constituição Federal diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Ponto. Mas a interpretação consubstancia uma experiência conflitual do intérprete de modo que toda norma de decisão traz a marca desse conflito.

Vimos que a decisão judicial considera e deve pautar-se pelas palavras da lei e pelos antecedentes judiciais. Mas não é só. Deve considerar a circunstância concreta.

5.2. Da interpretação do direito à saúde constitucionalmente assegurado

Extrai-se do artigo 196 da Constituição Federal que o direito fundamental à saúde abrange as dimensões preventiva, promocional e curativa. Alguns doutrinadores, inclusive, negam propriedade à expressão “*direito à saúde*” para ceder espaço à expressão “*direito à proteção e promoção à saúde*”, pois esta não é um bem disponível que possa ser conferido a alguém.

Numa análise singela, a acepção do direito à saúde e do dever de o Estado promovê-la dispensaria maior dedicação à problemática inerente à hermenêutica. Seria como o exemplo “dois carros colidiram na esquina da Avenida São João”.

Mesmo vinculadas a uma determinada prestação material, as ações de saúde parecem que pouco incomodaram a Administração Pública ao longo de anos. O pedido judicial sempre esteve vinculado a uma prescrição médica e a inércia do Poder Público permitiu a consolidação do conceito bem exposto no Fórum Diagnóstico Precoce, no dia 27.03.2017, pelo Dr. Tiago Farina Matos, no sentido de que a prescrição médica equipara-se, nas ações de medicamento, a um título executivo cuja presunção de liquidez e certeza deve ser desconstituída pelo interessado.

A Jurisprudência nacional consagrou o entendimento de que o Estado deve atender aos reclamos sociais sempre que amparados por prescrição médica, porquanto decorrente do denominado “direito à saúde”.

Foi a preocupação com o custo das prestações materiais decorrentes de decisões judiciais que despertou o interesse pela mudança na hermenêutica constitucional. Afinal, a lei é omissa quanto ao conteúdo desse direito à proteção e promoção à saúde e, ao Judiciário, é defeso afastar-se de seu dever de decidir.

O artigo 196 da Constituição Federal menciona de forma expressa três atuações do Poder Público: promoção, proteção e recuperação.

Ao referir-se à recuperação, a Lei Maior apega-se à noção de “saúde curativa”. Ou seja, busca garantir o acesso do indivíduo aos meios que lhe propiciem alcançar senão a cura mas, ao menos, uma sensível melhora na qualidade de vida.

À ideia de saúde preventiva vinculam-se as expressões “redução do risco de doença” e “proteção”. Ou seja, efetivação de medidas que tenham por objetivo inibir o surgimento de doença ou do dano à saúde individual ou pública, inclusive por contágio. Tal prescrição atrela-se aos conceitos de precaução e prevenção.

Promover o direito à saúde foca a obtenção de melhores condições de vida e de saúde das pessoas.

Ingo Wolfgang Sarlet bem relembra que

[...] a nossa Carta Magna guarda sintonia explícita com o dever de progressividade de efetivação do direito à saúde, bem assim com a garantia do “mais alto nível possível de saúde”, tal como prescrevem respectivamente, os artigos 2º e 12 do PIDESC: Art. 12: “Os Estados Partes do presente Pacto

reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”. Da mesma forma, a concepção adotada pelo constituinte de 1988 mostra-se afinada com o conceito de “completo bem-estar físico, mental e social” proposto pela OMS. Ainda que compreendida como uma espécie de “imagem-horizonte” (portanto, também um ideal a alcançar), essa concepção salienta a necessidade de garantia do equilíbrio entre a pessoa e o meio que a circunda, bem como a cogente consideração de que o mínimo existencial não pode ser reduzido a um “mínimo vital”, que assegure a mera sobrevivência física, mas, ao contrário, deve ser capaz de assegurar uma vida efetivamente saudável.¹³

Por anos a fio, os Juizes das Varas da Fazenda Pública do Estado de São Paulo depararam-se com esse tema sem que a Administração manifestasse maiores preocupações.

A forma de interpretar o texto constitucional passou a ser questionada pelo Poder Público com fundamento nos mais diversos princípios. Em especial, o da reserva legal, que decorre da limitação dos recursos públicos (e privados) para assegurar o direito fundamental.

Iniciaram-se discussões sobre a alocação de recursos públicos, que envolvem questionamentos quanto à existência, à disponibilização e à alocação dos recursos públicos, bem como, no caso de saúde, sobre a limitação dos próprios recursos sanitários. Passou-se a discutir sobre a capacidade de disposição desses mesmos recursos à luz das regras de competência, proporcionalidade, subsidiariedade, eficiência, princípios da Federação e autonomia municipal.

Ou seja, o reflexo econômico da parcela material ligada à judicialização da saúde provocou discussões voltadas a uma nova releitura do conceito do direito à saúde, enveredados por caminhos insculpidos por critérios, sobretudo financeiros.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Da saúde. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1933. (Série Instituto Brasiliense de Direito Público).

5.3. Do conteúdo aberto e programático das normas constitucionais que garantem o direito à saúde

As normas constitucionais que garantem o direito à saúde (artigos 60 e 196) são de conteúdo aberto e de certa forma programático. Elas não definem propriamente o objeto protegido pela tutela jusfundamental. São textos normativos que deixam ao intérprete a tarefa da integração prática da norma constitucional.

E aqui reside um dos maiores, ou quiçá, o maior e mais atual problema da judicialização da saúde.

O Poder Judiciário é provocado a dar efetividade à tutela constitucional por meio do exercício do direito de ação. Em poucas palavras, é provocado à tarefa de integração prática e tópica da norma constitucional.

A judicialização da saúde pode versar sobre direitos originários e direitos derivados, isto é, ações que versem sobre objetos assegurados diretamente, ou não, pela norma constitucional. Os direitos originários têm fundamento direto na norma constitucional. Os direitos derivados, por seu turno, são mediados pela legislação ordinária e por um sistema de políticas públicas, já implementado, que espelham prestações já disponibilizadas, isto é, prestações que já estão previstas na esfera infraconstitucional.

Quando a judicialização da saúde está vinculada a uma prestação material, o ato de interpretar ultrapassa duas esferas: 1) a constatação de que o paciente precisa proteger, prevenir ou curar sua saúde em uma determinada circunstância concreta e 2) a verificação de que a prestação material postulada é adequada ao quadro concreto.

5.4. Do caráter híbrido das normas de decisão na Judicialização da Saúde

A rotina forense confirma que a grande maioria, ou mesmo a totalidade, das ações judiciais em assuntos de judicialização da saúde voltam-se a postular a condenação do Estado no dever de fornecer prestações materiais. Poucas são as ações coletivas que buscam sanar omissões do Poder Público, ou mesmo impor-lhe o dever de emitir prestações de cunho normativo.

Recentemente, noticiou-se por e-mail à Promotoria de Justiça de Direitos Humanos e Saúde Pública de São Paulo a existência de uma fila de espera de cinco anos, no Instituto do Sono, para a realização de exame de polissonografia. O Instituto do Sono buscou justificar sua inércia na concretização de tal procedimento. Todavia, trata-se de relevante exame para acompanhar e diagnosticar significativos distúrbios do sono e ocorrências de movimentos ou comportamentos anormais e demais alterações durante o sono. Consiste em procedimento que integra a política de saúde determinada pelo País. Os gestores estadual e municipal confirmaram que, desde 1998, deixaram de realizar esse exame. Uma vez infrutíferas todas as tentativas de conciliação administrativa, em ação judicial que tramitou perante a 13ª Vara da Fazenda Pública logrou-se acordar a reinclusão do exame no rol de práticas de saúde e dentro do prazo entabulado pelas partes. Em menos de um ano, foram adquiridos todos os equipamentos necessários.

Mas em sua grande maioria, as ações judiciais que batem às portas do Poder Judiciário, afetas à judicialização da saúde, almejam a condenação do Poder Público no dever de fornecer medicamentos, intervenções cirúrgicas, próteses e órteses, tratamentos, insumos, exames médico-laboratoriais, vagas em UTIs/CTIs e *homecare*.

São situações tão diversas que não encontram uma solução expressa e correspondente na Constituição Federal ou na legislação ordinária, as quais fazem referência exclusivamente ao caráter da integralidade do direito à saúde, nos termos do inciso II, do artigo 198 da Constituição Federal. Mas são questões que demandam uma solução sobre o conteúdo.

A norma de decisão, na maioria dos casos concretos, reclama uma aferição técnica. Na lição do professor Eros Grau, acima transcrita, poder-se-ia equiparar a uma combinação de norma jurídica com uma interpretação científica (na acepção popular do conceito). Seria o complemento de uma norma em branco.

Ou seja, uma questão é afeta ao reconhecimento do direito à tutela, outra, ao conteúdo da prestação material postulada. E a decisão judicial denominada *norma de decidir* necessita ser líquida e certa, inclusive quanto à prestação material.

Daí afirmar-se a natureza híbrida das decisões judiciais proferidas nas denominadas ações de saúde.

6. A realidade judicial

Ao longo de muitos eventos dos quais tive a honra de participar, inclusive como palestrante ou debatedora, constatee o desconhecimento geral quanto à estrutura concreta como se opera a atividade interpretativa das ações de saúde, ou seja, quanto à forma de constituição da norma de decidir.

Qual a estrutura de que dispõem os Juízes do Estado de São Paulo?

De início, mister se faz relembrar a autonomia existente entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual. Àquela se direcionam as ações quando promovidas em face da União, a esta, quando o Estado ou o Município de São Paulo figuram no polo passivo da relação processual.

6.1. Quanto à Justiça Federal

O Poder Público Federal cuidou de estruturar a Justiça Federal com recursos próprios para amparar o magistrado nas ações de saúde. De cunho relevante deve-se apontar a criação de cargos, por lei, para profissionais da saúde que, de forma imparcial, fazem a primeira análise do pedido e do relatório médico do autor/paciente. São profissionais que integram o quadro de servidores públicos da Justiça Federal e que em nada se relacionam à Secretaria ou Ministério da Saúde. O pedido liminar é analisado de forma imediata e, por vezes, impõe-se o comparecimento do autor ao setor médico para uma constatação. Trata-se de medida que equilibra o interesse do paciente com a fragilidade do erário público, pois, sobretudo, inibe as práticas fraudulentas. Pouquíssimos são os relatos de fraudes cometidas em ações dessa natureza perante a Justiça Federal.

6.2. Quanto à Justiça Estadual

Mas de qual amparo podem valer-se os Juízes do Estado de São Paulo?

A Justiça Estadual difere da Federal. No quadro de servidores públicos do Tribunal de Justiça não há cargos para médicos ou outros profissionais da área da saúde que possam realizar uma análise prévia do pedido apresentado e sua adequação à doença do autor.

Ainda inexistentes as varas especializadas na saúde, os Juízes das Varas da Fazenda Pública da Capital deparam-se com milhares de ações das mais distintas naturezas. São ações que envolvem vencimentos, aposentadorias ou pensões de servidores públicos, desapropriações, ações de indenização por danos morais decorrentes de morte de preso em penitenciária, ou por morte de pacientes por alegado erro médico em hospital público. Tem-se, ainda, ações referentes a colisões de veículos, mandados de segurança contra ato de autoridade, ações de improbidade ou ambientais, relações contratuais, licitações, enfim. Ações sobre os mais distintos temas. E entre estes, as ações de medicamentos.

Por vezes, para não dizer sempre, as ações de saúde pautam-se no argumento da urgência. A prestação material deve ser dada para ontem, pois sem ela o paciente irá a óbito. Não raras vezes, mesmo com o advento dos processos digitais, parentes dos pacientes dirigem-se aos gabinetes dos Juizes e intensificam a urgência expressa em prescrição médica.

E a quem pode o Juiz de Primeiro Grau recorrer?

Quando possível, dá-se vista à Administração Pública para que possa se manifestar no prazo de 72 horas. E a resposta, via de regra, é pela negativa do pedido, mas sem a oferta de uma opção para o tratamento. E quando apresentada, o Juiz permanece na dúvida, pois, no fundo, trata-se de um conflito entre prescrições médicas. Prescrições subscritas por profissionais que respondem perante o Conselho Regional de Medicina ou, ainda, de forma criminal e cível quando incidentes em erro.

E o que fazer?

Como proceder à construção da norma de decidir?

Muitos dos Juízes acessam as informações técnicas pertinentes ao medicamento. Ou consultam graciosamente profissionais de sua confiança, como médicos da família.

Remeter ao IMESC é uma das possibilidades. Mas o paciente não pode esperar o tempo rotineiro de seu retorno que, por vezes, supera o prazo de um ano.

Seria a falta de estrutura própria em favor da formação da convicção do Juízo Estadual, motivo suficiente a negar o direito consagrado pela Constituição Federal?

A resposta, por certo, é negativa.

Mas valendo-se dessa circunstância, malfeitores manipulam ações judiciais para extorquirem os cofres públicos mediante fraudes inescrupulosas.

Seria essa a razão, mais uma vez, de negar o direito constitucionalmente entabulado?

E mais uma vez a resposta é negativa.

Mas a situação reclama mudanças. Urgentes.

O Poder Público busca assentar sua defesa no argumento de que não dispõe de dinheiro suficiente para fazer frente ao dever que lhe é requerido. É ao que denomina Princípio da Reserva do Possível.

Esse princípio não se sobrepõe à determinação constitucional. O artigo 196 da Constituição Federal não condiciona a tutela do direito à saúde ao preço do tratamento. Ao Poder Público é defeso omitir-se de dar cumprimento ao dever que lhe foi imposto pela Constituição Federal. Essa é premissa consolidada.

Decorre da sistemática do direito processual que, uma vez exercido o direito de ação, os limites da atuação jurisdicional restringem-se ao teor do litígio estabelecido entre as partes. Significa dizer que a aferição da adequação do pedido do autor à sua necessidade real dependerá do quanto questionado pela parte contrária. Essa seria, a propósito, a regra natural. E para solucionar esse impasse, mister se faz o amparo técnico e célere à decisão do juiz com a participação de especialistas imparciais.

Não é o que se constata na prática da Justiça Estadual.

Foi em tempos recentes que o Estado de São Paulo passou, a passos lentos, a questionar o conteúdo da prestação material postulada. Antes, a defesa restringia-se a argumentar pelo Princípio da Reserva do Possível ou sob o enfoque da Separação dos Poderes. Muito se questionou, ainda, sobre a conveniência da intervenção do Judiciário na eleição das políticas públicas. Porém, não foi o Judiciário que inseriu no corpo constitucional o direito à saúde como dever do Estado.

A defesa, sim, via de regra, acostumou-se a silenciar quanto à necessidade do quanto prescrito pelo médico do paciente ou a possibilidade da respectiva substituição por algum produto com o mesmo efeito ativo.

Há um conflito de princípios que se concretiza. A necessidade de tutela ao erário público, a supremacia do interesse público sobre o

privado, o princípio da dignidade da pessoa humana e, ainda, o direito à saúde parecem trilhar por sentidos distintos. No entanto, todos estão relacionados e podem conviver de forma pacífica.

Basta identificar que a norma de decisão deve ser construída com a participação de um profissional da saúde que, com imparcialidade, tecnicidade e razoabilidade, possa aferir a adequação do quanto postulado às necessidades do paciente e, ainda, se o Poder Público fornece outro produto ou serviço equivalente, com os mesmos efeitos ativos ou resultados práticos.

7. Os diversos ângulos da judicialização da saúde

O tema da judicialização da saúde provoca as mais distintas opiniões que não conseguirão ser esgotadas neste estudo.

7.1. Sob o enfoque orçamentário

É certo que nos últimos anos houve um aumento do número de decisões judiciais, que impuseram ao Poder Público o dever de fornecer medicamentos, insumos, equipamentos e cirurgias. Isso foi em decorrência do aumento de ações judiciais. Para muitos, os juízes tendem a desprezar o impacto orçamentário de suas decisões e criticam a solidariedade imposta aos entes federados.

Dos inúmeros estudos apresentados, consta a alegação de que o Judiciário brasileiro deveria apegar-se à escassez de recursos e a não previsão de gasto para denegar o pedido de um tratamento médico ou de determinado medicamento. Tal entendimento sugere que o Judiciário brasileiro permitiu, e até incentivou, o impressionante aumento no número de ações promovidas com base na garantia do direito à saúde constitucionalmente previsto. Diz-se que há cada vez mais ações contra o sistema público voltadas a tratamentos médicos e que o impacto do Judiciário no orçamento público de saúde está longe de ser insignificante.

A judicialização da saúde é apontada como um processo que gera custos inesperados aos diferentes níveis de governo da federação.

O presente estudo está longe de defender qualquer linha doutrinária. Preocupa-se, em última análise, a identificar soluções conjuntas

que propiciem a aplicação da norma inserida na Constituição Federal e que, como tal, não permite ser desconsiderada.

As pesquisas realizadas, no entanto, parecem olvidar-se do levantamento quântico dos valores potencialmente economizados com a doença ou a respectiva gravidade, inibidas pelo tratamento concedido. Quantos leitos deixaram de ser ocupados? Quanta mão de obra manteve-se produtiva no mercado econômico nacional?

Por outro lado, nossa população encontra melhores condições de vida e adquire maior longevidade. Os cidadãos tomaram consciência de seus direitos e valem-se do direito de ação. As informações, por sua vez, são veiculadas pela imprensa de grande circulação. O acesso à Justiça mostra-se cada vez mais amplo. Com que fundamento lançar por terra a tutela desse direito?

7.2. Sob o enfoque dos profissionais da saúde – Teoria da Perda de uma Chance

Alastram-se na rotina forense pedidos indenizatórios deduzidos em desfavor dos médicos. A exemplo do quanto se constata em outros inúmeros países, a Teoria da Perda de uma Chance ganha espaço no Brasil.

Traduz-se no desaparecimento de uma probabilidade séria e real de um evento favorável. Consiste em pleito indenizável, que surge no âmbito da responsabilidade civil na França no final do século XIX e que, na atualidade, ganha espaço em nível de Direito Comparado tanto no mundo contratual quanto extracontratual, assim como no direito público quanto privado. A Teoria da Perda de uma Chance enfoca situações em que se frustra uma oportunidade de sobrevivência ou cura de um paciente.

Consiste em um complemento de grande utilidade dentro do sistema de ressarcimento de danos, que atualmente se situa ao lado dos danos morais, danos emergentes, lucro cessante, entre outros recursos. Preenche todos os requisitos de qualquer dano ressarcível que o ordenamento jurídico brasileiro requer. A Teoria da Perda de uma Chance leva o responsável por um tratamento à necessidade de dar o seu melhor e, entre todas as oportunidades disponibilizadas em prol do combate a uma doença, optar pela que se apresente mais eficaz.

Assim, em uma situação concreta, não se faz possível ao profissional da saúde omitir-se do dever de tentar o melhor, dentro do critério

da razoabilidade, por conta da impossibilidade financeira do paciente. Especialmente em um país onde a Lei Maior, por si, garante a tutela integral à saúde.

Basta-lhe, apenas, atentar para a existência de tratamentos ou medicamentos similares, disponibilizados pelo Poder Público, com especial desprezo a marcas e prestígio ao efeito ativo do medicamento.

7.3. Na visão do paciente

Em poucas linhas, ao paciente resta o conforto de saber que todos os esforços em prol de sua saúde são desenvolvidos. Há o sentimento de acolhida social e governamental que interfere no aspecto psicológico e, por consequência, contribui no processo de cura.

7.4. Na concepção do Juiz

O ato de interpretar é por demais valioso. Ele constrói ou desconstrói. Afasta ou aproxima.

O ato de decidir, nas ações de judicialização da saúde, pode salvar ou extirpar vidas. Sob todos os ângulos. E, quando desprovido do necessário amparo técnico, gera o natural temor de se estar cumprindo, de forma íntegra, a garantia constitucional.

Compor a norma de decisão, em situações especiais, pode revelar-se temeroso como será exposto no tópico seguinte, referente a casos emblemáticos.

8. Alguns casos emblemáticos

A angústia dos Juízes torna-se rotina na judicialização da saúde.

Certa ocasião, no final de uma sexta-feira, fui tomada de surpresa pela distribuição de um mandado de segurança impetrado por paciente que já havia recebido um fígado, mas que, sob a alegação de que lhe foi ministrado medicamento de lote adulterado, sofreu rejeição. Buscou-se a quebra da ordem na fila de transplante. Ou melhor: a quebra da rotina normativa que vedava, na época, novo transplante a quem sofreu rejeição.

A paciente que aguardava a cirurgia para o dia seguinte era uma senhora de 61 anos, internada na UTI de renomado hospital.

Em outro leito de UTI distinta, encontrava-se a impetrante, jovem de 29 anos, mãe de uma criança de 6 anos. A petição inicial veio instruída pelos documentos necessários e acompanhada pela presença do marido e da criança à porta da Vara, com a presença do advogado. O pedido foi de clamor no sentido de que, sem o deferimento da medida liminar, a morte seria inevitável. E o pior foi que os telefonemas que realizei aos médicos das duas pacientes concluíram no mesmo sentido: a não realização do transplante no sábado seguinte acarretaria a morte das duas.

Qual o critério técnico que poderia embasar minha decisão judicial? E para sua constituição, de qual amparo profissional poderia me valer? Nem os princípios da hermenêutica constitucional foram suficientes para a solução sonhada. Dois direitos fundamentais em conflito. Com certeza, uma das decisões mais difíceis de toda a carreira, pois, em última análise, definiria quem não sairia com vida da UTI.

O fígado foi dado à impetrante, mais jovem, por conta, quiçá das lágrimas de seu filho, que se socorreu à minha mesa em ato de verdadeiro desespero. Mal imaginava que éramos dois nesta situação de angústia.

Costumo lembrar que neste caso concreto a providência foi divina, porque, no início da semana seguinte, um novo fígado surgiu em tempo para salvar a paciente idosa.

Em outra ocasião, nova ação foi distribuída por um jovem que, já há 8 anos padecia com dores horríveis decorrentes de infecção no osso. Amparado por um pedido médico subscrito por profissional da rede municipal de saúde, postulou procedimento cirúrgico para imediata amputação de sua perna. Afirmou que o não atendimento do pedido acarretaria seu óbito. Encaminhado à rede estadual de saúde, novo médico prescreveu tratamento endovenoso. Como afastar a urgência do pedido de amputação cirúrgica diante de duas prescrições contraditórias, e sem um parecer imparcial prévio? Qual princípio constitucional aplicar ao caso concreto?

Como conciliar a boa aplicação do direito aos casos criminosos, em que máfias atuam seja para implantação forçada de próteses ou stents, tão veiculadas pela grande mídia. A propósito, desvendou-se a atuação de organizações mafiosas da saúde, que agem intensamente em especialidades como ortopedia, cardiologia, neurologia e odontologia. E a

preferência por essas áreas está relacionada à denominada “máfia das próteses” que lucram com procedimentos cirúrgicos desnecessários.

Enfim, são exemplos para ilustrar como o magistrado é exposto a situações delicadas e que, na constituição da norma de decidir o caso concreto, é induzido a erro pelo vício na constituição de uma norma de cunho científico.

9. Providências plausíveis para o aperfeiçoamento da constituição da norma decisiva

A judicialização da saúde reclama mudanças urgentes para uma nova e mais segura visão do processo judicial. Muitas das providências se encontram fora do alcance do magistrado. Dele não dependem, embora de extrema importância no procedimento da decisão concreta.

A seguir passaremos a expor algumas reflexões sugestivas de aperfeiçoamento.

9.1. Das providências concretas e imediatas

Por vezes, o magistrado é levado a dispensar de sua análise detalhes que, pelo guiso da boa-fé, restariam subentendidos como corretos.

Com relação às *prescrições médicas*, reclamam observação especial os casos de:

- I – prescrições sem data;
- II – prescrições desatualizadas;
- III – prescrições sem assinatura médica;
- IV – prescrições firmadas por nutricionistas, fisioterapeutas ou enfermeiros;
- V – lançamento de inúmeros produtos no mesmo receituário (para que se proceda à análise individual de cada um dos itens);
- VI – prescrição médica sem a indicação do componente ativo do remédio postulado.

Quanto aos *documentos essenciais*:

1. necessidade da presença do relatório médico atualizado, subscrito pelo profissional responsável pelo tratamento do autor/paciente;

2. justificativa da rejeição do médico ao tratamento ou fármaco já disponibilizado pelo Poder Público;
3. exames laboratoriais recentes;
4. prescrição atualizada.

Análise da **capacidade do autor** para propositura da ação, pois se presente qualquer indicativo do comprometimento de sua compreensão dos atos da vida civil, deve-se impor o rigor da intervenção do Ministério Público.

Quanto aos **recursos técnicos** existentes:

- a) consulta ao site do fabricante dos medicamentos;
- b) consulta ao site do próprio Tribunal de Justiça, facilitada com a instauração dos processos digitais, tomando-se por base o nome do advogado e, a partir dele, a constatação sobre sua atuação conjunta com o mesmo médico ou laboratórios.
- c) consulta ao site da Secretaria/Ministério da Saúde para aferir se o componente ativo já é disponibilizado pelo Poder Público;
- d) pesquisa sobre eventual matéria veiculada pela grande imprensa para verificar se existe notícia de manejo ilícito de ações judiciais voltadas ao medicamento/tratamento postulado;
- e) quando da repetição do pedido em ações diversas, o diálogo entre colegas.

9.2. Das providências isoladas em determinadas Comarcas de São Paulo

No Estado de São Paulo, algumas Comarcas contam com o apoio de câmaras técnicas compostas por profissionais de confiança do Juízo e que atuam sem qualquer vínculo com o Tribunal de Justiça. Trata-se de trabalho gracioso fruto da iniciativa de diversos membros da comunidade jurídica e médica local.

Nessas situações, o magistrado poderá solicitar um parecer prévio do profissional da saúde que, de forma imparcial, deverá pronunciar-se sobre a pretensão inicial.

Na Capital paulista instalou-se, há aproximadamente 4 anos, o Setor denominado JEFAZ – fruto de conciliação entre a Secretaria da Saúde Estadual e Tribunal de Justiça. Localiza-se nas dependências no

próprio Fórum Hely Lopes Meirelles, onde estão lotados funcionários exclusivos da Secretaria da Saúde. Para lá são remetidos os processos iniciados em busca de uma composição entre paciente e Secretaria da Saúde que, por muitas vezes, resta frutífera.

No final de 2016, reinaugurou-se o Setor Maria Zélia, no Bairro do Belém, para onde o particular pode se dirigir e requerer, de forma direta, o medicamento. Há previsão de admissibilidade de remessa dos autos judiciais àquele Setor em busca de uma conciliação, mas, até o momento, não há dados concretos quanto à eficácia da providência em virtude do curto prazo transcorrido desde sua criação.

9.3. Das providências ideais

Uma vez provocado, o magistrado concretiza sua prestação jurisdicional. Contrariamente ao quanto se proclama, tem-se que eventual decisão favorável ao autor/paciente não busca alterar a política pública vigente. Resulta, sim, da falta de atuação do Poder Público em comprovar, nos autos judiciais, que o medicamento/tratamento postulado não é necessário ao autor ou, ainda, que o Poder Público já disponibiliza tratamento similar a todo cidadão.

Na Capital de São Paulo, constata-se que a grande maioria das ações judiciais é direcionada em face do Estado de São Paulo e, em sua defesa, atuam Procuradores do Estado respeitáveis e dedicados. Peço vênias para consignar o nome do Procurador do Estado Chefe do Setor responsável pela defesa do Estado nas ações de medicamentos, Dr. Luis Duarte. Sua dedicação incansável merece elogios. Mas o embate judicial reclama fortalecimento de toda a estrutura que dele não depende.

Das constatações de possíveis fraudes devem resultar procedimentos investigatórios coesos e, deles, publicar-se o resultado final de uma persecução criminal e ética célere.

Dos órgãos representativos das categorias espera-se uma atuação fiscalizadora rígida. A imprensa investigativa tem colaborado com a defesa da saúde. Não raras vezes, denunciam-se laboratórios ou médicos, que causam prejuízo concreto a um número imenso de pessoas. Os Conselhos Regional e Federal de Medicina devem ser chamados à responsabilidade, para extirpar do mercado o profissional desqualificado e inspirado pela má-fé. E à sua atuação deve ser dada publicidade.

Os laboratórios farmacêuticos devem firmar sua boa intenção instituindo exclusão dos que manipulam o mercado e motivam, de forma fraudulenta, a judicialização da saúde. Em tempos recentes, chegou ao meu conhecimento a existência de Associações de Laboratórios que, em tese, dedicam-se a essa prática. Uma dessas associações, composta por 54 laboratórios multinacionais, concretiza o cumprimento de seu Código de Ética com a aplicação de altas penalidades ao responsável indicado como infrator e, inclusive, exclusão de seu quadro associativo e imposição de multas elevadas a serem revertidas diretamente a entidades de caráter assistencial indicadas pela própria Associação. Da leitura do Código de Conduta da mencionada Associação, extraiu-se que a multa tem caráter punitivo e não poderá ser aproveitada pela empresa infratora para fins de inclusão em balanço social.

Levando-se com rigor e transparência tais estes procedimentos, todos estarão participando da consolidação dos valores constitucionais.

Órgãos públicos devem dialogar mais em busca de uma célere análise dos pedidos de incorporação de medicamentos, pois, uma vez incorporados, há o melhor atendimento à saúde pública com redução do custo do fármaco ou tratamento.

O processo de aprovação pelos órgãos públicos deve dar-se de forma transparente e rápida, com a possibilidade de participação de diversas áreas da saúde pública.

Deve partir do próprio Poder Público o interesse pelas doenças raras que, efetivamente, também representam um problema de saúde pública. Na última década, várias partes do mundo dedicaram-se à criação de políticas específicas voltadas a essa questão. Nossos órgãos públicos devem adiantar-se na abordagem do tema para propiciar soluções e ampliar o acesso do paciente à assistência, de modo a obstar a intervenção judicial. Há estudos que indicam que 95% das doenças raras não possuem tratamento e dependem de uma rede de cuidados paliativos, que garantam ou melhorem a qualidade de vida dos pacientes. No Brasil, essas doenças estão inseridas no rol de doenças genéticas. Mister-se faz dar continuidade e aperfeiçoamento à Política Nacional de Atenção Integral à Genética Clínica.

Registra-se, ainda, a relevância da implantação do suporte técnico ao magistrado, inspirado na medicina baseada em evidência. Trata-se da análise concreta do caso trazido a Juízo e seu confronto com todos os recursos medicamentosos já disponibilizados pelo Poder Público. O Conselho Nacional de Justiça menciona, com veemência, o propósito

de trazer para próximo da judicialização da saúde esse relevante instrumento, com o resguardo da necessidade da existência de um órgão independente na solução em caso de divergências.

Por fim, há a necessidade de se conferir contornos próprios aos efeitos objetivos da coisa julgada nas ações de medicamento, porquanto possível e, geralmente concreta, a possibilidade de sua revisão em procedimento específico. O estado de doença não é permanente. A indicação de medicamentos ou tratamento pelo médico pressupõe a possibilidade de regressão do quadro de patologia ou mesmo a total reabilitação. Do que se conclui que a obrigação estatal não é estática voltada ao exclusivo fornecimento do medicamento, mas, sim, de prover o beneficiário com o tratamento, na exata medida de sua necessidade.

E mais. Nos casos em que o paciente, de forma continuada e prolongada, não promove comportamento para retirada dos medicamentos que lhe foram destinados por decisão judicial, ao Poder Público é resguardado o direito de fazer cessar a obrigação, como resultado da presunção da perda do interesse na prestação material inicialmente postulada.

10. Conclusões

O direito à saúde como direito exigível envolve de forma direta a interpretação constitucional.

O ato de interpretar é por demais valioso. Ele constrói ou desconstrói. Afasta ou aproxima. Ao acolher a opção por um específico tratamento isolado, parece lançar por terra rigores econômicos e, com isso, abalar a estabilidade financeira de toda uma nação. Por consequência, ao Judiciário são lançadas, às cegas, inúmeras críticas.

No entanto, há que se desvendar a estrutura com que cada magistrado estadual conta para o exercício de sua função quando chamado à judicialização da saúde. E, a partir desse passo, buscar o aperfeiçoamento e, ainda, o engajamento responsável de toda a sociedade.

Ao intérprete não foi dado constituir um direito fundamental. A ele resta criar a norma de decisão que, como exposto, tem natureza híbrida multifacetária. A definição do aspecto científico que motiva a prestação material das ações ligadas à saúde deve ser estabelecida pelo magistrado, com amparo em conceitos técnicos e imparciais para o aperfeiçoamento da norma constitucional.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas das Comissões, 1987-1988*. p. 6. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 26.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada P. *O processo – estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros.

PIOVESAN, Flávia. A responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 215-216.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa – dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Da saúde. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1933. (Série Instituto Brasiliense de Direito Público).

As Cortes, os direitos socioeconômicos e teorias do diálogo: um desenvolvimento possível

Maria Isabel Romero Rodrigues Henriques
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

O fenômeno da judicialização dos direitos socioeconômicos tem sido bastante presente na literatura acadêmica, uma discussão que de certo modo envolve diferentes nuances e subtemas tomados a partir de algumas perspectivas importantes no campo do direito constitucional: o tema da teoria e separação dos poderes, do desenho institucional, da relação entre Cortes e Parlamentos, do ativismo judicial, da capacidade institucional, desempenho deliberativo para a proteção de direitos, modelos de separação de poderes mais ou menos dialógicos, todos eles com algum elemento de contato e aproximação que se desdobra em pensamentos teóricos sobre a concepção de democracia.

Também foram muitos os trabalhos já desenvolvidos na criação, reafirmação ou renovação de antigas tipologias e classificações dirigidas à iluminação de variáveis no tema da relação ente Cortes e Parlamento ou controle judicial e democracia, que permitiram uma análise com *status científico* e linguagem uniforme pela comunidade acadêmica, mas que muitas vezes se revelaram insuficientes para o verdadeiro estudo crítico das Cortes Constitucionais, que exige, além dos elementos normativos ou de desenho institucional, uma análise empírica, da realidade *viva* dos sistemas, dos contextos de erros e incertezas, da participação dos atores e das inúmeras variáveis que integram o processo de deliberação das Cortes.

O que se pretende discutir neste ensaio é uma combinação desses ingredientes, isto é, dos elementos normativos e empíricos, buscando-se expandir os limites convencionais da discussão do trinômio Cortes, direitos e mudanças sociais, para promover uma análise da Corte após

a decisão judicial (*beyond the courtroom*¹), num contexto que pretende afastar critérios idealizados para buscar respostas num ambiente de falibilidades e contingências, sujeitando-o ao “teste de realidade”².

Trata-se de fenômeno detectado nos países em desenvolvimento, países social e economicamente menos desenvolvidos e instáveis, em regra marcados por profundas desigualdades econômicas, sociais e políticas, como nos países da América do Sul, na África do Sul e na Índia, terreno fértil para o estudo dos direitos socioeconômicos, com produções inovadoras que fomentam o debate pelos pensadores do direito constitucional mundo afora. A experiência das Cortes Constitucionais desses países tem demonstrado que entornos jurídicos formalistas típicos da teoria constitucional tradicional não constituem suporte fundamental ao estudo das inovações judiciais ocorridas e aqueles que se propuseram a pesquisar este fenômeno realizaram contribuições importantes nos planos conceitual, metodológico e teórico da teoria constitucional. São autores que pretenderam analisar um “*ponto cego no debate*”, a partir da observação empírica a respeito do funcionamento dos três poderes do Estado para cumprir os deveres gerados em reconhecimento dos direitos sociais, com defesa empírica do ativismo judicial dialógico.³

César Rodríguez Garavito⁴ é o grande expoente desse movimento, cuja pesquisa teve como marco inicial uma decisão que ganhou proeminência e destaque no constitucionalismo comparado, a decisão “*T-025 de 2004*” da Corte Constitucional da Colômbia (doravante CCC), em que se reconheceu a situação dramática de três milhões de pessoas “*desplazadas*” (doravante entendidas como aquelas que sofreram um deslocamento forçado, segundo maior número no mundo depois de Sudão, segundo Acnur 2009) e um “*estado de coisas inconstitucional*”,

¹ Expressão utilizada por César Rodríguez Garavito, em *Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America*, *Tx. L.*, v. 89, p. 1669-1698, 2010-2011.

² COUTINHO, Diogo R. O direito no desenvolvimento econômico. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 26, jan. 2012.

³ O próprio autor Garavito indica que sua obra se complementa com outras publicadas na mesma coleção como *Constitucionalismo democrático*, de Robert Post e Reva Siegel, e *Por una justicia dialógica*, de Roberto Gargarella.

⁴ Especialmente três obras e um artigo: “*Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*” (Colección Dejusticia); *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global* (Colección Dejusticia), “*Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*” (Colección Estudios CIJUS), e artigo “*Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America*”, *Tx. L.*, v. 89, p. 1669-1698, 2010-2011.

uma “*violação massiva e reiterada dos direitos humanos da população carente*” e “*falhas estruturais das políticas do Estado colombiano são um fator central que contribuiu para tal estado*”.

O *desplazamiento* na Colômbia está inserido no contexto do conflito armado com início a partir de 1946, tendo aumentado significativamente a partir da segunda metade dos anos 1990, com êxodo massivo em várias partes do país, período que coincidiu com a expansão dos grupos paramilitares e com a ruptura dos diálogos de paz com as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). As principais razões para o abandono são as ameaças diretas, assassinato de familiares e parentes, os massacres e os combates armados. Até a metade dos anos 1990, a gravidade e magnitude do *desplazamiento* forçado eram atribuídas pelos sucessivos governos como decorrentes de razões econômicas e desastres naturais, **sem reconhecer a incidência do conflito armado como fenômeno, o que redundava na ausência de políticas públicas**. Somente em 1995, o Governo Nacional reconheceu que o *desplazamiento interno* estava ligado de maneira estreita à violência, sendo, ademais, um problema humanitário urgente que deveria se incorporar à agenda nacional, motivando a aprovação do Programa Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, a partir de quando se seguiram novas legislações sobre o problema.

A produção de Garavito insere-se num contexto de avanço quantitativo e qualitativo de ativismo judicial progressista, representado por decisões judiciais em casos estruturais voltados à discussão de violações aos direitos econômicos, sociais e culturais marcadas por injustiças socioeconômicas fundamentais de privação das condições materiais básicas de uma vida digna, acesso à educação, saúde e moradia juntamente com questões de minorias étnicas e raciais, vítimas da discriminação e imigração, no qual a CCC assumiu o *locus* de **mediação** para enfrentamento e discussão de tais direitos, com potencial para atuar como Poder inibidor dessas violações e promotor de transformações⁵ na realização dos direitos dos desafortunados, com impactos indiretos na sociedade civil, nos movimentos sociais e na opinião pública.

Desde 1997, a Corte Colombiana vinha tomando decisões de tal envergadura, em circunstâncias diversas, como a relativa à superlotação carcerária (*Sentencia T-153* de 1998), a que discutia falha à proteção nos direitos de defesa dos acusados (*Sentencia T-590* de 1998), a

⁵ *Juicio a la exclusión*: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global, p. 24.

relativa ao descumprimento por parte do Estado de incluir seus funcionários ao sistema de seguridade social (*Sentencia SU 090* de 2000) e aquela que ordenou ao Governo aprovar políticas para sanar falhas estruturais do sistema de saúde pública (*Sentencia T-760* de 2008), entre outras.⁶

O que singulariza a produção de Garavito é a apresentação de um argumento original, útil e juridicamente plausível, a partir da ênfase às decisões *mais ambiciosas* e *mais visíveis* da CCC. Sua teoria iluminou conceitos como efeitos diretos e indiretos⁷, decisões monológicas e dialógicas, efeitos simbólicos, remédios e monitoramento, além de ter introduzido metodologia e técnica de investigação quantitativa que permitiram medir os efeitos da decisão da Corte, com definição, escalonamento e diferenciação entre decisões dialógicas e monológicas a partir de três elementos: i) afirmação de direitos no conteúdo substantivo da sentença (efeitos materiais); ii) remédios (forte e fraco), e iii) monitoramento.

Ainda, foi capaz de reposicionar a equivocada noção de “ativismo judicial”, que tem sido utilizada de maneira generalizada tanto na literatura quanto no discurso acadêmico, sem observância da diversidade de significados e os diferentes níveis e formas de intervenção judicial⁸, quer no campo do reconhecimento de direitos⁹, quer na determinação dos remédios, acrescentando um terceiro elemento: o *seguimento* das medidas adotadas, isto é, o reconhecimento da legitimidade da Corte para supervisionar a implementação do direito, nas formas forte, moderada e fraca.

⁶ Curioso o relato do autor ao mencionar que a Colômbia foi considerada um dos países com violações mais graves dos direitos humanos, mas que passou a ser exportador de jurisprudência constitucional e de inovações institucionais para assegurar o cumprimento de decisões ambiciosas de direitos. Em *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Colección Dejusticia, p. 15.

⁷ Baseado no estudo de Michel McCann e Gerard Rosenberg, estabelece classificações ao traçar que as decisões podem ter efeitos diretos e indiretos. Os efeitos diretos consistem nas condutas ordenadas para a falha e afetam os atores do caso. Os efeitos indiretos são todas as determinações judiciais que derivam da sentença e afetam não somente os atores do caso, como, por exemplo, o surgimento de organizações na sociedade civil para participar do procedimento instaurado após a sentença e a transformação na maneira como os meios de comunicação informam sobre o tema. Além disso, as decisões ainda podem se classificar como instrumentais ou simbólicas. São instrumentais quando implicam na modificação da conduta dos indivíduos ou grupos, como criação de programas de atenção. Efeitos simbólicos são aqueles que implicam na mudança de ideias, comportamentos e percepções sociais sobre o tema objeto dos litígios, mudanças culturais ou ideológicas.

⁸ *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. p. 26.

⁹ O reconhecimento de direitos fortes, segundo Garavito, está relacionado à concepção de “núcleo mínimo” e à competência dos juizes para exigir a um governo que garanta ao menos um nível mínimo (núcleo) de bem-estar material. p. 28.

Seu argumento principal está no estabelecimento de uma relação entre o tipo de decisão tomada pela Corte e a efetivação/eficácia de direitos socioeconômicos no contexto pós-julgamento, de tal modo que quanto mais forte, eficiente e diligente o acompanhamento maior será o impacto da decisão da Corte quanto à transformação do direito social. Distingue as decisões dialógicas das monológicas afirmando que a decisão monológica envolve ordens precisas (remédios fortes), enquanto numa decisão dialógica a Corte tende a desenhar procedimentos e metas amplas (remédios moderados), decisões que importam em transferência para o governo da função de desenhar e implementar as políticas públicas e inclusão de novas Instituições, Agentes e Atores Sociais no diálogo, com perspectiva de real transformação da política pública questionada¹⁰.

A T-025¹¹ é um caso substantivamente importante porque identifica os casos passíveis de alcançaram a CCC, denominados “litígios estruturais” ou “casos estruturais”, como aqueles que: i) afetam um número grande de pessoas que alegam violação de direitos, por meio de organizações e associações das comunidades atingidas. A Corte agrupou 108 demandas, propostas em 22 cidades por 1.150 famílias compostas em média por quatro membros¹²; ii) envolvem várias entidades estatais demandadas como responsáveis pelas falhas sistemáticas de políticas públicas; iii) exigem ordem e determinações completas da Corte, mediante as quais é possível instruir as várias entidades públicas a empreender ações coordenadas para proteger toda a população afetada. A decisão da Corte teve amplo alcance por se tratar de um caso estrutural, com variadas vantagens, pois permitiu a concentração das causas sistêmicas, evitando decisões judiciais caso a caso; ofereceu a concentração da decisão pela Corte com mecanismos de seguimento e supervisão; fomentou o diálogo significativo e colaborativo entre o Estado e a sociedade civil.

A CCC promoveu determinações definidas como “efeitos deliberativos”, estabeleceu um comando fluido e aberto que permitiu a abertura para intenso envolvimento da sociedade civil na criação e implementação de programas para enfrentamento da crise humanitária gerada

¹⁰ Foram analisadas pela Corte 108 demandas, atingindo 1.150 famílias. *Más allá del desplazamiento...*, p. 26.

¹¹ *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, p. 22.

¹² *Idem*, p. 81.

pelo *desplazamiento* forçado, a partir da: i) criação de um plano de ação para superar o estado de coisas inconstitucional; ii) realização de todos os esforços possíveis para atender aos “*desplazados*”; iii) garantia de direitos mínimos para as situações mais graves e urgentes (mulheres, crianças, idosos), com fixação de um prazo de seis meses para cumprimento.¹³

Embora a CCC tenha dedicado atenção na identificação de uma larga lista de falhas estatais no ciclo da política pública (omissões, práticas inconstitucionais), ela limitou-se a reconhecer que o recurso orçamentário já reservado era insuficiente para satisfazer a demanda, proteger os direitos e dar cumprimento às políticas já previstas em lei. A Corte não exigiu um gasto preciso por parte do Governo, nem destinação de montante determinado, mas sua decisão serviu como elemento de pressão para deflagrar a atenção do Governo à população *vítima do deslocamento forçado*, tendo as Instituições exercido um esforço para cumprir suas funções.

A Corte determinou à Administração Pública realização de cálculo com as quantias necessárias para atender à emergência do *desplazamiento*, devolvendo o problema ao Executivo, redundando no cumprimento em destinação de verba para financiamento da política pública.¹⁴

A CCC estabeleceu um monitoramento (sentença em movimento) quanto ao cumprimento da decisão de alocação de recursos e atendimento aos *desplazados* pelos entes governamentais e demais atores sociais. Durante dez anos, a Corte conservou sua jurisdição sobre o caso com o fim de obrigar o cumprimento e avaliação do progresso do governo. Tais medidas, embora num primeiro momento pudessem despertar a reação quanto ao baixíssimo resultado, revelaram-se de grande impacto simbólico¹⁵. Marcaram-se audiências públicas, sessões técnicas celebradas por regiões com participação de associações locais e a criação de uma Sala Especial em Seguimento, todas voltadas a um

¹³ *Cortes y cambio social...*, p. 206.

¹⁴ Em ternos financeiros, a cifra de 4,7 bilhões de pesos calculadas pelo Governo no período de 1995-2004 e 1,3 bilhões de pesos para a solução da política de atenção integral à população desplazada.

¹⁵ Ao estabelecer um “*proceso de seguimiento regular*”, seguiram-se quatro fases, com participação pública, audiências públicas, entrevistas ao longo de 10 anos, sendo que até abril de 2014, havia a Corte celebrado um total de 20 audiências; sessões técnicas, regionais e informais. Tal ordem de determinações fez criar a “*Sala Especial de Seguimiento*”, com o fim de assumir a responsabilidade de avaliar o progresso, o atraso e superação da determinação, com adoção de decisões substantivas e processuais relacionadas com a T-025.

largo e sofisticado processo de construção de indicadores para medição de avanços e retrocessos no direito dos *desplazados*¹⁶.

As decisões da CCC romperam com a tradicional noção de “*bloqueio institucional*” dos casos relacionados aos direitos socioeconômicos nos quais se critica a capacidade institucional da corte em promover o desenho da política pública (alcance, abrangência, orçamento, receita), inviabilizando a concessão de remédios aos demandantes para, ao contrário, assumir o papel de fortalecimento da capacidade institucional dos demais agentes.

O *efeito desbloqueador* fez nascer um novo tipo de ativismo judicial denominado “dialógico”, que buscou responder às demandas de “*proteção de direitos*” com mecanismos institucionais que se diferenciam dos precursores do ativismo clássico: i) o ativismo dialógico tende a oferecer ordens mais abertas e remédios mais fracos; ii) tende a abrir um processo em seguimento para discussão de alternativas de políticas públicas para solucionar o problema estrutural detectado e a falha; iii) as ordens não implicam obrigações de resultado muito precisas, cabendo à autoridade pública desenhar e implementar políticas que avancem na proteção dos direitos dos vulneráveis; iv) tende a incluir mais atores sociais no processo de seguimento¹⁷; v) tende a ser mais eficaz, no sentido de gerar maiores efeitos para o direito social (em oposição às decisões monológicas (nas quais o juiz simplesmente concederia o direito requerido pela parte, sem transformar o direito social).

No caso da decisão T-025, todos os efeitos acima descritos puderam ser percebidos, como a formulação e implementação de novas normas e políticas públicas por parte das Autoridades, inclusão da ONG litigante nas audiências e no processo em seguimento, na melhoria do financiamento e prestação de alguns serviços aos “*desplazados*”, percepção pública de que o “*desplazamiento*” tende a ser visto como um grave problema de violação de direitos humanos e transformação da opinião pública sobre a gravidade e urgência do problema.

Garavito aposta na importância de detectar os efeitos materiais e simbólicos das decisões das Cortes. Baseado nas evidências de seus estudos de caso, defende que os efeitos relevantes compreendem não apenas a ação governamental específica, que se destina a cumprir o

¹⁶ *Cortes y cambio Social...*, p. 196.

¹⁷ *Idem*, p. 55.

mandamento da sentença ou concessão de remédios, mas também o reposicionamento dos direitos sociais como problemas de direitos humanos, o fortalecimento das capacidades de lidar com tais problemas, a formação de coalisões para incorporar a causa no processo de implementação da decisão, a promoção de deliberação pública e uma *busca coletiva* de soluções em questões complexas de alocação de recursos.

Garavito identificou os efeitos das estratégias jurídicas de movimentos e os efeitos indiretos do litígio, muitas vezes superiores aos diretos, apontando que embora as vitórias judiciais declaradas pelas Cortes não tenham se traduzido automaticamente na mudança social desejada, puderam ajudar a redefinir o término das disputas entre grupos ou trazer profundos efeitos simbólicos e transformadores. Promove uma análise interna da Corte, reconhecendo sua legitimidade para enfrentando e controle de políticas públicas, a partir de um pensamento que enxerga virtudes no processo judicial por meio de um olhar diferenciado para a teoria da separação de poderes, buscando a possibilidade de busca permanente de soluções coletivas também pelo Poder Judiciário a partir do “ativismo dialógico”.

Algumas variações de ordens mais ou menos “abertas” podem ser constatadas nas cortes constitucionais sul-africana e argentina¹⁸, decisões que muitas vezes debilitaram a concessão do almejado “remédio” ou que não foram capazes de atender as providências requeridas, crítica que não afasta a virtude da originalidade da teoria, que soube apresentar uma metodologia para representação de um fenômeno e a defesa do ativismo dialógico como tipo ideal para análise de casos estruturais dentro da teoria política constitucional, na busca de equilíbrio dos valores de proteção de direitos e o imperativo democrático da separação de poderes¹⁹, abordagem com potencial para ser replicada numa variedade de casos voltados à discussão dos direitos sociais.

A abordagem de Garavito tem potencial para ser replicada numa variedade de casos voltados à discussão dos direitos sociais. A agenda envolvendo políticas públicas, aquela voltada ao reconhecimento e implantação de direitos socioeconômicos, tais como prestações relacionadas ao direito à saúde, à moradia, à educação, ao direito dos presos,

¹⁸ Como no famoso caso *Govt of the Republic of South Afr v. Grootboom* (na literatura, Pearlle Joubert, Grootboom dies homeless and penniless, *Mail & Guardian Online*, Aug. 8, 2008) e no caso *Verbisky*.

¹⁹ *Cortes y cambio social...*, p. 57.

é uma agenda ainda “aberta”, em que se permite sejam aplicadas várias teorias de Poder e métodos de interpretação do direito, mas que também envolve estudos e investigações, lógicas jurídicas e econômico-administrativas, que convidam quer o estudioso, quer o aplicador do direito (Executivo, Parlamento e Cortes) a lhe dar um sentido compartilhado, isto é, um maior engajamento, aproximação dos atores sociais que colocam o discurso supremacista em xeque, quer sob o ponto de vista da legitimidade democrática, quer, e principalmente, sob o ponto de vista de resultados eficientes e duradouros.²⁰ Eis o fio condutor da investigação de Garavito.

²⁰ *Cortes y cambio social...*, p. 194.

Bibliografia

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito de Estado*, n. 18, abr./maio/jun. 2009.

COUTINHO, Diogo R. O direito no desenvolvimento econômico. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 26, jan. 2012.

GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? *Perfiles Latinoamericanos*, n. 28, p. 9-32, 2007.

GARGARELLA, Roberto. Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales? In: ARANGO, Rodolfo (Ed.). *Filosofía de la democracia – fundamentos conceptuales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Universidad de los Andes: Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales, 2007. p. 377-408.

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Aldershot: Ashgate, 2006.

Interpretação constitucional e o princípio da duração razoável do processo: contribuição da análise empírica do Direito

Maria Rita Rebello Pinho Dias

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Resumo: O presente artigo pretende evidenciar a importância da análise empírica do direito para orientar a interpretação do princípio constitucional da duração razoável do processo.

O princípio processual constitucional da *Duração Razoável do Processo* encontra-se assegurado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal e foi inserido em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004. Trata-se, portanto, de inovação recente, cujo impacto na prática processual ainda precisa ser dimensionado pelos operadores do direito.

A doutrina que se dedica ao estudo do referido princípio destaca a ênfase que o legislador deu ao tempo de duração do processo, indicando sua importância para a adequada prestação da atividade jurisdicional, ponderando, contudo, com base em normas de interpretação constitucional em caso de conflito de princípios, que a busca por tal objetivo não pode ser feita com prejuízo do contraditório, ampla defesa e demais princípios incidentes no sistema processual brasileiro: “[...] O que se deve buscar não é uma ‘justiça fulminante’, mas apenas uma ‘duração razoável do processo’, respeitados os demais valores constitucionais.”¹.

O princípio em análise consiste em inovação recente e extremamente significativa inserida pelo constituinte, pois instituiu como vetor da prestação jurisdicional a imprescindibilidade não apenas de

¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 365.

considerar valores éticos e orientadores da tramitação em si do processo (como isonomia, devido processo legal, acesso à justiça, ampla defesa, contraditório, entre outros), mas também a necessidade de atentar à sua efetividade, impondo-lhe compromisso com o resultado a ser obtido. Ao proceder dessa maneira, o constituinte destacou a necessidade de que a tutela jurisdicional seja, além de imparcial, útil.

Ao inserir na Constituição Federal o referido princípio, evidenciou-se que não basta que o processo seja conduzido de forma imparcial, assegurando às partes envolvidas igual oportunidade para manifestação, ele também necessita durar um “tempo razoável”, após o qual a tutela pretendida perde necessidade e importância aos jurisdicionados, tornando-se, portanto, inútil.

Desse modo, exige-se do magistrado que sua atuação seja efetiva, ou seja, que entregue a satisfatória prestação jurisdicional solicitada dentro de um prazo tal que ela continue útil para solucionar o conflito a que se refere. Ocorre, contudo, que a verificação prática da observância do princípio da duração razoável do processo impõe aos estudiosos do direito grandes desafios. Como aferir, no caso concreto, qual seria o tempo de duração razoável de um processo?

Ressalta-se que o Poder Judiciário brasileiro é extremamente complexo, organizado em várias instâncias e competências, as quais, por sua vez, enfrentam conflitos próprios com características peculiares. Diante de tais particularidades, como apurar em cada caso específico qual seria o tempo de duração razoável do processo? A métrica aplicada à Justiça Estadual pode ser aplicada, com a mesma eficiência, à Justiça Federal, por exemplo?

As constatações apresentadas acima trazem alguns questionamentos: diante dessa realidade normativa e constitucional, as teorias existentes que orientam a interpretação constitucional são suficientes para viabilizar a adequada aplicabilidade, no caso concreto, do princípio da duração razoável do processo?

1. A abordagem empírica

A inserção de valores que exigem efetividade e eficiência do Poder Judiciário reforça a necessidade de o operador do direito efetuar outras abordagens em relação à sua realidade, que não apenas aquela essencialmente dogmática, teórica e jurídica.

É necessário compreender a realidade, antes de se proceder a uma abordagem dogmática, valorativa e intelectual, aplicando técnicas para aferir a preponderância de um ou outro princípio em um determinado caso concreto. Somente com a compreensão da realidade, será possível identificar fatores empíricos que a influenciam, provocando dificuldades e desafios à tramitação célere dos processos.

Sobre a questão, a doutrina destaca:

A razoabilidade da duração do processo deve ser aferida mediante *critérios objetivos*, já que não se afigura possível o tratamento dogmático apriorístico da matéria. Comporta, portanto, verificação da hipótese concreta.²

Compreendida a realidade e identificados os motivos fáticos que impedem uma tramitação célere do processo, tanto em razão de questões internas – de organização dos serviços judiciários em si – quanto externas – características das demandas que são submetidas à análise do Poder Judiciário –, será possível, em um momento subsequente, interpretar normas e a Constituição, concluindo-se sobre as melhores estratégias para se atender e implementar a exigência constitucional da duração razoável do processo em um caso específico.

Evidencia-se, desse modo, a necessidade de se obter dados empíricos da realidade.

Muito embora já existam diversas pesquisas com viés empírico, a questão ainda é desconhecida para muitos operadores do direito.

Assim, por exemplo, observou-se em estudo realizado sobre cartórios judiciais pelo PNUD/CEBEPEJ/Direito GV que o processo passa entre 80% a 95% do tempo de tramitação no cartório, sendo este fator determinante para o atraso, concluindo:

[...] Isso significa que a mera alteração nos procedimentos e prazos processuais sem a correspondente e necessária modernização dos sistemas de gestão dos cartórios judiciais trará pouco ou nenhum impacto no tempo de duração do processo.³

² NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 361.

³ FERRAZ, Leslie. *Novo CPC não simplifica procedimentos judiciais, nem diminui sua duração*. 20/12/2014. (Extraído do site Migalhas).

Ainda que esse estudo não seja recente, assusta a constatação de que, na época em que foi feito, entre 80% a 95% do tempo do processo ele se encontra em cartório. Assusta ainda mais constatar que um importante fator de morosidade processual referia-se a uma questão de organização de fluxo interno de trabalho.

Ao contrário do que ocorre com o direito processual civil, que é estudado profundamente por muitos operadores e estudiosos do direito, sendo alvo de muitos livros e artigos, pouco ou quase nada se dedica à compreensão da realidade das serventias judiciais, ou a forma como organizam os seus fluxos de trabalhos internos.

Assusta observar que o local em que os processos ficam, em média, de 80% a 95% de seu tempo de duração, seja tão pouco conhecido do operador do direito em geral.

Vale destacar que as regras de direito processual civil, que são tão amplamente debatidas entre os operadores do direito e que concentram tanta energia de estudos, não têm grande (para não dizer nenhuma) repercussão na forma como os fluxos de trabalho dentro das unidades judiciais se organizam.

Sobre esse ponto se poderia contra-argumentar que o Novo Código de Processo Civil instituiu princípios organizadores das atividades dos cartórios judiciais. Assim, por exemplo, a ordem cronológica de julgamento e de processamento (arts. 12 e 153 do NCPC).

Ocorre, todavia, que a escolha pelo critério “ordem cronológica” dos processos foi feita sem respaldo em estudo empírico que acusasse que existe um problema crônico do Poder Judiciário em não observar, como regra, o processamento dos feitos conforme ordem cronológica, e que a observância da ordem cronológica seria critério indispensável para se atender à exigência constitucional da duração razoável do processo.

A experiência prática – e até mesmo impressão intuitiva de operadores de direito – poderia apontar que, para se permitir adequada vazão de todos os processos de uma unidade judicial, talvez fosse necessário não observar a ordem cronológica para alguns processos, em regra mais complexos e que demandam maior estudo e aprofundamento, sob pena de se impedir que todos os demais tenham andamento. Também a impressão intuitiva poderia apontar que, mesmo esses casos mais complexos, não podem ficar aguardando indefinidamente a apreciação pelo magistrado, sob pena de se denegar efetividade ao princípio da duração razoável do processo.

As hipóteses mencionadas no parágrafo acima deveriam ser alvo de análise aprofundada, empírica, para se permitir compreender, adequadamente, em que situação há efetivo atraso, que importa em denegação do princípio da duração razoável do processo, distinguindo da situação em que o “atraso cronológico” consiste em medida necessária para se permitir o atendimento ao mesmo princípio.

Sem um estudo como esse, a exigência estrita do atendimento à ordem cronológica que, em uma análise mais apressada, pareceria ser um meio para se atender à exigência constitucional da duração razoável do processo, poderia resultar em tumulto no processo ou na unidade judicial, tornando-se mais um dos fatores que ensejam o atraso. Consequentemente, o legislador fez bem em relativizar o princípio, indicando que a ordem cronológica deveria ser observada “preferencialmente”.

O exemplo acima apenas evidencia a importância da adequada compreensão da realidade que circunda a prestação jurisdicional e a tramitação de processos para se permitir interpretar, no caso concreto, o atendimento ao princípio da duração razoável do processo. Evidencia, ainda, que sem essa análise empírica, a discussão sobre a razoável duração do processo é subjetiva e enviesada por hipóteses intuitivas e pessoais, que muito pouco contribuem para o atingimento de uma efetiva prestação jurisdicional célere e tempestiva.

Necessário, portanto, investir-se no desenvolvimento de análises empíricas do direito e do melhor conhecimento da realidade em que se opera a tramitação de processos e o desenvolvimento da atividade jurisdicional.

Sobre a questão, Heitor Vitor Mendonça Sica afirma que:

[...] Não sem algum atrevimento, arriscaria vaticinar que, num futuro distante, poderíamos ter dois “ramos” diferentes (embora obviamente complementares) da ciência jurídica processual: o *direito processual civil* propriamente dito, focado no funcionamento interno do instrumento processual, e o *direito judiciário civil*, focado na operação de todo o sistema de distribuição de justiça civil. *Mutatis mutandis*, a diferença entre esses ramos da ciência processual seria similar àquela existente entre *microeconomia* e *macroeconomia*, respectivamente, para cuja ilustração se usa frequentemente a metáfora da *árvore* e da *floresta*, respectivamente.

Assim colocado, o *direito judiciário civil* – ou, para usar outra expressão, o *direito macroprocessual*, em contraposição ao *direito microprocessual* – contemplaria de maneira mais intensa influxos de outros “ramos” do Direito (em especial o direito constitucional e o direito administrativo) e de outros campos do conhecimento (como a política, a sociologia e a economia). O estudioso do processo civil, com as ferramentas que historicamente lhe vêm sendo dadas, ainda não está preparado a se desincumbir adequadamente da tarefa de percorrer esse segundo campo de análise. Diante de tal quadro, há duas alternativas (não necessariamente excludentes): ou se requalifica a formação do processualista ou haverá de se estabelecer maior diálogo com os cultores de outros campos do conhecimento humano.⁴

2. Parâmetros já existentes: a Taxa de Congestionamento – TC e o Índice de Atendimento da Demanda - IAD

Já se destacou, acima, a importância de se efetuar uma abordagem empírica, para se permitir melhor interpretação e implementação do princípio da duração razoável do processo. A questão que surge é como efetuar tal análise?

A abordagem empírica é um grande desafio para os operadores de direito, que, tradicionalmente, são formados em escolas que dão muita ênfase em teorias dogmáticas e quase nenhum conhecimento sobre realização de pesquisas empíricas e em estatística.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atento à necessidade de se conhecer adequadamente a realidade que permeia o desenvolvimento das atividades jurisdicionais, editou a Resolução n. 76/2009, na qual apresentou alguns indicadores, tais como: a Taxa de Congestionamento (TC) e o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), como produtividade por magistrado ou por servidor, tempo médio por sentença, entre outros.

⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. *Revista de Processo*, v. 39, n. 236, p. 13-16, out. 2014.

Esses indicadores são apurados em cada tribunal e instância e consolidados em relatórios anuais denominados “*Justiça em Números*”, elaborados pelo CNJ e que se tornam ferramentas úteis para início de estudo empírico.

As informações constantes nesse relatório anual proporcionam grande autoconhecimento ao Poder Judiciário, permitindo que se apure com maior precisão quais são os obstáculos a serem superados para se obter a “duração razoável” do processo.

Apenas para ilustrar a situação narrada acima, segue breve explicação dos indicadores TC e IAD.

A **Taxa de Congestionamento (TC)** corresponde ao percentual de processos que não foram baixados em seu grau de jurisdição até o final do período. Aponta o acervo da unidade judicial. Pode ser resumido na seguinte fórmula:

$$TC = \frac{\text{casos pendentes de baixa}}{\text{casos que tramitaram}} \\ (\text{pendentes de baixa} + \text{casos novos})$$

Já o **Índice de Atendimento à Demanda (IAD)** mostra, em tese, a capacidade de o Tribunal dar vazão de seus processos diante de novas demandas, impedindo, portanto, o crescimento do acervo de suas unidades. Pode ser resumido na seguinte fórmula:

$$IAD = \frac{\text{total de baixados}}{\text{casos novos}}$$

Os casos baixados são aqueles em que: (i) houve remessa a outros órgãos judiciais competentes, vinculados a outros tribunais, ou (ii) foram remetidos à instância superior/inferior, ou (iii) foram arquivados definitivamente ou, por fim, (iv) em que houve decisão que transitou em julgado com início da liquidação/cumprimento de sentença. Casos pendentes de baixa são todos os outros processos que não se encontram nessa situação.

O CNJ alerta para a possibilidade de que os autos que já haviam sido baixados retornem a tramitar sem configurar um caso novo,

engrossando o número de casos que integram o acervo. É o caso de sentenças anuladas nas instâncias superiores, de remessa e retorno de autos entre tribunais em razão do declínio de competência ou devolução dos processos para instância inferior para aguardar julgamento dos recursos repetitivos ou em repercussão geral.

Conforme já mencionado, os indicadores mencionados acima podem ser apurados considerando o 1º ou 2º grau, o estágio processual (conhecimento ou execução) ou, ainda, sua proveniência (Justiça Estadual, Federal, Eleitoral, entre outras). Podem, também, ser apurados considerando cada unidade judicial específica.

O ideal é que o IAD permanecesse superior a 100%, indicando a capacidade de o tribunal dar vazão aos processos recebidos, sem gerar, em tese, acervo.

Em 2015, o CNJ passou a apurar também a “taxa de congestionamento líquida”, em que desconsidera os processos suspensos, em arquivo provisório ou sobrestados.

Os dados colhidos de todos os indicadores, consolidados no relatório *Justiça em Números*, trazem informações significativas e que são extremamente úteis para identificar a atual situação do Poder Judiciário e seus principais gargalos, permitindo, assim, refletir sobre as causas de eventuais atrasos na prestação de jurisdição e a propositura de estratégias para seu enfrentamento.

Percebe-se, portanto, que a análise empírica da realidade é ferramenta útil para orientar a interpretação do princípio constitucional da duração razoável do processo.

3. Aplicação de parâmetros e sua utilidade: alguns exemplos

O relatório *Justiça em Números* de 2016 destaca o impacto negativo gerado pela fase de execução para o Poder Judiciário, seja em razão do volume, seja em razão das altas taxas de congestionamento. Esclarece que existe acervo na justiça brasileira de quase 74 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2015, dentre os quais, 51,9% se referiam à fase de execução.

Indica, ainda, um “termômetro da taxa de congestionamento”⁵, elaborado com base em dados médios extraídos de todas as competências e instâncias da justiça brasileira. O referido “termômetro” relaciona as taxas de congestionamento apuradas, indicando-se da pior

para a melhor. Essa análise permite verificar as ações em que o Poder Judiciário encontra maior dificuldade em dar vazão:

- 1) execução fiscal, TC = 92%;
- 2) execução extrajudicial não fiscal, TC = 80%;
- 3) execução judicial criminal (1ª instância), TC = 78%;
- 4) conhecimento criminal (1ª instância), TC = 72%;
- 5) execução judicial não criminal (1ª instância), TC = 66%;
- 6) conhecimento não criminal (1ª instância), TC = 62%;
- 7) Turmas Recursais, TC = 56%;
- 8) Tribunais Superiores, TC = 54%;
- 9) 2º Grau, TC = 49%.

O relatório ressalta sua preocupação com as altas taxas de congestionamento nas execuções, pois, a seu ver, de nada adiantaria proferir sentenças com celeridade, se há dificuldade de o Poder Judiciário entregar efetiva prestação jurisdicional na execução:

[...] As dificuldades para se efetivar a tutela jurisdicional apontam, contudo, para um problema grave, pois, na prática, de pouco adianta envidar esforços para solucionar rapidamente o mérito do conflito se o Poder Judiciário não consegue entregar, de maneira efetiva, a prestação jurisdicional a quem faz jus.⁶

Essa orientação é uma, entre outras, que irá direcionar a elaboração de resoluções normativas pelo CNJ.

Os dados acima são muito ricos para uma reflexão séria do Poder Judiciário e também para tentar identificar, diante das constatações empíricas apuradas, se os demais operadores do direito e a sociedade civil em geral têm adequada compreensão dos problemas que são enfrentados para entregar a prestação jurisdicional. Tais dados também podem ser empregados para subsidiar eventual “prestação de contas” pelo Poder Judiciário à sociedade, justificando em algumas situações eventuais dificuldades para o desempenho de sua função.

Vejo com ressalvas, por exemplo, a conclusão acima transcrita, apresentada no relatório. Parece desmerecer esforços para obter

⁵ *Justiça em Números*, 2016, p. 62.

⁶ *Justiça em Números*, 2016, p. 61.

solução rápida do mérito, em processos de conhecimento, por imputar ao Poder Judiciário exclusiva responsabilidade por, na fase de execução, tornar concreta a prestação jurisdicional assegurada.

Parece ser equivocada a premissa de que, na fase de execução, o Poder Judiciário é o único responsável por proporcionar à parte a concreta prestação jurisdicional pretendida. Notório que a fase de execução encontra limites que estão fora do alcance de atuação do magistrado. Muitas execuções não são encerradas e ficam aguardando andamento em arquivos provisórios porque não foram localizados bens no patrimônio do executado.

A demora em se “baixar” uma execução (por arquivamento definitivo, por sentença transitada em julgado, por remessa a outros órgãos judiciais vinculados a outros tribunais ou remetidos a diferente instância) não necessariamente pode ser imputada à deficiência do Poder Judiciário em entregar de forma efetiva a prestação jurisdicional postulada.

Na grande maioria dos casos as execuções não são baixadas, pois não se localizam bens do executado em montante suficiente para satisfazer a pretensão do exequente. Nesses casos, os processos, em regra, são encaminhados para arquivo provisório, aguardando andamento ou, se isto não ocorrer, a prescrição intercorrente.

Mesmo diante da prestação jurisdicional necessária para aquela situação, esse processo continua contabilizando como acervo, inflacionando a taxa de congestionamento. Passa-se a equivocada impressão de que não houve atuação jurisdicional, enquanto, na verdade, houve esgotamento das medidas que o magistrado poderia ter tomado nessa situação.

Ocorre, todavia, que “baixar” ou não esse processo independe da atuação do Poder Judiciário, de modo que não pode ser considerada como situação a ele afeta, pelo menos para fins de se apurar sua produtividade.

Nessa mesma situação se encontram processos suspensos por determinação de instâncias superiores, aguardando solução de recursos repetitivos ou incidentes de resolução de demandas repetitivas, por exemplo.

As altas taxas de congestionamento de processos executivos não necessariamente demonstram uma incapacidade de o Poder Judiciário entregar efetiva tutela jurisdicional, como é o caso das execuções civis comuns. Há, sempre, o limite do possível, que se encontra nos bens que compõem o patrimônio do executado.

Constata-se, assim, que análises apressadas e não aprofundadas das informações decorrentes dos relatórios elaborados pelo CNJ podem não refletir necessariamente um problema concreto existente no Poder Judiciário.

Evidencia-se, portanto, a necessidade de se conhecer a extensão dos critérios propostos pelo CNJ para medir se o Poder Judiciário está cumprindo adequadamente sua função de entregar às partes demandantes efetiva prestação jurisdicional, e, portanto, dando atendimento em concreto ao princípio da duração razoável do processo. Somente assim será possível refletir sobre eles e apresentar análise crítica.

O relatório *Justiça em Números* desse ano trouxe inovação ao mencionar a “taxa de congestionamento líquida”, excluindo os processos em arquivo provisório, sobrestados ou suspensos. Trata-se de ajuste necessário, uma vez que, conforme visto acima, em tais situações o acervo existente provavelmente não foi criado em razão de inércia de magistrados ou deficiência do Poder Judiciário, mas, sim, dos próprios limites de sua atuação – como é o caso da falta de outros bens do executado para serem alvo de constrição – ou legais – como é o caso dos recursos pendentes, parcelamentos em acordos, entre outros.

Ainda que as informações extraídas do relatório *Justiça em Números* possam ser alvo de algumas observações críticas, o fato é que os critérios acima mencionados permitem a criação de dados objetivos, ao longo dos anos, que proporcionam melhor conhecimento da atuação do Poder Judiciário e de suas dificuldades.

Permitem, também, a discussão de hipóteses diversas parametrizadas nos mesmos dados objetivos e concretos.

A comparação entre a taxa média da justiça brasileira de congestionamento dos processos de conhecimento não criminal (TC = 62%) e das execuções comuns (TC = 80%) traz algumas reflexões interessantes.

Lembro que a taxa de congestionamento indica os casos pendentes de baixa, com relação aos casos que tramitaram. Constata-se que a baixa dos processos de conhecimento é de quase 40%, enquanto nas execuções é de 20%.

Importante destacar que essa taxa de congestionamento não indica os processos que não foram julgados. Essa informação é medida pelo Índice de Atendimento da Demanda - IAD.

O relatório *Justiça em Números* indica que o IAD médio da justiça estadual brasileira é de 105%. Depreende-se dessa informação que o Poder Judiciário Estadual julgou número de processos superior àqueles

que recebeu em um ano, permitindo concluir que demonstrou capacidade de enfrentar os seus processos novos e também o seu acervo.

O IAD da justiça estadual brasileira seria indicativo de que, apesar das atuais taxas de congestionamento, haveria perspectiva de enfrentar seu acervo ao longo dos anos por meio do julgamento, pelo menos no seu espaço de “manobra possível”, ou seja, no tocante aos processos de conhecimento.

Nesse ponto, contudo, o relatório indica que apesar das taxas de IAD da justiça estadual brasileira, constata-se um aumento da TC nos últimos anos. Com relação à Justiça Estadual, o relatório *Justiça em Números* aponta que o ano de 2015 finalizou com aproximadamente 59 milhões de processos em tramitação e, mesmo tendo baixado cerca de um milhão de processos a mais do que o quantitativo que entrou (IAD de 105%), o estoque aumentou 3% (em 1,7 milhão de processos) em relação ao ano anterior⁷.

Como explicar o crescimento do acervo se o índice de atendimento da demanda aponta que ele está sendo enfrentado?

O relatório *Justiça em Números* traz uma hipótese para justificar o aumento do TC da Justiça Brasileira, apesar de uma IAD superior a 100%. Aventa para a possibilidade de que isso se deva ao fato de que alguns processos retornem a tramitar após o primeiro movimento de baixa, como, por exemplo, no caso de sentenças anuladas, ou processos que foram devolvidos após declínio de competência.⁸

Em que pese à hipótese aventada no parágrafo acima, é importante observar que não foi submetida à verificação empírica, tratando-se de especulação. Seria muito interessante estudar essa situação, até mesmo para se verificar se os parâmetros de análise adotados – TC, IAD, por exemplo – foram fixados em bases corretas.

Identificar o motivo pelo qual a taxa de congestionamento da Justiça Brasileira continua a aumentar, apesar de estar julgando processos em número superior aos distribuídos ao ano, consiste em medida que contribuiria muito para orientar a atuação de magistrados e dos tribunais, permitindo que se compreendesse, se o caso, as principais causas de anulação de sentenças ou de conflitos de competência. Esse “autoconhecimento” permitiria que os magistrados ficassem alerta para evitar essas situações e, eventualmente, houvesse normatização da questão.

⁷ *Justiça em Números*, 2016, p. 97.

⁸ *Justiça em Números*, 2016, p. 147.

Ainda considerando a questão atinente ao aumento do TC, a despeito do IAD superior a 100%, indaga-se se a utilização dos dados médios, que englobam as fases de conhecimento e execução, pode prejudicar a análise quanto à evolução da taxa de congestionamento.

Assim, por exemplo, o IAD da Justiça Estadual é de 105%, sendo que 93,8% na fase de execução e 109% na fase de conhecimento. O IAD da execução inferior a 100% gera, ano após ano, aumento de casos pendentes. O relatório aponta que se se excluísse as execuções fiscais dos cálculos, a taxa de congestionamento da Justiça Estadual passaria de 74,8% para 65,8%⁹.

Sobre o acervo, conclui o relatório:

A produtividade da Justiça Estadual permanece alta e vem crescendo ano após ano, “totalizando no ano de 2015 cerca de 1.804 baixas por magistrado e 139 baixas por servidor da área judiciária, índices que registraram aumento de 3,9% e 4,2% no último ano, respectivamente. Os elevados índices de produtividade são, contudo, bastante prejudicados quando se tem em foco os processos na fase de execução, que compõem 54% do acervo processual (31,7 milhões sob o total de 59 milhões de processos). A produtividade dos magistrados nesta fase equivale a aproximadamente um terço da produtividade aferida na fase de conhecimento (1.365 baixados por magistrado no conhecimento em relação a 460 baixados por magistrado na execução). O impacto na produtividade não pode ser atribuído à falta de operosidade dos juízes, até mesmo porque os atos decisórios praticados ao longo da fase de conhecimento são muito mais complexos do que os que são exigidos na fase de execução. A queda sensível na capacidade de concluir a prestação jurisdicional se deve, portanto, a questões relativas às dificuldades para a comunicação processual com os devedores, na localização e liquidação de ativos patrimoniais diversos pelo Poder Judiciário, entre outros fatores de natureza mais administrativa do que jurisdicional propriamente dita.¹⁰

⁹ *Justiça em Números*, 2016, p. 148.

¹⁰ *Justiça em Números*, 2016, p. 147-148.

Especificamente sobre as execuções fiscais, é interessante observar, ainda, que o relatório *Justiça em Números* conclui que:

[...] os processos de execução fiscal são os grandes responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, tendo em vista que representam aproximadamente 39% do total de casos pendentes e apresentaram congestionamento de 91,9%, o maior dentre os tipos de processos analisados neste relatório. [...]

Aponta que as execuções fiscais representam 75% das execuções pendentes do Poder Judiciário estadual e, sem ela, a taxa de congestionamento médio da Justiça Estadual Brasileira cairia de 72,2% para 63,4%¹¹.

Os números extraídos do relatório *Justiça em Números* de 2016 indicam a situação preocupante das execuções – em especial as fiscais –, que prejudicam globalmente o desempenho do Poder Judiciário. O próprio relatório reconhece que essas ações somente são encaminhadas ao Poder Judiciário após tentativas administrativas frustradas de recuperação do crédito tributário, tratando-se, portanto, de dívidas antigas e de difícil recuperação¹².

A análise empírica da atuação do Poder Judiciário nas execuções, em especial as fiscais, indica necessidade urgente de mudar sua abordagem.

A fase de conhecimento é aquela que demanda maior atuação do magistrado em sua função fim, que é a de “dizer o direito”, apresentando solução ao conflito de pretensões das partes envolvidas. Na execução, em si, não há incerteza quanto à existência do direito postulado. Pretende-se, apenas, efetivar esse direito, fazendo com que a parte executada cumpra obrigação assumida perante o exequente. Nesse caso, a atuação do magistrado restringe-se, em regra, a assegurar a arrecadação de bens suficientes para a satisfação do pleito.

Curioso observar, portanto, que um dos principais fatores que importam em atraso na prestação jurisdicional, contribuindo negativamente para sua imagem institucional perante a sociedade, encontre-se fora do âmbito de controle do Poder Judiciário. O que pode o Poder

¹¹ *Justiça em Números*, 2016, p. 63.

¹² *Justiça em Números*, 2016, p. 63.

Judiciário fazer para baixar execuções, entregando a prestação jurisdicional pretendida, quando encontra o limite concreto da ausência de bens no patrimônio do executado?

Além disso, considerando que as unidades judiciais são hoje organizadas de forma que o mesmo juiz em regra processe a fase de conhecimento e a execução – até mesmo por imputação legislativa de competência – como não deixar de reconhecer que as dificuldades enfrentadas pela tramitação lenta dos processos executivos não ocupem o tempo de um magistrado que poderia estar se concentrando para entregar melhor atividade fim ao dizer o direito na fase de conhecimento para os demais processos em tramitação em sua serventia? Seria o caso de criar unidades especializadas exclusivamente no rito executivo?

Talvez, muito mais útil do que edição de leis processuais que efetuassem alterações generalizadas, amplas e sistêmicas do ordenamento processual, seria concentrar o esforço do legislador em elaborar diplomas normativos que reforçassem medidas que potencializassem e acautelassem atos constritivos ou tornassem mais efetiva e dinâmica a atuação dos magistrados na execução. Ou, ainda, diplomas normativos que flexibilizassem a obrigação de o Poder Executivo – federal, estadual, distrital e municipal – ter que ajuizar execuções fiscais sem que corresse o risco de ser responsabilizado pelo Tribunal de Contas, indicando soluções extraprocessuais alternativas para créditos de pequenos valores, permitindo que o Poder Judiciário – cuja tramitação é mais onerosa – atuasse apenas em cobranças de débitos de maior monta.

Também seria interessante, diante da constatação empírica atinente às dificuldades de tramitação das execuções, em especial a fiscal, investigar o motivo pelo qual as soluções extrajudiciais existentes não se mostram eficientes. Assim, por exemplo, indagar-se se protesto/negativações são utilizados e se são eficientes, ou, em caso negativo, por qual motivo deixam de sê-los. Valeria a pena investir, por lei, na criação de cadastro único dos cidadãos brasileiros, constantemente atualizado?

Seria interessante apurar, também, a composição do acervo para verificar as espécies de ações que o integram e, também, qual o percentual de execuções e processos de conhecimento, com o intuito de comparar com as características dos processos novos recebidos pela unidade no mesmo período. A resposta a esses questionamentos contribuiria para uma melhor gestão das unidades judiciais, visto que possibilitaria estudar medidas mais efetivas para combater o acervo.

Enfim, as indagações apresentadas acima demonstram que a análise empírica da atuação do Poder Judiciário proporciona ricas análises

e hipóteses, cujo estudo contribuiria para a construção de soluções que enfrentam efetivamente os problemas observados no caso concreto e que talvez sequer fossem ser consideradas pelos operadores do direito em análise eminentemente jurídica.

Outra constatação significativa, extraída da análise empírica do relatório *Justiça em Números*, é aquela que desmitifica o "lugar comum" do discurso dos operadores do direito sobre o "excesso de meios de recursos".

O relatório conclui:

O indicador de recorribilidade desmistifica a concepção de que tudo é recorrido. Observou-se que a recorribilidade externa do 1º para o 2º grau é de 7% e do 2º grau para o STJ é de 29%. A recorribilidade interna de 1º grau é de 5% e a recorribilidade interna do 2º grau é de 21%. Tais dados fazem sentido quando se observa que os casos novos de 2º grau representam 12% dos casos novos totais, e ainda, que 80% dos processos de 2º grau possuem natureza recursal. Ou seja, se tudo fosse recorrido, o 2º grau teria quase a mesma demanda do 1º, o que, de fato, não ocorre.¹³

O relatório demonstrou, empiricamente, que, ao contrário do senso comum, não é excessiva a quantidade de recursos em face das decisões judiciais, seja de 1º, seja de 2º grau, fragilizando o argumento de que seria essa a causa relevante de morosidade do Poder Judiciário.

Também é curioso observar conclusão do relatório sobre o tempo de tramitação dos processos e em especial do acervo:

A aferição do tempo médio de tramitação dos processos, outra novidade há tempos esperada no Relatório *Justiça em Números*, mostrou que muitos casos são solucionados rapidamente, enquanto outros, permanecem por longa data no acervo. Da distribuição até a baixa do processo, leva-se, em média, 3 anos e 2 meses, considerando o universo dos processos baixados em 2015. Mas o tempo do acervo é o dobro. Levando em conta todos os casos

¹³ *Justiça em Números*, 2016, p. 147.

pendentes de solução em 31/12/2015, verifica-se que estes processos estão pendentes, em média, há 6 anos e 10 meses. Também foi possível perceber uma certa homogeneidade entre o tempo de sua instauração e sentença e o tempo necessário para a baixa dos autos.¹⁴

O relatório apontou que o tempo médio para um processo ser encerrado por sentença na fase de execução (4,3 anos) é quase o dobro daquele observado no processo de conhecimento (1,5 anos).¹⁵

Observa-se que o tempo médio do acervo (processos não baixados) é maior do que o tempo médio observado nos processos baixados, com raras exceções¹⁶. Esse dado corrobora a opinião de muitos operadores do direito de que os processos que integram o acervo são, em regra, mais complexos.

Seria interessante, para melhor organização da atividade jurisdicional, entender quais seriam os casos com tramitação mais célere e os que são mais morosos e que acabam formando o acervo. Eventualmente, se poderia identificar se essa maior morosidade decorre de dificuldade do magistrado com a questão, ou se da atuação das partes e auxiliares da justiça, entre outros. Em posse dessas conclusões, seria possível pensar em soluções para otimizar o seu andamento, tornando-o mais célere.

4. Conclusões

Ao longo desse artigo destacou-se a importância de estudos empíricos para auxiliar a melhor compreensão dos desafios enfrentados pelo Poder Judiciário, permitindo, assim, a criação de soluções mais efetivas para solução de problemas concretos atinentes à morosidade.

Exemplificando a importância da abordagem empírica do caso concreto, efetuou-se breve análise do relatório Justiça em Números, elaborado pelo CNJ.

Analisando-se os dados extraídos do relatório *Justiça em Números*, constatou-se que a análise empírica coloca em xeque algumas

¹⁴ *Justiça em Números*, 2016, p. 147-148.

¹⁵ *Justiça em Números*, 2016, p. 70.

¹⁶ *Justiça em Números*, 2016, p. 69.

“verdades incontestáveis” provenientes de percepções intuitivas e pessoais da realidade, consistindo, também, em importante ferramenta para orientar produções legislativas e políticas públicas que efetivamente contribuam para enfrentar as verdadeiras causas de gargalos na prestação jurisdicional.

Os *inputs* trazidos pela análise empírica do fenômeno jurídico contribuem decisivamente para a correta e adequada compreensão das dificuldades práticas enfrentadas pelo Poder Judiciário, permitindo, assim, ao intérprete constitucional, aferir com mais propriedade o que, no caso concreto, seria uma “duração razoável” do processo.

Sem o conhecimento dos problemas e dificuldades concretos enfrentados pelo Poder Judiciário na prestação jurisdicional, o princípio constitucional da duração razoável do processo fica esvaziado de conteúdo concreto e sem qualquer relevância prática. Desse modo, evidencia-se a importante contribuição da análise empírica do fenômeno jurídico à interpretação e aplicabilidade do referido princípio constitucional.

Bibliografia

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo Processo Civil* – de acordo com a Lei 13.256 de 4/2/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

DIREITO GV e Cebepej apontam que procedimentos em cartório chegam a consumir 89% de todo o processo judicial. 30/11/2007. (Publicado no site Migalhas).

FERRAZ, Leslie. *Novo CPC não simplifica procedimentos judiciais, nem diminui sua duração*. 20/12/2014. (Extraído do site Migalhas).

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SICA, HEITOR VITOR MENDONÇA. Congestionamento viário e congestionamento judiciário - reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. *Revista de Processo*, n. 236, out. 2014.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

A nova era dos direitos (humanos) e a sociedade do espetáculo

*Marcos Duque Gadelho Junior*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

“Nos lugares onde o direito é impotente, a sociedade corre o risco de precipitar-se na anarquia; onde o poder não é controlado, corre o risco oposto, de despotismo”

(Norberto Bobbio, O tempo da memória, p. 169)

1. Introdução

Cuida-se de lugar comum a afirmação relacionada ao entrelaçamento entre a construção e a efetivação dos Direitos Humanos, a paz estável (e necessária) e a consolidação da democracia na sociedade moderna, florescendo, neste sentido, com inelutável competência a doutrina de Norberto Bobbio, em sua propalada “A era dos direitos”.² De fato, além da breve reflexão das etapas da construção dos direitos fundamentais, compreender a temática (e a evolução) dos Direitos Humanos, significa deduzir, em caráter peremptório, sua historicidade³,

¹ Mestre em Direito do Estado pela USP (2014). Professor assistente nos cursos de especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil da Escola Paulista da Magistratura/Sorocaba (2016). Autor de obra jurídica. Juiz de Direito no Estado de São Paulo desde 2006.

² “O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. E conclui que “Direito do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos” “Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhe são reconhecidos alguns direitos fundamentais, haverá paz estável, uma paz que não tenha guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais deste ou daquele Estado, mas do mundo.” (BOBBIO, N. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 1.).

³ “Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.” (BOBBIO, N. A era dos direitos. Op. cit., p. 5.).

bem como reconhecer o progresso moral da humanidade⁴, impugnan- do, ainda, as teorias que solidificam a anterioridade de um Direito (natural) em relação ao Estado⁵. Convém assentar também que o sau- doso mestre italiano discriminou fases da construção e desenvolvi- mento dos Direitos Humanos, entre as quais a positivação, generali- zação, a internacionalização e, por fim, a especificação dos referidos direitos, que consiste nada mais do que a “passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujei- tos titulares de direitos”⁶.

O objetivo do presente ensaio é promover uma reflexão crítica sobre a insuficiência política normativa na consolidação das metas de- lineadas por Bobbio nas etapas da consolidação dos Direitos Humanos, sobretudo numa sociedade fragmentada, desarticulada, que exprime conhecimento superficial sobre a temática dos direitos fundamentais; e, pior, relega-os, muitas vezes, a um plano de quase total ignomínia⁷,

⁴ “A história tem apenas o sentido que nós, em cada ocasião concreta, de acordo com a oportuni- dade, com os nossos desejos e nossas esperanças, atribuímos a ela. E, portanto, não tem um único sentido. Refletindo sobre o tema dos direitos do homem, pareceu-me poder dizer que ele indica um sinal do progresso moral da humanidade. [...] Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder.” (BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Op. cit., p. 60-61.).

⁵ “O Direito, para Bobbio, é um construção, um artefato humano fruto da política que produz o Direito Positivo. Requer a razão para pensar, projetar e ir transformando este artefato em função das necessidades da convivência coletiva” (BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Op. cit., p. VII.). E mais, ao manifestar preferência do governo das leis ao governo dos homens, Bobbio propugnou “O governo das leis celebra hoje seu triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir que democracia é o governo das leis por excelência.” (BOBBIO, N. *O futuro de democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 185.).

⁶ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Op. cit., p. 58-59.

⁷ Revela-se oportuna a assertiva de Eduardo Bittar neste sentido: “Então, o caráter recente da recepção dessa cultura, socialmente fundamental, ainda causa todo tipo de reação por parte da opinião pública, que revela e registra todo o tipo de desconhecimento e preconceito sobre uma matéria que ainda decifra como estrangeira a si mesma. Quando se fala em ‘direitos humanos’, normalmente se é interpelado pela mídia: ‘Mas, você é a favor dos direitos humanos dos bandidos?’. Esse recorte que permite essa pergunta e drena o diálogo sobre direitos humanos na esfera pública para o campo do direito penal repressor é já uma forma de revelação desse espírito de incompreensão do tema. [...] A pergunta esgota a possibilidade de ser respondida pelo grau de incompreensão que gera na própria opinião pública; ela faz mais do que reproduzir avarias na ideologia sobre o tema, ela rompe com a oportunidade de se avançar em um campo tão fundamental quanto o da cidadania. Por isso, a reação devida quando o assunto caminha para esse lugar comum do discurso é perguntar ao repórter: ‘Qual a sua profissão? Não é a de repórter? Certo, repórter lida com a liberdade de imprensa e a liberdade de imprensa é um direito humano fundamental.’” (BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 285-286.).

fruto de uma ideologia liberal delirante que insiste em distorcer fatos e produzir inverdades sobre a sua legitimidade e aplicação, qualificada ainda, por alguns teóricos, como a civilização do espetáculo⁸.

Impõe-se necessário também promover breves comentários sobre a correlação entre a cultura permanente em educação, paz e o exercício de políticas públicas envolvendo a tutela dos direitos humanos e os ditames de uma sociedade marcada pelo espetáculo das relações interpessoais, com a primazia da aparência ao invés da essência, em que a pressão da dita opinião pública⁹, por vezes põe em risco valores fundamentais à própria democracia.

Em razão disso, a nova era dos Direitos Humanos que proponho rediscutir nestas linhas, além de insistir na efetividade dos direitos fundamentais por força do monopólio da força do Estado¹⁰, período este ainda longe de estar consolidado no regime democrático, busca introduzir nova fase no seu desenvolvimento, que é o reforço da política de educação permanente na construção dos Direitos Humanos. E aqui me refiro à concepção de educação não reduzida a simples transferência do conhecimento (no caso, dos institutos político-jurídicos dos direitos fundamentais), mas, ao contrário, com o propósito de viabilizar

⁸ Vargas Llosa traz a seguinte definição: *“O que quer dizer civilização do espetáculo? É a civilização de um mundo onde o primeiro lugar na tabela de valores vigentes é ocupado pelo entretenimento, onde divertir-se, escapar do tédio, é a paixão universal. Esse ideal de vida é perfeitamente legítimo, sem dúvida. [...] Mas transformar em valor supremo essa propensão natural a divertir-se tem consequências inesperadas: banalização da cultura, generalização da frivolidade e, no campo da informação, a proliferação de jornalismo irresponsável da bisbilhotice e do escândalo.”* (VARGAS LLOSA, Mario. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 29-30.).

⁹ Hegel traça a definição de opinião pública como a liberdade subjetiva formal de os indivíduos terem e exprimirem os seus juízos próprios, a sua própria opinião sobre assuntos públicos. E assevera que, apesar de conter princípios eternos da justiça, como o conteúdo verídico, traz também incertezas e falsos conhecimentos e juízos: *“[...] quanto pior for o conteúdo de uma opinião ou de uma informação, quanto pior for o conteúdo de uma opinião mais própria será ela do indivíduo, pois o mal é o que há de completamente particular em seu conteúdo. O racional, pelo contrário, é o universal em si e para si. Ora, o particular é aquilo em que a opinião se baseia.”* (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 288.).

¹⁰ Para Weber: *“Em nossos dias, a relação entre o Estado e a violência é particularmente íntima. Em nossos tempos, os agrupamentos políticos mais diversos – a começar pela família – recorreram à violência física, tendo-a como instrumento normal de poder. Em nossa época, entretanto, devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território – a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado – reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física”* (WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 66-67.).

a emancipação do ser humano e sua convivência na sociedade.¹¹ Não basta, portanto, a proclamação solene e o acesso teórico às categorias jurídicas ontológicas na temática dos Direitos do Homem; mas, antes, cuida-se de verdadeiro imperativo categórico a reflexão crítica (e permanente) e o agir empírico na efetividade dos direitos fundamentais nesta época.¹²

Em outras palavras, mais do que a positivação dos direitos humanos na Carta de Direitos de 1988, torna-se igualmente fundamental a existência de mecanismos de introdução dos cidadãos às fontes múltiplas sobre a história, o desenvolvimento e os institutos político-jurídicos dos Direitos Humanos, ou seja, uma verdadeira política cultural (em educação) permanente, especialmente numa sociedade beligerante e marcada (de forma anacrônica) pela ausência de medidas necessárias para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais (v.g., direitos sociais), sobremaneira no que concerne aos direitos sociais.

Trata-se, em verdade, de política pública existente, de força co-gente, assumida pelo Estado Brasileiro por meio da promulgação do Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que aprovou o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3¹³, constando dentre as linhas de orientação à “Educação e a Cultura em Direitos Humanos” (eixo orientador V) e as respectivas diretrizes: i) o fortalecimento dos princípios da democracia e dos Direitos Humanos nos sistemas de educação básica, nas instituições de ensino superior e nas instituições formadoras; ii) reconhecimento da educação não formal como espaço de defesa e promoção dos Direitos Humanos; iii) promoção da Educação em

¹¹ Para Paulo Freire: “A consciência do mundo engendra a consciência de mim e dos outros no mundo e com o mundo. É atuando no mundo que nos fazemos. Por isso mesmo é na inserção no mundo e não na adaptação a ele que nos tornamos seres históricos e éticos, capazes de optar, de decidir, de romper. A postura crítica da consciência é tão importante na luta política em defesa da seriedade no trato da coisa pública quanto na apreensão da substantividade do objeto no processo de conhecer. Não se apreende o objeto se não se apreende sua razão de ser. Não é por outra razão que a pura memorização mecânica do perfil do objeto não constitui conhecimento cabal do objeto. Daí que, na experiência cognitiva verdadeira, a memorização do conhecimento se constitua no ato mesmo da sua produção. É apreendendo a razão do ser do objeto que eu produzo o conhecimento dele.” (FREIRE, Paulo. *Pedagogia da indignação: cartas pedagógicas e outros escritos*. São Paulo: Paz e Terra, 2014. p. 103.).

¹² “A minha primeira preocupação quando, como educador, me pergunto em torno da prática educativa que, histórica, não pode estar alheia às condições concretas do tempo-espço em que se dá, tem que ver fundamentalmente com a maneira como venho entendendo a nossa presença - a dos seres humanos - no mundo. As nossas relações com a História e a Cultura. Se somos seres determinados ou simplesmente condicionados, capazes, porém de reconhecendo não só o condicionamento mas sua força, ir mais além dele.” (FREIRE, Paulo. Op. cit., p. 105.).

¹³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>.

Direitos Humanos no serviço público; iv) garantia do direito à comunicação democrática e ao acesso à informação para consolidação de uma cultura em Direitos Humanos.¹⁴

De fato, nada adianta apregoar direitos, justificá-los por meio da positivação da Carta de Direitos, até mesmo apresentar-lhes fundamentos legítimos, ou vinculá-los ao desenvolvimento global da civilização humana, se toda essa trajetória não for acompanhada pelo reforço inelutável do estudo das condições de sua realização, e aqui se mostra impossível a desvinculação destes objetivos da instituição de uma política de educação permanente nesta temática. Em outras palavras, conquanto a epistemologia e a proclamação dos Direitos Humanos implantaram marcas profundas da história da civilização moderna, constituindo-se em princípios indicadores do seu progresso moral¹⁵, o conhecimento da “razão do ser” do objeto¹⁶ e a efetividade dos direitos humanos, como objetivos primordiais assumidos pelo Estado Brasileiro, passam a assumir papel essencial protagonismos por todos os intérpretes e operadores do Direito.

¹⁴ Constou do referido eixo orientador que: “A educação não formal em Direitos Humanos é orientada pelos princípios da emancipação e da autonomia, configurando-se como processo de sensibilização e formação da consciência crítica. Desta forma, o PNDH-3 propõe inclusão da temática de Educação em Direitos Humanos nos programas de capacitação de lideranças comunitárias e nos programas de qualificação profissional, alfabetização de jovens e adultos, entre outros. Volta-se, especialmente, para o estabelecimento de diálogo e parcerias permanentes como o vasto leque brasileiro de movimentos populares, sindicatos, igrejas, ONGs, clubes, entidades empresariais e toda sorte de agrupamentos da sociedade civil que desenvolvem atividades formativas em seu cotidiano. A formação e a educação continuada em Direitos Humanos, com recortes de gênero, relações étnico-raciais e de orientação sexual, em todo o serviço público, especialmente entre os agentes do sistema de Justiça de segurança pública, são fundamentais para consolidar o Estado Democrático e a proteção do direito à vida e à dignidade, garantindo tratamento igual a todas as pessoas e o funcionamento de sistemas de Justiça que promovam os Direitos Humanos. Por fim, aborda-se o papel estratégico dos meios de comunicação de massa, no sentido de construir ou desconstruir ambiente nacional e cultura social de respeito e proteção aos Direitos Humanos. Daí a importância primordial de introduzir mudanças que assegurem ampla democratização desses meios, bem como de atuar permanentemente junto a todos os profissionais e empresas do setor (seminários, debates, reportagens, pesquisas e conferências), buscando sensibilizar e conquistar seu compromisso ético com a afirmação histórica dos Direitos Humanos.”

¹⁵ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Op. cit., p. 51-52.

¹⁶ Paulo Freire já vociferava contra a educação instrumental, sendo que a simples transferência do conhecimento técnico do objeto não significa o preenchimento do dever de ensino: “Quando a gente entende que ensinar não é transferir conhecimento, a gente tem todo um campo pela frente para inventar maneiras de tratar, melhorar o objeto, o chamado conteúdo que a gente vai ensinar e certas abordagens dos conteúdos e certas maneiras de experimentar e possibilitar que o aluno se experimente na relação com o conteúdo, desde que entendamos os alunos e as alunas como sujeitos criadores e nós também - como é, por exemplo, que eu posso pensar em alunos e alunas criadores, se eu, como professor, estou amarrado a um pacote de orientações que me chegam do ministério?” (FREIRE, Paulo. *Pedagogia da tolerância*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014. p. 190-191.).

Convém destacar neste sentido uma das linhas de orientação do terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3, quando prescreve justamente que:

[...] A educação não formal em Direitos Humanos é orientada pelos princípios da emancipação e da autonomia, configurando-se como processo de sensibilização e formação da consciência crítica. Desta forma, o PNDH-3 propõe inclusão da temática de Educação em Direitos Humanos nos programas de capacitação de lideranças comunitárias e nos programas de qualificação profissional, alfabetização de jovens e adultos, entre outros. Volta-se, especialmente, para o estabelecimento de diálogo e parcerias permanentes como o vasto leque brasileiro de movimentos populares, sindicatos, igrejas, ONGs, clubes, entidades empresariais e toda sorte de agrupamentos da sociedade civil que desenvolvem atividades formativas em seu cotidiano. A formação e a educação continuada em Direitos Humanos, com recortes de gênero, relações étnico-raciais e de orientação sexual, em todo o serviço público, especialmente entre os agentes do sistema de Justiça de segurança pública, são fundamentais para consolidar o Estado Democrático e a proteção do direito à vida e à dignidade, garantindo tratamento igual a todas as pessoas e o funcionamento de sistemas de Justiça que promovam os Direitos Humanos. Por fim, aborda-se o papel estratégico dos meios de comunicação de massa, no sentido de construir ou desconstruir ambiente nacional e cultura social de respeito e proteção aos Direitos Humanos. Daí a importância primordial de introduzir mudanças que assegurem ampla democratização desses meios, bem como de atuar permanentemente junto a todos os profissionais e empresas do setor (seminários, debates, reportagens, pesquisas e conferências), buscando sensibilizar e conquistar seu compromisso ético com a afirmação histórica dos Direitos Humanos.

2. A Era dos Direitos, a política (reforço) permanente em educação na temática dos Direitos Humanos e a ausência de consolidação das etapas de seu desenvolvimento na sociedade do espetáculo

Ao cunhar a expressão a “Era dos Direitos”, compreendida como etapa de concentração mais intensa da construção e desenvolvimento dos Direitos Humanos, com a consolidação do protagonismo da linguagem dos direitos dos indivíduos (ao invés da preeminência dos deveres, típica formulação das concepções orgânicas) a partir do nascimento do Estado de Direito¹⁷, bem como defender a concepção finalística da história, Bobbio enxergava-os como um dos principais indicadores do progresso moral humano¹⁸, erigindo-os a verdadeiro pressuposto de existência da democracia.¹⁹

¹⁷ Danilo Zolo exprime com precisão: “Neste sentido, o Estado de Direito é uma versão do Estado Moderno Europeu, na qual, com base em específicos pressupostos filosóficos, atribui-se ao ordenamento jurídico a função de tutelar os direitos subjetivos, contrastando a tendência do poder político de dilatar-se, de operar de modo arbitrário e prevaricar. Em termos mais analíticos, pode-se afirmar que o Estado de Direito é uma figura jurídico-institucional que resulta de um processo evolutivo secular que leva à afirmação, no interior das estruturas do Estado moderno europeu, de dois princípios fundamentais: o da ‘difusão do poder’ e o da ‘diferenciação do poder’. O ‘princípio da difusão’ tende a limitar, com vínculos explícitos, os poderes do Estado para dilatar o âmbito das liberdades individuais. Ele implica, por isso, uma definição jurídica dos poderes públicos e da sua relação com os poderes dos sujeitos individuais, também eles juridicamente definidos” (COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martius Fontes, 2006. p. 31.).

¹⁸ Deduz o mestre italiano: “Não me considero um cego defensor do progresso. A ideia do progresso foi uma ideia central da filosofia da história nos séculos passados, depois do crepúsculo, embora não definitivo, da ideia de regressão (que Kant chamava de terrorista) e dos ciclos, predominantes na época clássica e pré-cristã. [...] Mas não posso negar uma face clara apareceu de tempos em tempos, ainda que com breve duração. Mesmo hoje, quando inteiro decurso histórico da humanidade parece ameaçado de morte, há zonas de luz que até o mais convicto dos pessimistas não pode ignorar: a abolição da escravidão, a supressão em muitos países dos suplícios que outrora acompanhavam a pena de morte e da própria pena de morte. É nessa zona de luz que coloco em primeiro lugar, juntamente com os movimentos ecológicos e pacifistas, o interesse crescente de movimentos, partidos e governos pela afirmação, reconhecimento e proteção dos direitos do homem.” (BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Op. cit., p. 49-51.).

¹⁹ “Contra a objeção de que a definição da democracia processual, que se relaciona com a estrutura jurídica do Estado democrático, é indiferente aos valores, é necessário insistir na consideração de que o fim processual dessas regras é tornar possível a solução dos conflitos sociais mediante um contrato entre as partes e, quando o contrato não tem êxito, por meio do voto da maioria, excluindo o recurso da violência. Em poucas palavras, a democracia pode ser definida como o sistema de regras que permite a instauração e o desenvolvimento de uma convivência pacífica.” (BOBBIO, N. *O tempo da memória: De Senectute e outros escritos autobiográficos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997. p. 156.).

O festejado autor italiano discriminou as fases da construção e desenvolvimento dos direitos humanos.²⁰ Ocorre que, na sociedade do espetáculo (expressão ambígua no campo das ideias, mas aqui tomado no sentido da frivolidade do entretenimento como referência de valor supremo)²¹, em que o campo das informações, da literatura, das artes e da própria leitura, qualificadas por Vargas Llosa como “lights”²², são digeridas sem o mínimo esforço intelectual, oferecendo ao cidadão uma falsa sensação de satisfação cognitiva, resvala-se também a problemática, por corolário lógico, no conhecimento superficial sobre a temática dos Direitos Humanos. E pior, a massificação e a propaganda sistemática (negativa) dos veículos de informação substituem a linguagem e os textos das liberdades fundamentais por discursos contrários à tutela dos direitos fundamentais, operando verdadeira desinformação²³. A cultura do “homem massa”²⁴, somada a ausência

²⁰ Neste sentido, “A primeira etapa é a da posituação, ou seja, da conversão do valor da pessoa humana e do reconhecimento em Direito Positivo, da legitimidade da perspectiva *ex parte populi*. São as Declarações de Direitos proclamadas desde o século XVIII. A segunda etapa, intimamente ligada à primeira, é a generalização, ou seja, o princípio da igualdade e o seu corolário lógico, o da não discriminação. A terceira é a internacionalização, proveniente do reconhecimento que se inaugura de maneira abrangente com a Declaração Universal de 1948, que, num mundo interdependente a tutela dos direitos humanos, requer o apoio da comunidade internacional e normas de Direito Internacional Público. Finalmente, a especificação assinala um aprofundamento da tutela, que deixa de levar em conta apenas os destinatários genéricos - o ser humano, o cidadão - e passa a cuidar do ser em situação - o idoso, a mulher, a criança e o deficiente” (BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Op. cit., p. XI.).

²¹ Mario Vargas Llosa traz referida definição em sua obra, mas não deixa de fazer menção aos escritos de Guy Debord, em La Société du Spectacle, informando que este “qualifica de ‘espetáculo’ aquilo que Marx, em seus Manuscritos econômicos e filosóficos de 1844 chamou de ‘alienação’ ou alheamento social resultante do fetichismo da mercadoria, que, no estágio industrial avançado da sociedade capitalista, atinge tal importância na vida dos consumidores que chega a substituir, como interesse ou preocupação central, qualquer outro assunto de ordem cultural, intelectual ou política.” (VARGAS LLOSA, Mario. Op. cit., p 20-21.).

²² VARGAS LLOSA, Mario. Op. cit., p. 32-36.

²³ Marilena Chauí reproduz, neste sentido, o efeito deletério causado pela nova metodologia de transmissão das informações e notícias jornalísticas: “A desinformação, aliás, é o principal resultado da maioria dos noticiários de rádio e televisão. [...] os acontecimentos são relatados como se não tivessem causas passadas nem efeitos futuros; surgem como pontos puramente atuais ou presentes, sem continuidade no tempo, sem origem e sem conseqüências; existem enquanto são objetos de transmissão e deixam de existir se não são transmitidos. Têm a existência de um espetáculo e só permanecem na consciência dos ouvintes e espectadores enquanto permanecem o espetáculo de sua transmissão.” (CHAUÍ, Marilena. *Simulacro e poder*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006. p. 44-47.).

²⁴ E aqui me refiro ao conceito do homem médio defendido por Ortega Y Gasset: “Na realidade, pode-se definir massa, enquanto *facto psicológico*, sem necessidade de esperar que apareçam os indivíduos em aglomeração. Diante de uma só pessoa podemos saber se ela é massa ou não. Massa é todo aquele que não valoriza a si mesmo – como bem ou como mal – por razões especiais, mas que se sente >>como toda a gente<< e, no entanto, não fica angustiado, sente-se à vontade ao sentir-se idêntico aos outros.” (GASSET Y ORTEGA, José. *A rebelião das massas*. Lisboa: Relógio d’Água. p. 42.).

de educação permanente nesta área conduz ao “empobrecimento das ideias”²⁵, ao protagonismo da aparência das formas em detrimento do conteúdo, constituindo vetor substancial da vida em sociedade pós-moderna²⁶.

Como se vê, a questão da educação permanente em Direitos Humanos mostra-se essencial nesta era pós-moderna, sobretudo porquanto, ao que se extrai do contexto atual da humanidade, tem servido indevidamente para legitimar, a partir de expressões vazias e desacompanhada de instrumentos de eficácia no plano internacional²⁷, violações recorrentes ao conjunto das gerações de direitos subjetivos. Lembra Pedro Serrano, nesse sentido, o abuso de poder materializado na instauração de inquéritos policiais e na persecução criminal, traduzindo instrumentos de controle social do Estado com o propósito de coibir as manifestações públicas ocorridas nos anos de 2013 e 2014,

²⁵ Vargas Llosa adverte sobre as consequências da instauração da civilização do espetáculo: “Porque outra característica dela é o empobrecimento das ideias como força motriz da vida cultural. Hoje vivemos a primazia das imagens sobre as ideias. Por isso os meios audiovisuais, cinema, televisão e agora a internet, foram deixando os livros para trás, que, a se confirmaram as previsões pessimistas de George Steiner, dentro de não muito tempo estarão mortos e enterrados. (Os amantes da anacrônica cultura livresca, como eu, não devem lamentar, pois, em sendo assim, essa marginalização talvez tenha efeito depurador e aniquile a literatura do best-seller, chamada com justiça de subliteratura não só pela superficialidade de suas histórias e pela indigência formal, como também por seu caráter efêmero, de literatura de atualidade, feita para ser consumida e desaparecer, como sabonetes e refrigerantes).” (VARGAS LLOSA, Mario. Op. cit., p. 41.).

²⁶ Vargas Llosa bem assentou que: “Porque uma das consequências de transformar o entretenimento e a diversão em valor supremo de uma época é que, no campo da informação, isso também vai produzindo, imperceptivelmente, uma perturbação subliminar das prioridades: as notícias passam a ser importantes ou secundárias sobretudo, e às vezes exclusivamente, não tanto por sua significação econômica, política, cultural e social, quanto por seu caráter novidadeiro, surpreendente, insólito, escandaloso e espetacular” (VARGAS LLOSA, Mario. Op. cit., p. 47.).

²⁷ Bittar traz justamente a lição doutrinária de Habermas neste sentido: “Isso, porque, em Habermas, encontra-se uma preocupação com a temática do desrespeito aos direitos humanos no plano internacional, sobretudo em seu escrito *Bestialidade e humanidade*. A questão dos direitos humanos é central para Habermas, exatamente porque pretende discutir o quanto os direitos humanos (legislados, codificados, ratificados, declarados, subscritos, pactuados, descritos, alinhavados, positivados...) têm servido para justificar, a partir de expressões vagas e de insuficiências do direito internacional, atitudes bélicas agressivas e ilegítimas. Parece aqui também a falta de eficiência das normas de direitos humanos no plano internacional ser tema de grande preocupação para a filosofia habermasiana, que enxerga em seus quadrantes uma política de legitimação de ações nefastas de política econômica internacional através de máscaras normativas fundamentadas em regras de direitos humanos, ou baseadas em pretensas afrontas de direitos humanos. (BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 331.).

liberdades fundamentais, como se sabe, asseguradas constitucionalmente nos incs. XVI e XVII, do art. 5º, da Carta de Direitos de 1988.²⁸

Some-se a isso que o acesso às fontes de informação envolvendo a temática dos Direitos Humanos encontra-se atualmente mais limitado, reservado, por vezes, aos intérpretes de um famigerado “direito puro”²⁹, que se encontram presos, muitas vezes, a brocardos vazios e a fórmulas jurídicas superficiais, sem preocupação mínima sobre a eficácia dos direitos fundamentais. E, por corolário lógico, acaba por ceder espaço substancial – nos veículos de comunicação em massa – para a desinformação da temática dos Direitos Humanos e o entretenimento desvario nas sociedades de espetáculo. Conquanto não seja o propósito deste ensaio, oportuno destacar a transformação do papel da atividade jornalística com base no valor fim do entretenimento de uma sociedade, sem qualquer cuidado com os deveres éticos da profissão (v.g., “*dever da verdade*”³⁰), culminando na publicação das opiniões ou de propaganda como se fossem notícias, advertência já unvida a dogma há muito tempo por Rui Barbosa:

Quanto maior o bem, maior o mal da sua inversão procede. Nada mais útil às nações do que a imprensa na lisura da sua missão. Nada mais nefasto do que ela mesma na transposição de seu papel. Se o fiel der em ladrão, não haverá, neste mundo, ladrão tão perigoso. Porque bem poucos são os que dos seus guardas se guardam. *Quis custodiet custodes?* Sendo eles os a quem se confia a chave

²⁸ “*Ora não preciso gastar muito argumento para demonstrar que os direitos constitucionais à reunião e manifestação do pensamento foram estabelecidos exatamente para garantir ao cidadão a possibilidade de contestar governos, instituições, leis e sistemas de forma pública e pacífica. (...) Muitos dos inquiridos que têm investigado o episódio das manifestações pelo país têm devassado a vida das pessoas e não investigado fatos delituosos. São evidentes abusos de poder de autoridades públicas e um sério atentado a direitos fundamentais dos investigados. Tem se prestado não a apurar crimes concretamente cometidos por pessoas que efetivamente abusaram de seu direito à manifestação, mas sim visando coibir o pleno exercício dos direitos fundamentais à livre manifestação do pensamento e de reunião.*” (SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *A Justiça na sociedade do espetáculo: reflexões públicas sobre direito, política e cidadania*. São Paulo: Alameda, 2015. p. 283-285.).

²⁹ E necessário recordar também que o próprio Kelsen, ao falar da moldura interpretativa e de ato de vontade na aplicação da lei, não escondia a possibilidade de outras interpretações do Direito com base em outras ciências metafísicas. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 393-394.).

³⁰ BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Papagaio, 2004.

ou a vigilância do caixa, em que se lhes inclinam o animo à prevaricação, o remédio já chegará tarde, quando a malversação já houver levado os malversadores ao senhorio, e reduzido à sujeição os enganados.³¹

Pois bem. Inaugurada a “era dos direitos”, a preocupação central transmuda-se menos pela proclamação solene em Cartas de Direitos e a generalização dos direitos fundamentais das primeiras gerações (liberdade e de igualdade), e mais pelo efetivo reconhecimento, eficácia e “especificação” dos Direitos do Homem, aqui compreendido o dever legal de tutelar os direitos fundamentais dos indivíduos historicamente mais vulneráveis e expostos a toda espécie de mazelas e violações (v.g., Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Estatuto das Pessoas com Deficiência³²), bem como estatuir uma cultura permanente de educação de natureza emancipadora³³, sob pena de a Constituição de 1988 se tornar uma simples folha de papel³⁴. E o plano da efetividade mostra-se peça basilar de engrenagem no Estado de Direito, pedra angular do seu regime jurídico, e tem por atributo fundamental a primazia dos direitos³⁵, incluindo não apenas a abstenção ou intervenção do Estado (liberdade negativa ou positiva), mas sua incidência nas relações entre os particulares³⁶, bem como para estatuir

³¹ BARBOSA, Rui. Op. cit., p. 35.

³² São, respectivamente, as Leis nº 8 069/90, nº 10.741/03 e nº 13.146/15.

³³ Lembra Bittar neste sentido que: “Desde logo, deve ser desmistificada aquela ideia tradicional de que tudo o que tem a ver com educação e racionalização tem que ver com progresso, desenvolvimento e melhoria. O mito de que educar é formar deve ser desfeito. A educação como *Ausbildung* (treinamento) deve ser diferenciada da educação *Bildung* (formação). Dessa forma, o que se percebe é que educar pode significar também a preparação que direciona o desenvolvimento destas ou daquelas qualidades, habilidades e competência, podendo atrofiar dados importantes da personalidade humana, significando apenas treinamento. Se todo projeto educacional induz a certos valores, e não há educação isenta, desvios podem ocorrer, por exemplo, aqueles que induzam ao fortalecimento de uma ideia de coletivo que sufoca a autonomia individual, ou ainda aqueles que priorizam a formação técnico-operacional e reificadora da consciência quando se nega, ao mesmo tempo, a formação ampla, crítica e humanística.” (BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos*: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40.).

³⁴ Expressão utilizada por Ferdinand Lassalle para esclarecer que a soma dos fatores reais do poder quando inseridos no texto da Constituição não o torna mais uma folha de papel, “*mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas*” (LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 17-18.).

³⁵ COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 92-93.

³⁶ E aqui se destaca a obra doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 185-232.

uma cultura permanente de educação dos direitos humanos, incluindo o diálogo permanente em todas as esferas institucionais do Poder.

A instrumentalização desta efetividade não se satisfaz apenas com a abstenção ou intervenção casuística do Poder Público para fazer cessar às violações aos direitos fundamentais, mas, antes, compreende sobremaneira a promoção política-normativa inflexível em educação (transformadora), acrescida também da participação dos indivíduos nos debates e na formação das decisões políticas (poder de autogoverno dos cidadãos³⁷). Ocorre que, como é cediço, emergiram fundadas dúvidas sobre a existência da força permanente – a tão aguardada emancipação dos direitos fundamentais no Estado de Direito³⁸. Isto porque, além da instauração de regimes jurídicos totalitários após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, inclusive em terras brasileiras, a ausência de efetividade na proteção dos direitos solenemente proclamados nas Cartas de Direitos de 1988, sobremaneira os denominados direitos sociais, tem revelado certa inflexão negativa para o progresso moral (propugnado por Bobbio).

Oportuno destacar, nesse sentido, uma das grandes ilusões dos Direitos Humanos, que Boaventura denominou “descontextualização”³⁹, para expressar que a linguagem dos direitos do homem, foi utilizada, ao longo da história, como instrumento ideológico por diferentes intérpretes em contextos com propósitos frontalmente incompatíveis⁴⁰,

³⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 345.

³⁸ Danilo Zolo reconhece que, frente à ambiguidade e à dificuldade de promover a definição semanticamente unívoca da expressão Estado de Direito, existiram regimes totalitários que o utilizaram para tornar compatível com o sistema de governo. (COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). Op. cit., p. 6-9.

³⁹ Boaventura remata: “É geralmente reconhecido que direitos humanos, como linguagem emancipatória, provém do Iluminismo do século XVIII, da revolução francesa e da revolução americana⁶. O que normalmente não é referido é que, desde então até os nossos dias, os direitos humanos foram usados, como discurso e como arma política, em contextos muitos distintos e com objetivos contraditórios. No século XVIII, por exemplo, os direitos humanos eram parte integrante dos processos revolucionários em curso e forma um das suas linguagens. Mas também foram usados para legitimar práticas que consideramos opressivas se não mesmo contrarrevolucionárias. [...] O mesmo se poderia dizer de Robespierre que fomentou o terror em nome do fervor beato e dos direitos humanos durante a revolução francesa⁸. Depois da revolução de 1848, os direitos humanos deixaram de ser parte do imaginário revolucionário para passarem a ser hostis a qualquer ideia de transformação revolucionária da sociedade.” (SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013. p. 47-48.).

⁴⁰ Ao refutar a existência de fundamentos absolutos dos direitos humanos, Bobbio traz a lume a preocupação com a antinomia entre alguns direitos fundamentais. “Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam

e se mostra presente na dialética das sociedades modernas, passando a ser monopólio de produção do Estado, que, no entanto, nem sempre se revela capaz de conferir unidade, efetividade e apresentar soluções para a tensão surgida na efetividade dos direitos.⁴¹

Também se destaca o papel central do Estado na temática dos Direitos Humanos, quer para se abster da prática de violações que se mostraram contumazes ao longo da história, quer para a promoção do seu núcleo essencial, com as ressalvas, no entanto, ponderadas por Boaventura,

[...] a centralidade do Estado na discussão dos direitos humanos não permite estabelecer o nexo de causalidade entre poderosos atores não estatais e alguma das massivas violações de direitos humanos, como sejam as que hoje atingem milhões de trabalhadores, imigrantes, pensionistas e estudantes do sul da Europa em resultado da crise causada em boa parte pela desregulação do capital financeiro, a evasão fiscal, os paraísos financeiros, a corrupção generalizada e os parlamentos transformados em balcões de negócios⁴².

Com efeito, é impossível conceber a realização integral da autonomia política dos indivíduos, sobretudo na esfera democrática contemporânea das decisões de poder, sem que, em contrapartida, esteja assegurado aos cidadãos um ambiente propenso ao exercício (integral) dos Direitos Humanos pelo Estado⁴³. E mais, a efetivida-

abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas.” (BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Op. cit., p. 21).

⁴¹ “Mas a verdade é que a efetividade da proteção ampla dos direitos de cidadania foi sempre precária na grande maioria dos países. E a evocação dos direitos humanos ocorreu sobretudo em situação de erosão ou violação particularmente grave dos direitos de cidadania”. Os direitos humanos surgem como o patamar mais baixo de inclusão, um movimento descendente da comunidade mais densa de cidadãos para a comunidade mais diluída da humanidade.” (SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. Op. cit., p. 50.).

⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. Op. cit., p. 52.

⁴³ Notícia Manuel Castells que “Em abril de 2004, um relatório do PNUD, elaborado sob a direção de Dante Caputo, a respeito da Democracia na América Latina, concluiu que 54,7% dos entrevistados preferiram um regime autoritário, se ele ajudasse a aliviar a pobreza e as dificuldades econômicas. Apenas 43% dos latino-americanos apoiavam integralmente a democracia, ao passo que 30,5% subordinavam seu apoio às suas condições de vida, e outros 26,5% criticavam a democracia. A sensação geral é de que, em vez de uma cultura democrática, o que ocorre na América Latina é uma

de dos Direitos Humanos deverá incidir também na relação entre os particulares, com o papel promocional do Estado, em todas as áreas institucionais de atuação (legislação, jurisdição, implantação de políticas públicas).

Não obstante os entraves mencionados, avanços institucionais ocorreram e apresentam sinais concretos do fortalecimento e desenvolvimento dos Direitos Humanos. A Constituição da República de 1988 assegurou, logo em seu art. 5º, *caput*, a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à liberdade, à vida, além de outros direitos humanos decorrentes do regime constitucional. A localização topográfica do preceito constitucional, antecedendo, pela primeira vez em nossa história constitucional, às normas de estruturação do Estado, revela sobremaneira a dimensão da importância conferida aos direitos fundamentais, fruto do processo histórico da redemocratização do país.

De fato, a partir do século XVIII, a existência jurídica da Constituição (Lei fundamental) já esteve atrelada pelos teóricos liberais à proclamação solene dos direitos humanos (chamados de primeira geração). Nesse sentido, colhe-se da leitura do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que: “Não tem Constituição onde a Garantia dos direitos não houver sido estabelecida, nem instaurada a separação de poderes”.

O primado ontológico do direito sobre os deveres do cidadão firmou-se a partir do século XVIII, com a eclosão das primeiras Cartas de Direitos decorrentes das revoluções Francesas e Americana⁴⁴ e com a

cultura eleitoral manipulada pelas elites políticas.” (CASTELLS, Manuel. *O papel da sociedade civil global: a crise da democracia, governança global e a emergência*. In: SEMINÁRIO POR UMA GOVERNANÇA GLOBAL DEMOCRÁTICA, 1., 2004. São Paulo: Instituto Fernando Henrique Cardoso (iFHC), 2005. p. 96-97.).

⁴⁴ Basta a leitura do artigo 4º, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que alinhou o conceito de liberdade no modelo liberal, para se constatar a importância absoluta do preceito na limitação do Poder Público, edificado como pedra angular do constitucionalismo. No mesmo sentido, o artigo 1o da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (EUA), de 16 de junho de 1776. O dogma da liberdade, na concepção liberal de não intervenção do Estado na esfera do indivíduo, tem o seu paroxismo na edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, em que restou assentado, em inúmeros dispositivos, que as pessoas nascem livres e iguais em direitos, dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

consolidação do Estado de Direito⁴⁵, muito embora já existissem documentos assecuratórios de algumas liberdades fundamentais.⁴⁶

Fato é que as dificuldades estruturais apontadas por Bobbio, no plano da efetividade dos direitos humanos, têm se arrefecido substancialmente, sobretudo no direito brasileiro que, a partir da promulgação EC 45/2004, autorizou que o país se submetesse à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nos termos da legislação em regência, conferindo ainda *status* de emendas constitucionais aos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos (uma das facetas da denominada internacionalização do Bobbio, mas fortemente criticada por Boaventura em vista da compreensão ocidental sobre a universalidade dos direitos humanos⁴⁷). Além disso, o parlamento brasileiro avançou institucionalmente na aprovação de normas e estatutos protetivos, buscando tutelar os direitos humanos de classe de indivíduos historicamente mais expostos a figurar como vítimas de agressões políticas, econômicas e jurídicas perante o Estado ou em face de agentes do mercado (v.g., Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso, Pessoa com Deficiência)

A conclusão possível é que os dissabores e entraves contingentes de uma sociedade fragmentada, que tem no entretenimento um valor supremo, não têm o condão de infirmar ou retroagir os avanços das primeiras etapas do progresso dos Direitos Humanos. O que não significa, em contrapartida, que não comporte uma revisão permanente das etapas delineadas por Bobbio, sobretudo no plano da educação nesta temática. Em outras palavras, a consolidação, ao menos no plano abstrato, está posta no ordenamento jurídico vigente, cabendo agora, ao lado da especificação dos direitos do homem, a abertura de um canal permanente de diálogo e a implantação de uma cultura permanente em educação.

⁴⁵ “A inflexão a que me referi, e que serve como fundamento para o reconhecimento dos direitos do homem, ocorre quando esse reconhecimento se amplia da esfera das relações econômicas interpessoais para as relações de poder entre príncipe e súditos, quando nascem os chamados direitos públicos subjetivos, que caracterizam o Estado de direito. É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista do cidadão. [...] No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos.” (BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Op. cit., p. 58.)

⁴⁶ Floresceram, na Inglaterra, v.g., cartas e estatutos assecuratórios dos direitos do homem, como a Magna Carta (1215-1225), o Habeas Corpus Amendment Act (1679) e o Bill of Rights (1688).

⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. Op. cit., p. 53-60.

A política cultural e educacional que propugno, como instrumento de consolidação das etapas na construção dos direitos humanos, não se restringe à transmissão da educação formal ou voltada apenas para a memorização, mas, antes, tem o propósito de viabilizar a emancipação do ser humano na convivência social⁴⁸, instrumentalizada pelos objetivos estratégicos e ações programáticas constante do eixo orientador V, do PNDH-3,⁴⁹ incluindo o estabelecimento de diretrizes curriculares para todos os níveis e modalidades de ensino da educação básica, para a inclusão da temática de educação e cultura em Direitos Humanos, promovendo o reconhecimento e o respeito das diversidades de gênero, orientação sexual, identidade de gênero, geracional, étnico-racial, religiosa, com educação igualitária, não discriminatória e democrática.

3. A paz, direitos humanos e o papel afirmativo do Estado

A paz, mais do que um ditame kantiano da razão que não se esgota apenas no regime jurídico estatuído pela Carta de Direitos⁵⁰, é

⁴⁸ Nesse sentido, preconiza Eduardo Bittar, fazendo citação a Paulo Freire: “A educação que prepara para a emancipação deve ser sobretudo uma educação que não simplesmente formula, ao nível abstrato, problemas, mas aquela que conscientiza do passado histórico, tornando-o presente, para a análise da responsabilidade individual antes os destinos coletivos futuros. Por isso, a necessidade de que a educação para os direitos humanos, se emancipatória, vise, acima de tudo, a produção do enraizamento, porque se trata de um modelo compromissório. Com Paulo Freire ‘Parecia-nos, deste modo, que das mais enfáticas preocupações de uma educação para o desenvolvimento e para a democracia, entre nós, haveria de ser a que oferecesse ao educando instrumentos com que resistisse aos poderes do ‘desenraizamento’ de que a civilização industrial a que nos filiamos está completamente armada. Mesmo que armada igualmente esteja ela de meios com os quais vem crescentemente ampliando as condições de existência do homem’.” (BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos* : estudos de teoria crítica e filosofia do direito. Op. cit., p. 43.).

⁴⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>.

⁵⁰ Lembra Soraya Nour que: “Os conceitos de guerra e paz têm para Kant caráter estrutural, vinculados à estrutura jurídica institucional. O conceito de ‘violência estrutural’ significa que num estado não jurídico pessoas e povos isolados não estão seguros nem contra a violência dos outros nem para fazer ‘o que lhes parece justo e bom’. O estado da natureza (*status naturalis* - uma hipótese, e não um dado histórico) entre homens não é a de paz, mas sim de guerra - mesmo que não haja guerra, devido à ameaça permanente de hostilidades. [...]. O primeiro artigo definitivo da Paz perpétua considera o republicanismo primeira condição para o estabelecimento da paz: ‘a constituição civil (*die burgerliche Verfassung*) em todo Estado deve ser republicana’. Se a liberdade jurídica, como autonomia, é a faculdade que tenho de obedecer apenas a uma lei exterior à qual possa dar meu consentimento, então a única constituição que se origina desta ideia é a republicana, que faz com que o Estado seja administrado conforme as leis que um povo daria a si próprio” (NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2004).

pressuposto ao exercício dos Direitos Humanos e da própria democracia, incompatível, portanto, com os anseios e pressões enraizados numa sociedade que demanda consumo imediato, em que o entretenimento e a diversão são erigidos a valores supremos.⁵¹ E mais, a paz é um imperativo categórico que pressupõe a existência da força legítima na ordem jurídica-social.⁵²

Como se vê, o estado da natureza não apresenta nenhuma estabilidade para a consolidação da paz e das liberdades fundamentais, mas, antes, só é possível assegurá-la por meio da consolidação definitiva do Estado de Direito, institucionalizado por meio de positivação solene dos direitos fundamentais numa Carta de Direitos, além da preocupação permanente com a efetivação e implantação de políticas institucionais de educação. É preciso construir um ambiente cultural, por meio de políticas públicas e fiscalização sucessiva do Estado (sobretudo no âmbito legislativo, executivo e também na magistratura), para viabilizar medidas da efetividade dos Direitos Humanos em nossa época, incentivando a reflexão crítica para assegurar a paz e o regime democrático.

Passa-se, então, a exigir uma atuação positiva do Estado, de caráter positivo. Essa é a ironia propalada pelo Professor de Yale, Owen Fiss, com relação ao papel do Estado alusivo às liberdades de expressão e de imprensa, porquanto a autoridade estatal é, ao mesmo tempo, um inimigo mortal e um amigo imprescindível destas liberdades.⁵³ O que se perquire é reexaminar justamente a natureza do Estado pós-moderno e verificar se ele pode desempenhar algum papel assecuratório das liberdades básicas, ou se mantém a visão tradicional de inimigo natural dos Direitos Humanos.

⁵¹ *O que quer dizer civilização do espetáculo? É a civilização de um mundo onde o primeiro lugar na tabela de valores vigentes é ocupado pelo entretenimento, onde divertir-se, escapar do tédio, é a paixão universal. Esse ideal de vida é perfeitamente legítimo, sem dúvida. [...] Mas transformar em valor supremo essa propensão natural a divertir-se tem consequências inesperadas: banalização da cultura, generalização da frivolidade e, no campo da informação, a proliferação de jornalismo irresponsável da bisbilhotice e do escândalo.* (VARGAS LLOSA, Mario. Op. cit., p. 29-30.)

⁵² Kelsen prescreve: *“O Estado moderno é o tipo mais perfeito de ordem social que instaura o monopólio comunitário da força. Sua perfeição se deve à centralização do emprego da força (que não deve ser confundida com sua monopolização). No Estado, a pacificação das relações entre indivíduos – isto é, a paz nacional – é alcançada no mais alto grau possível.”* (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op. cit., p. 393.)

⁵³ FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 21.

Trazendo o impasse para o direito nacional, num esforço hermenêutico de extrair a vontade do legislador constituinte de 1988, é lícito concluir que a nossa Constituição atual promoveu de forma categórica a harmonização do papel do Estado, uma vez que, antecedendo o regime jurídico da estruturação do Estado, reafirmou conjunto de direitos fundamentais negativos (previstos no art. 5º), assegurando, ao mesmo tempo, uma avalanche de direitos sociais, que pressupõem a atuação promocional do Estado para sua materialização (arts. 6º e 7º). Em outras palavras, a Carta da República de 1988 acomodou, no âmbito de proteção institucional, as duas espécies de modalidade de compromisso do Estado, na condição simultânea de garantidor e promotor das liberdades fundamentais, ou seja, na assunção de deveres normativos, de natureza polissêmica – positiva (ou promocional) e negativa – do Poder Público.

O reconhecimento e a incorporação dos Direitos Humanos no ordenamento social, político e jurídico brasileiro resultam de um processo de conquistas históricas, cujo paroxismo se materializa na Constituição Brasileira de 1988. E para tanto, torna-se indispensável o papel “promocional” do Estado. Lembrem Bodo Pieroth e Bernhard Schlink que o direito é conformado pela história e não pode ser compreendido sem esta última, sendo que as regulações jurídicas poderão ter um fôlego mais prolongado que as ordens políticas, quando assentadas em circunstâncias sociais e econômicas uniformes ou quando dão resposta a questões fundamentais humanas invariáveis. Para os referidos autores,

[...] Os direitos fundamentais são, enquanto parte do direito público e do direito constitucional, direitos políticos e estão sujeitos à mudança das ordens políticas. Mas os direitos fundamentais são também, simultaneamente, uma resposta à questão fundamental invariável da relação entre liberdade individual e a ordem política.⁵⁴

Outro argumento que alicerça a tese favorável à mediação estatal dos direitos fundamentais, além da consolidação da jurisprudência da ausência de direitos absolutos, é a existência dos chamados

⁵⁴ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37.

limites imanentes⁵⁵. No primeiro caso, tornou-se comum afirmar que os indigitados limites fazem parte da própria essência dos direitos fundamentais, e se justificariam, segundo Canotilho, pela existência de limites originários, baseados numa pretensa “cláusula da comunidade”⁵⁶, em que os direitos e liberdades fundamentais poderiam ser limitados quando colocassem em risco bens jurídicos indispensáveis à existência da comunidade. Todavia, embora não se ignore a distinção feita por alguns teóricos brasileiros sobre a natureza jurídica desses limites e a pretensa impossibilidade da regulamentação, o autor português impõe severas restrições à mencionada teoria, já que, além da dificuldade de se averiguar se esses limites obedecem à técnica (interpretação) da proporcionalidade, corre-se o risco de, na ausência de “reservas de restrições”, “se colocar de novos direitos, liberdades e garantias na disposição limitativa do legislador”.⁵⁷

4. Conclusão

Se for verdade que os direitos humanos nascem em determinadas circunstâncias, constata-se também que quando novas liberdades se rebelam legitimamente contra a opressão estatal, ou de outros agentes privados (mestrado), exige-se a atuação positiva do Estado para assegurar a efetividade dos Direitos Humanos, sobretudo estatuindo

⁵⁵ E aqui surge a divergência na doutrina sobre a natureza jurídica destes limites imanentes. Para o professor português Canotilho, os limites imanentes expõem uma natureza constitutiva: “[...] são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, prima facie, cabia no âmbito protetivo de um direito, liberdade ou garantia. Assim, por exemplo, o direito de greve inclui, prima facie, no seu âmbito de proteção, a greve dos trabalhadores do serviço de saúde, mas, através da ponderação de princípios (bens) jurídico-constitucionais - direito à greve, saúde pública, bem da vida - pode chegar-se a excluir, como resultado desta ponderação, a greve total que não cuidasse de manter os serviços estritamente indispensáveis à defesa da saúde e da vida.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1282.). O professor Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, após destacar a natureza declaratória desses limites, integrantes da chamada teoria interna dos direitos fundamentais, faz a ressalva necessária sobre a problemática da adoção desses limites, já que, dentre os motivos deduzidos, destaca-se a dificuldade de se traçar definição prévia do que é protegido pelo âmbito da norma fundamental (já com os limites imanentes) e do que não é protegido. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Op. cit., p. 131-133.).

⁵⁶ Para o mestre português, os limites primitivos se traduzem em “i) limites constituídos por direitos dos outros; ii) limites imanentes da ordem social; (iii) limites eticamente imanentes.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1280.).

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1280-1281.

e fiscalizando políticas públicas (permanentes), bem como para fomentar o desenvolvimento de educação sobre a temática dos direitos fundamentais.

Conforme visto neste ensaio, o progresso moral da humanidade alardeado por Bobbio, além de estar edificado na proclamação, na internacionalização e na efetividade dos Direitos Humanos, deve ser avaliado também conforme o grau de emancipação alcançada pelos indivíduos na formação educacional relacionada à temática dos Direitos Humanos e à sua aplicação em sociedade. Além disso, a consolidação definitiva do regime democrático, em harmonia com a paz, além de pressupor a existência de um Estado de Direito, exige o aprofundamento da consciência dos indivíduos sobre o papel central dos Direitos Humanos⁵⁸, sobretudo numa civilização qualificada, infelizmente, pelo espetáculo nas relações interpessoais.

Em outras palavras, mais do que a positivação dos Direitos Humanos, torna-se fundamental (para sua efetividade) a existência de acesso dos cidadãos às fontes múltiplas sobre a história e aos institutos político-jurídicos dos Direitos Humanos, ou seja, uma verdadeira política cultural permanente, emancipadora da consciência crítica, ainda incipiente no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, o primeiro passo foi criado definitivamente, por meio de compromissos políticos (e jurídicos), assumidos pelo Estado brasileiro quando da promulgação do Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, diploma jurídico que aprovou o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3.

Não se olvide, por fim, que a simples proclamação dos direitos humanos, ou mesmo a singela positivação nas Cartas de Direitos, quando muito representam uma cândida esperança da tutela futura do Estado na sua efetivação, por meio da legislação e fiscalização permanente. A linguagem dos direitos humanos mostra-se, ainda, carente de diálogo educacional entre os cidadãos, e também de efetividade, privando-os não só do exercício das mais mezinhas liberdades fundamentais, mas, pior ainda, do próprio conhecimento da sua existência.

⁵⁸ Descreve Bittar: *“Uma cultura democrática é aquela que é capaz de incentivar que indivíduos que estão em processo de formação educacional sejam incentivados a pensar por si mesmos, o que não se faz sem incentivos claros à autonomia, ao desenvolvimento humano e ao esclarecimento. [...] A prática da liberdade se exerce com incentivos claros ao desenvolvimento de habilidades e competências capazes de forjar a consciência crítica, participativa, tolerante, o que não se faz sem a consciência sobre a importância das práticas comunicativas e dialogais”* (p. 54).

Referências

BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Papagaio, 2004.

BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teorias crítica e filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *O tempo da memória: De Senectude e outros escritos autobiográficos*. Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CASTELLS, Manuel. O papel da sociedade civil global: a crise da democracia, governança global e a emergência. In: SEMINÁRIO POR UMA GOVERNANÇA GLOBAL DEMOCRÁTICA, 1., 2004. São Paulo: Instituto Fernando Henrique Cardoso (iFHC), 2005.

CHAUI, Marilena. *Simulacro e poder*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da indignação: cartas pedagógicas e outros escritos*. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

_____. *Pedagogia da tolerância*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. Lisboa: Relógio d'Água, [19--].

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAU, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *A Justiça na sociedade do espetáculo: reflexões públicas sobre direito, política e cidadania*. São Paulo: Alameda, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

VARGAS LLOSA, Mario. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

Intepretação constitucional e limites à reação legislativa

*Pedro Siqueira De Pretto*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

*Renato Siqueira De Pretto*²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. Jurisdição constitucional brasileira e neo-constitucionalismo. 2. Legitimidade da jurisdição constitucional e a relevância dos diálogos interinstitucionais. 3. Limites e conseqüências no abuso da reação interinstitucional à decisão judicial. Conclusões.

Introdução

A Constituição da República é a norma ápice do sistema jurídico pátrio. As normas que dela são extraídas devem ser respeitadas por todos os atos perpetrados pelos Poderes Constituídos. A sua alteração, inclusive, não pode ser realizada de qualquer maneira, seja no aspecto formal, seja no aspecto material, devendo seguir os ditames preceituados no seu artigo 60.

Não cabe apenas ao Judiciário a tarefa de fazer respeitar e cumprir a Constituição. Esse encargo incumbe a todos os Poderes da República, cada qual nas suas funções estabelecidas.

¹ Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Professor Assistente do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Escola Paulista da Magistratura – Núcleo Regional de Araçatuba.

² Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE/Bauru. Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Universitário (PUCCAMP). Professor Assistente do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Escola Paulista da Magistratura em Campinas e Professor de Direito Tributário do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS).

Essa atuação, todavia, pode levar a determinados embates, notadamente nos casos em que os Poderes pretendem atuar nas mesmas situações, cada qual impondo a melhor interpretação do Texto Supremo para certa hipótese.

Nesse contexto, este artigo pretende delinear, de forma breve, a resistência havida no exercício dos diálogos constitucionais entre os Poderes Estatais, mormente considerando a edição de atos legislativos “corretivos” após decisões judiciais sobre coincidente matéria e as respectivas consequências práticas.

1. Jurisdição constitucional brasileira e neoconstitucionalismo

A jurisdição constitucional possui como enfoque a atuação do Poder Judiciário com o escopo de salvaguardar as normas previstas e extraídas da Constituição da República. Coaduna-se o papel exercido pelos Magistrados com o objetivo de, mediante a atuação em determinado processo, garantir a aplicabilidade e o respeito do Texto Constitucional.

Não poderia ser diferente a exigência de observação dos ditames da Lei Maior, pois, ao longo do tempo, espelhou-se a necessidade de elaboração de uma Constituição escrita, que revelasse a existência de direitos fundamentais e apresentasse preceitos, visando à limitação e à separação dos Poderes, a fim de conter o abuso daqueles que exerciam a função de comando, no mais das vezes, de maneira arbitrária. Nesse sentido é o escólio de André Ramos Tavares:³

[...] É comum o emprego da expressão “jurisdição constitucional” para designar a sindicabilidade desenvolvida judicialmente tendo por parâmetro a Constituição e por hipótese de cabimento o comportamento em geral e, principalmente, do Poder Público, contrário àquela norma paramétrica.

A fiscalização do cumprimento da Constituição tem como pressuposto básico a ideia desta como conjunto normativo fundamental, que deve ser resguardado em sua primazia jurídica, vale dizer, em que se impõe a rigidez constitucional. Requer-se, ainda, a Constituição em sentido formal.

³ *Curso de direito constitucional*, p. 266-267.

A propósito, é o que justamente encontramos em nosso primeiro Código integralmente apresentado, discutido, votado e aprovado sob o feixe da Constituição de 1988, qual seja, o Código de Processo Civil de 2015, cujo artigo 1º dispõe que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Todo esse ideal levou ao modo por meio do qual se realiza a defesa de nossa atual Carta Magna na esfera jurisdicional: de maneira difusa ou de maneira concentrada.

O primeiro - controle difuso-concreto - é o incorporado do sistema norte-americano e pode ser realizado por qualquer Juiz ou Tribunal, em determinado caso concreto, com efeitos, em regra, *ex tunc*⁴ e *inter partes*.

Por sua vez, o controle concentrado-abstrato, originado da Áustria, é efetivado, no plano federal, tendo como base a Constituição Federal⁵, mediante formulação de um requerimento diretamente ao Supremo Tribunal Federal, órgão ao qual a Constituição da República, em seu artigo 102, incumbiu sua guarda. Dessa maneira, a princípio, não é aplicável a algum caso concreto, mas mediante uma ação judicial que analisará a compatibilidade e a harmonia sob o prisma objetivo, sem discussão, portanto, de direitos subjetivos, de um ato normativo com a norma superior do ordenamento jurídico pátrio, gerando efeitos erga omnes, vinculante e, em virtude do disposto no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, como regra, *ex tunc*.⁶ Da própria Constituição Federal (artigo 102, inciso I, alínea “a”, e § 1º, respectivamente), extraem-se as ações de controle concentrado: ação direta de inconstitucionalidade; ação declaratória de constitucionalidade; e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

⁴ Veja-se que o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a modulação dos efeitos temporais, prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, também para o método difuso-concreto de controle de constitucionalidade, como se depreende, por exemplo, dos seguintes julgados: RE 442.683/RS; RE 197.917/SP; RE 217.141/SP.

⁵ No plano estadual, figurando a Constituição Estadual como suporte normativo, o controle de constitucionalidade jurisdicional pelo método abstrato é exercido pelo Tribunal de Justiça, como se infere do artigo 74, inciso VI, da Constituição do Estado de São Paulo.

⁶ Com propriedade esclarece o Min. Teori Albino Zavascki que a eficácia subjetiva erga omnes corresponde aos efeitos para todos os possíveis destinatários da norma que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade produz; de seu turno, “o efeito vinculante confere ao julgamento uma força obrigatória qualificada, com a consequência processual de assegurar, em caso de recalitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo – a reclamação – para impor o seu cumprimento” (*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 52-53).

O Supremo Tribunal Federal exerce, nesse juízo de compatibilidade de um ato em relação ao Texto Maior, as funções de Corte Constitucional, cabendo-lhe proferir a última decisão, ao menos ao próprio Poder Judiciário e ao Poder Executivo⁷, acerca da aplicação e interpretação mais adequada, na sua visão, da Constituição.

Nossa Suprema Corte, todavia, em razão da explosão da litigiosidade processual, vem enfrentando problemas no que tange ao exercício dessa função de Corte Constitucional, uma vez que competente para o julgamento de outras causas não relacionadas propriamente com o controle da Constituição⁸. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, a respeito do tema, ponderam:

[...] A discussão na Constituinte sobre a instituição de uma Corte Constitucional, que deveria ocupar-se, fundamentalmente, do controle de constitucionalidade, acabou por permitir que o Supremo Tribunal Federal não só mantivesse a sua competência tradicional, com algumas restrições, como adquirisse novas e significativas atribuições. A Constituição de 1988 ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle da omissão inconstitucional.⁹

E esse controle acentua-se em face do neoconstitucionalismo, fenômeno cunhado para justificar, hodiernamente, a força normativa e a valorização dos princípios no Estado Democrático de Direito. Verificou-se que apenas se valer do texto normativo que está no cume de determinado sistema jurídico para respaldar condutas perpetradas por agentes públicos não seria suficiente para resguardar os direitos insculpidos constitucionalmente.

⁷ Nesse vértice, o teor do § 2º do artigo 102 de nossa Lei Maior: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

⁸ A título de exemplificação, a competência originária para o julgamento de crimes comuns perpetrados por certas autoridades (artigo 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, da Constituição).

⁹ *Curso de direito constitucional*, p. 965.

O neoconstitucionalismo decorreu, então, de análises realizadas após a Segunda Guerra Mundial. De fato, após os julgamentos de Nuremberg, a defesa dos oficiais nazistas sustentava que eles somente tinham obedecido ao Direito positivo da Alemanha, ou seja, argumentavam que não poderiam ser condenados, uma vez que as condutas por eles tomadas encontravam respaldo na legislação vigente na época. Na visão de Daniel Sarmento:

[...] Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias de argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os “casos difíceis” do Direito. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geometrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar. A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas.¹⁰

Assim, concluiu-se que o Direito não poderia se justificar por si mesmo. A norma jurídica demandava uma legitimidade diferente, surgindo a ideia de que o Direito apenas seria válido se baseado na dignidade da pessoa humana. Como visto, ele foi exposto como crítica ao positivismo puro, à legalidade estrita.

Em consequência, passou-se a ter uma nova leitura do Direito, de certo modo incluindo a moral em sua interpretação. A norma passa a ser também principiológica, e não apenas uma norma-regra. A matéria

¹⁰ O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades, p. 80.

constitucional abarca, nesse quadro, não só rigorosamente os direitos fundamentais, mas valores, opções políticas, diretrizes aos poderes do Estado. As Constituições passaram a se tornar dirigentes, prolixas, programáticas. Conforme se extrai da lição de Uadi Lammêgo Bulos:

[...] A fase que estamos vivendo é a do constitucionalismo contemporâneo, marcada pela existência de documentos constitucionais amplos, analíticos, extensos, a exemplo da Constituição Brasileira de 1988.

É no constitucionalismo contemporâneo que iremos ver, com notável nitidez, o robustecimento daquelas ideias hauridas na segunda metade do século XX, na etapa do constitucionalismo moderno, preconizadas pelo ideário *pós-positivista*, responsável pelo florescimento de um *constitucionalismo principialista*, oriundo do reconhecimento da *face principiológica do Direito*.¹¹

Outra decorrência foi o acréscimo de funções ao Poder Judiciário, que não deveria se limitar apenas a ser o mero aplicador da lei, tal qual mencionou Montesquieu no livro “O espírito das leis”. Deveria, também, entre outras atividades, buscar a defesa dos direitos fundamentais, resolver conflitos entre os demais Poderes e defender a supremacia da Constituição da República.

E essas convicções apresentam peso quando do julgamento das causas submetidas aos Magistrados. Efetivamente, a jurisdição constitucional incutiu esses pensamentos quando movimentada. A utilização de princípios abertos, da técnica da ponderação de interesses e o uso da proporcionalidade e da razoabilidade como fundamentos para decisões judiciais têm-se tornado cada vez mais frequente¹². Ademais, alterou-se o entendimento que se possuía sobre os direitos sociais, que atualmente recebem verdadeira tutela judicial e legal, e antes ocupavam uma posição meramente de normas programáticas. Além disso, e no

¹¹ *Curso de direito constitucional*, p. 22.

¹² Aproveitando-nos, mais uma vez, do Novo Código de Processo Civil para ilustrar a assertiva, pois dispõe seu artigo 8º que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

mesmo diapasão, fala-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, colmatação de lacunas nas legislações e das sentenças aditivas.¹³

Por um lado, é evidente a importância da discussão do tema, pois a ciência jurídica deve prever uma pretensão de correção, é dizer, a análise de casos com acepção de valores, muitas vezes representados por normas abertas, confere maior adequação e prática para o Direito, até porque a visão positivista é manifestamente insuficiente para lidar com a realidade jurídica atual.

O Direito positivo não consegue abranger todas as hipóteses e casos que são levados ao conhecimento do Poder Judiciário e demandam uma resolução. Não há previsão específica acerca de todos os conflitos de interesses que podem surgir ao longo do tempo, notadamente considerando as peculiaridades de cada região e o desenvolvimento tecnológico, que por vezes caminham a passos mais largos que a edição de normas regulando a matéria.

Ainda que haja a subsunção de algum evento ao Direito posto, este pode não se mostrar adequado para aquela singular e ímpar situação, ocasião em que se impõe a análise da ciência jurídica pelo neoconstitucionalismo, sem se olvidar de interpretação da norma em conjunto com valores, podendo ser aplicada a ponderação de princípios, inclusive se configurada inesperada injustiça com a mera aplicação do texto escrito da lei.

Pode ser citada como exemplo a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 712 (entre outros), qualificada como sentença aditiva, que regulou o direito de greve dos servidores públicos após longo íterim de inércia legislativa. Em tal julgado, determinou-se a aplicação a esses funcionários da Lei nº 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve aos trabalhadores da iniciativa privada. Por meio de uma decisão judicial, eficaz até o rompimento da letargia legislativa, criou-se uma norma que não estava prevista na legislação, porquanto o Poder Legislativo tardou a implementar a lei específica que é exigida pelo artigo 37, inciso VII, da Constituição da República.

Por outro lado, importa mencionar que essa corrente de pensamento pode levar à constitucionalização de vários temas que não deveriam merecer tal enfoque, em virtude da grande presença de normas

¹³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 92-93.

da Constituição da República com elevado conteúdo de preceitos e concepções, circunstância que poderia retirar o papel do legislador ordinário, que passaria a executar decisões pré-concebidas do constituinte.

Além disso, argumenta-se que os juízes e seus auxiliares não detêm a devida expertise para lidar com determinados problemas, a exemplo de assuntos que possam envolver e influenciar a economia brasileira, como a possibilidade de majoração do salário-mínimo por considerá-lo insuficiente ante os termos do artigo 7º, inciso IV, da Lei Maior. Esta assegura e prevê a divisão dos poderes constituídos (artigo 2º), com o escopo de se autocontrolarem e, com seus atos, não influenciarem, em regra, funções típicas dos demais, sob pena de mácula ao seu núcleo intangível (artigo 60, § 4º, inciso III).

Outrossim, diz-se que a maior amplitude na interpretação, de que se valem conceitos jurídicos indeterminados, normas abertas e princípios, pode propiciar o aumento na insegurança jurídica. Não se descuida que a decisão judicial deve ser devidamente fundamentada – em especial pelo mandamento previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal –, mas há risco de prolação de sentenças conflitantes ante a carga subjetiva dessas matérias.¹⁴

Ganha mais notoriedade a discussão nos dias atuais quando nos deparamos com a falta de credibilidade da sociedade em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, os quais detêm, paradoxalmente, porque escolhidos de forma direta pelo voto, índices de desabono maiores que o do Judiciário.¹⁵ As informações repassadas pela mídia, noticiando diversos e consecutivos atos de corrupção e eventuais trocas de favores entre representantes desses Poderes, gera a consciência popular de que os erros devem ser corrigidos pelo Poder Judiciário.

Expostas essas ideias, extrai-se que a necessária aplicação das normas postas e a forma de atuação do Judiciário demandam uma visão equilibrada do Direito, com o objetivo de combater a falta de cumprimento dos direitos fundamentais previstos e extraídos da Constituição

¹⁴ PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLET, André Luiz; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 35-37, 40.

¹⁵ AFFONSO, Julia; MACEDO, Fausto; COUTINHO, Mateus. *Confiança no Judiciário é de apenas 29% da população, diz FGV*. Pesquisa em que “na lanterna” encontram-se a Presidência da República, 11%, Congresso, 10% e partidos políticos, 7%. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/confianca-no-judiciario-e-de-apenas-29-da-populacao-diz-fgv/>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

da República, tutelando o Estado Democrático de Direito, mas, também, para refrear a função jurisdicional violadora do espírito das leis.

2. Legitimidade da jurisdição constitucional e a relevância dos diálogos interinstitucionais

Em prestígio à rigidez constitucional, a alteração da Lei Maior é feita por um modo mais rigoroso em comparação com a legislação comum.

De fato, analisando os artigos 60 e 61 do mencionado Texto, extrai-se que há requisitos e critérios mais específicos para se alterar a Norma Suprema do sistema do que para modificar e criar as demais espécies contidas em seu artigo 59. A título de exemplo, enquanto o quórum para aprovação da lei ordinária é de maioria relativa com aprovação em um turno em cada Casa Legislativa Federal (artigo 47 *c/c* artigo 65, *caput*, ambos da Constituição da República), a aprovação de uma proposta de emenda à Constituição exige três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos por Casa (artigo 60, § 2º, da Constituição Federal).

A partir dessas duas proposições, foi preciso criar um meio para que se pudesse, efetivamente, assegurar a força normativa e a hierarquia da Constituição. Idealizou-se um mecanismo por meio do qual, ao menos em regra, se exerce uma atividade legislativa negativa, qual seja, o controle de constitucionalidade. Portanto, este exame impede a subsistência de uma norma que viola a Constituição, reconhecendo-se sua invalidade, bem como assegura a eficácia das interpretações extraídas desse Texto.¹⁶

A inconstitucionalidade apresentada pode ser originária, isto é, a norma, assim que editada, já contém essa pecha, veiculando preceptivos contrários aos princípios e regras da Constituição. Nessa hipótese, em que há um novo texto incompatível com a norma constitucional, entende o Supremo Tribunal Federal que o ato normativo é, em princípio, nulo¹⁷, e não anulável ou inexistente. De forma extraordinária,

¹⁶ Quanto ao tema, explicam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p. 56): “Nos países que possuem Constituições rígidas, ou seja, aquelas que preveem, para sua própria alteração, um procedimento legislativo mais gravoso do que o estipulado para as leis ordinárias, institui-se uma espécie de pirâmide normativa, em cujo ápice se localiza a Constituição. [...] Dessa maneira, todos os atos normativos infraconstitucionais devem, por princípio, guardar compatibilidade com a respectiva Constituição”.

¹⁷ Nesse vértice, v.g., RE 348.468, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15-12-2009, 2ª T, DJE de 19-2-2010.

cabível será a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, *ex vi* da já citada norma inscrita no artigo 27 da Lei nº 9.868/99.¹⁸

Há, porém, situações em que não há inconstitucionalidade verificada quando da elaboração da norma. Não há qualquer vício quando do surgimento do ato normativo, nascendo a mácula posteriormente.

A primeira circunstância que pode ser trazida à baila é a alteração formal da Constituição. A norma infraconstitucional, quando de seu nascedouro, era compatível com a Lei Maior. Depois, contudo, houve uma modificação no texto hierarquicamente superior ou o surgimento de nova ordem constitucional que retirou a harmonia até então existente.

Nessas contingências, a Corte Constitucional brasileira não se envereda no sentido de reconhecer a nulidade, tal qual na inconstitucionalidade originária. Entende, como exortado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, que há revogação ou não recepção da norma anterior incompatível materialmente com o novo Texto Maior, uma vez que seria ilógico, no nosso sistema, que as leis posteriores revogassem as anteriores e a Lei Fundamental assim não o fizesse.¹⁹ Explicitou o Min. Relator Paulo Brossard em citada Ação Direta:

[...] Constituição. Lei anterior que a contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade. A Lei ou é constitucional ou não é Lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A Lei é constitucional quando fiel à constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à Lei e há de ser apurado em face da constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir constituição futura. A constituição sobrevinda

¹⁸ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁹ Trata-se do chamado fenômeno da recepção constitucional, que corresponde ao fenômeno pelo qual a nova Constituição (ou a nova norma constitucional) recebe o ordenamento jurídico anterior que com ela se mostre materialmente compatível.

não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a Lei Fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, Leis ordinárias. A Lei Maior valeria menos que a Lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.

Por outro lado, pode-se falar em hipótese de inconstitucionalidade superveniente pela alteração informal da Constituição, realizada por mutação constitucional, derivada do Poder Constituinte Difuso. Nessa hipótese, transmuda-se o conteúdo e o alcance da norma constitucional informalmente, ou seja, sem qualquer mudança do texto da Constituição.

Vale asseverar que a diferença entre a inconstitucionalidade superveniente e a revogação não é puramente teórica, havendo importantes resultados práticos. A título de exemplo, *a priori*, se há inconstitucionalidade, deve ser aplicado o artigo 97 da Lei Maior, que prevê a cláusula de reserva de plenário, segundo a qual “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Todavia, diante de revogação ou não recepção, não se exige a reserva de plenário nem o quórum de maioria absoluta, não incidindo o referido preceptivo. Configurado o caso de não recepção, incabível é a Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo a conclusão diferente em se tratando de inconstitucionalidade.²⁰

Vista esta atividade legislativa negativa exercida pelo Poder Judiciário, é importante notar que, uma vez declarada a inconstitucionalidade ou a não recepção de um ato infraconstitucional, ele não mais persiste no ordenamento jurídico. Sobrevindo, posteriormente,

²⁰ No julgamento do AI-AgR 851.849/RS, Primeira Turma, em 23/04/2013, o Rel. Min. Luiz Fux esclareceu que: “A cláusula de reserva de plenário (full bench) é aplicável somente aos textos normativos erigidos sob a égide da atual Constituição. As normas editadas quando da vigência das constituições anteriores se submetem somente ao juízo de recepção ou não pela atual ordem constitucional, o que pode ser realizado por órgão fracionário dos tribunais sem que se tenha por violado o art. 97, da CF”.

um acréscimo ou alteração no texto da Constituição, que tornaria constitucional a norma antes declarada como inválida, esta correção, simplesmente com tal enfoque, não convalida nem exclui a mácula que acometia o ato violador da Constituição. Frise-se, então, que não existe uma figura sobre a constitucionalidade superveniente de ato antes violador da Lei Maior simplesmente por alteração do parâmetro de interpretação.²¹ Na prática, a norma retificadora só abrangerá os atos realizados depois de sua edição.

Por outro lado, caso a norma seja declarada constitucional, seja mediante a procedência do pedido de uma declaratória de constitucionalidade, seja pela improcedência do intento lançado numa ação direta de inconstitucionalidade (recordando-se, neste âmbito, acerca do caráter ambivalente, proclamado pelo artigo 24 da Lei nº 9.868/99, de referidas ações), é possível, mais tarde, que ela seja reconhecida como inconstitucional. Isso porque pode haver a alteração do parâmetro constitucional, com modificação formal do texto da Constituição ou, ainda, por algum critério informal de alteração, como a aludida mutação constitucional.

E aqui, neste breve estudo, a matéria ganha magnitude. Deveras, uma vez decidido pelo Poder Judiciário que um dispositivo de nosso ordenamento jurídico é constitucional ou é inconstitucional, é certo que a questão controvertida, muitas vezes, não se encerra de modo definitivo, propiciando nova ciranda procedimental de debates entre os Poderes da República e a própria sociedade. Esse controle das próprias decisões judiciais motiva-se, ademais, na densificação dos princípios constitucionais, como decorrência do neoconstitucionalismo, em face da exacerbação do papel criativo do juiz.²² Trata-se de corolário do regime democrático adotado por nossa Constituição de 1988 e que, no magistério de Peter Häberle, derivaria da sociedade aberta dos intérpretes, *in verbis*:

²¹ A propósito, ponderou o Min. Dias Toffoli: “Em nosso ordenamento jurídico, não se admite a figura da constitucionalidade superveniente. Mais relevante do que a atualidade do parâmetro de controle é a constatação de que a inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor. Caso contrário, ficaria sensivelmente enfraquecida a própria regra que proíbe a convalidação” (STF, ADI 2.189/PR, Tribunal Pleno, Julg. 15/09/2010, DJE 22/02/2011, p. 36).

²² ROCHA, Mauro Sérgio. O controle procedimental das decisões judiciais pautadas em princípios constitucionais. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 187.

[...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. [...] Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais aberto quanto mais pluralista for a sociedade. [...] O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem da norma, não detêm eles o monopólio de interpretação da Constituição.²³

É indiscutível, como visto em linhas atrás, que ao Poder Judiciário atribuiu-se o controle primordial da supremacia das normas constitucionais, conforme dispõem, em particular, os artigos 97 e 102, *caput*, de nosso Texto Fundamental. Mas essa função se alastrou, de modo geral, aos demais Poderes da República, como se depreende do artigo 23, inciso I, da Constituição, o qual destaca que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios zelar pela guarda da Constituição”.

No que tange ao Chefe do Poder Executivo, ele também pode executar o controle de constitucionalidade, que se evidencia (i) no poder de veto, total ou parcial, a projeto de lei aprovado pela Casa Legislativa quando considerá-lo inconstitucional (artigo 66, § 1º, da Constituição da República), (ii) na possibilidade de deixar de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considere inconstitucionais até que se ultime a manifestação do Poder Judiciário (STF, ADI 221/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 22.10.93)²⁴ e (iii) na legitimidade à propositura das ações judiciais de controle concentrado-abstrato (artigo 103, incisos I e V, da Constituição e artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99).

²³ *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição, p. 13-15.

²⁴ Intepretação esta que se enaltece frente à redação, a contrario sensu, do § 2º do artigo 102 da Constituição, pois, na lição de Gustavo Binenbojm, “o Poder Executivo pode e deve negar aplicação a lei que repute inconstitucional, desde que não haja decisão declaratória de constitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal” (*A nova jurisdição constitucional brasileira*, p. 279).

De outro lado, em relação ao Poder Legislativo, a efetivação do controle de constitucionalidade externa-se (i) na apreciação da adequação dos projetos à Constituição por meio de sua Comissão de Constituição e Justiça (artigo 58, § 2º, inciso I, da Constituição), (ii) na rejeição do veto do Chefe do Executivo a projeto de lei (artigo 66, § 4º, da Constituição), (iii) na sustação de ato normativo editado pelo Executivo exorbitante do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (artigo 49, inciso V, da Constituição), (iv) na apreciação prévia do teor das medidas provisórias (artigo 62, § 5º, da Constituição), (v) na legitimidade à propositura das ações judiciais de controle concentrado-abstrato (artigo 103, incisos II, III e IV, da Constituição e artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99), (vi) na possibilidade de revogação, com efeitos ex nunc, da lei inconstitucional (STF, ADI 221/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 22.10.93, p. 22251) e (vii) na alteração da interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal por meio da aprovação de uma emenda constitucional.²⁵

Nessa trilha, não ostenta o Poder Judiciário a exclusividade do exercício do controle de constitucionalidade. A ausência de tal monopólio propicia a oxigenação da interpretação constitucional, tornando o Texto Fundamental um organismo vivo, em constante instrumento de catalisação das mudanças sociais, evitando, dessa maneira, seu desrespeito e conseqüente desestabilização. E esse diálogo constitucional, especialmente entre os Poderes da República, estimula não só a “vontade de poder”, mas, ainda, “a vontade da Constituição”.²⁶

Registre-se que a Constituição Federal, de forma expressa, elenca essa abertura de interpretação pelos demais Poderes da República, mesmo após a decisão do Poder Judiciário na esfera do controle de constitucionalidade. O efeito vinculante atribuído aos julgamentos das ações de controle concentrado-abstrato pelo Supremo Tribunal Federal, ou mesmo as súmulas com aludido efeito por ele editadas, não abarca o Poder Legislativo, nos moldes dos artigos 102, § 2º e 103-A, ambos do Texto Maior, obstando o fenômeno da chamada fossilização da Constituição.²⁷

Acerca desse método aberto de interpretação da Constituição, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento ponderam:

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. p. 67-76.

²⁶ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. p. 132.

²⁷ STF, Rcl 2617, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 23/02/2005.

[...] A decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de um ato normativo é definitiva: aqui a Corte, de fato, dá a última palavra e seu comando deve ser obedecido sem recalcitrância. Aliás, nas ações judiciais em geral, é realmente indispensável que haja uma última palavra pondo fim ao litígio, sob pena de se comprometer uma das finalidades essenciais do processo, que é resolver definitivamente os conflitos intersubjetivos, trazendo segurança jurídica e pacificação social. Mas a interpretação constitucional não se encerra com o término de um processo judicial. Não é o resultado de uma ação judicial que vai definir, por exemplo, o que significa a igualdade de gênero ou a função social da propriedade. Essas questões, como tantas outras no domínio constitucional, são naturalmente polêmicas, e nenhuma decisão judicial tem o condão de resolvê-las de uma vez por todas, afastando-as definitivamente do campo dos embates políticos e sociais. Pode-se alcançar, com a decisão judicial, o final de uma “rodada” na interpretação, mas não o encerramento da controvérsia sobre o significado da Constituição. Se a disputa for de fato muito relevante, é pouco provável que uma decisão judicial baste para colocar uma pá de cal no assunto, aquietando os grupos perdedores e os setores da opinião pública que o apoiam.²⁸

Essa fórmula de se conceber a Constituição como um produto em constante aprimoramento fortalece a ideia de separação de poderes, que, a despeito de independentes e harmônicos, obedecem, na verdade, a uma interdependência, objetivando o controle recíproco por meio da teoria dos freios e contrapesos.

E os exemplos pragmáticos dessa retroalimentação entre os Poderes na interpretação constitucional são os mais variados.

Em termos de Direito Comparado, Jorge Munhós de Souza sintetiza quatro emendas constitucionais norte-americanas que reverteram decisões proferidas pela Suprema Corte: 11^a, obstando que cidadãos estrangeiros processassem os Estados em tribunais federais; 14^a, que

²⁸ Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho, p. 404.

atribuiu aos escravos a condição de pessoas e não de mercadorias; 17^a, que viabilizou a instituição do imposto de renda pessoal, e a 26^a, a qual outorgou aos maiores de 18 anos o direito ao voto.²⁹

No âmbito brasileiro, existem, semelhantemente, vários casos de superação legislativa quanto a decisões firmadas pelo Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do RE 166.772, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos diante da expressão “folha de salários”, inicialmente, prevista no inciso I do artigo 195 da Constituição e que não absorveria mencionada espécie de remuneração. Futuramente, a cobrança legitimou-se por força da alteração da Constituição pela Emenda n° 20/98.

Da mesma maneira, reconhecendo a liberdade de conformação legislativa, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.772, admitiu a reversão de seus pretéritos julgamentos nas ADIs 152, 122, 2.253, que, inclusive, haviam ensejado a edição da súmula n° 726 (“Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”). Logo, na atualidade, por força da redação atribuída pela Emenda Constitucional n° 20/1998 ao § 5° do artigo 40 da Constituição, para efeito de aposentadoria especial de professor, pode-se computar o tempo de serviço prestado fora de sala de aula.

Aliás, robustecendo a doutrina da última – e não única – palavra ou, ainda, da supremacia – e não soberania – judicial, tivemos as seguintes reversões legislativas: Emenda Constitucional n° 52/06, que estipulou a possibilidade do fim da verticalização das coligações partidárias (artigo 17, § 1°, da Constituição), suplantando a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.685; a Emenda Constitucional n° 58/09, que ampliou o número de vereadores nos municípios brasileiros (artigo 29, inciso IV, da Constituição), revisando a decisão do Supremo no RE n° 197.917/SP; a Emenda Constitucional n° 39/02, a qual, à luz da posição jurisprudencial de nossa Suprema Corte plasmada na Súmula n° 670 e, hoje, na Súmula Vinculante n° 41 (“O serviço

²⁹ Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia, p. 335.

de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”), viabilizou a instituição e consequente cobrança de tributo sobre serviço público de iluminação pública por intermédio da contribuição especial prevista no artigo 149-A da Constituição; a Emenda Constitucional nº 29/00, que viabilizou a progressividade fiscal das alíquotas do IPTU (atual artigo 156, § 1º, inciso I, da Constituição), superando a inconstitucionalidade verberada na Súmula nº 668 (“É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional nº 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”); a Emenda Constitucional nº 41/03, que autorizou a cobrança de contribuição previdenciária de inativos e que, até então, era repelida pelo Supremo Tribunal Federal; a Lei Complementar nº 135/2010 – “Lei da Ficha Limpa” – que, em cotejo com o julgamento do RE nº 633.703 e das ADCs 29 e 30 e ADI 4578, superou a posição de nossa Corte Suprema proclamada na ADPF 144 (necessidade de decisão condenatória irrecorrível também em ações de improbidade administrativa à configuração da inelegibilidade, malgrado o Supremo tenha facultado ao Congresso Nacional, em sede legal, definir “outros casos de inelegibilidade”, nos moldes do que prescreve o § 9º do artigo 14 da Constituição).

Em continuação, peculiaridades desse diálogo podem ser extraídas em relação à Emenda Constitucional nº 57, que acrescentou o artigo 96 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para, em tese, convalidar uma decisão de declaração de inconstitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios.

O artigo 18, § 4º, de nossa Lei Fundamental, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 15/1996, estipula que a criação de municípios se fará por lei estadual, no período determinado por lei complementar federal, e exigirá plebiscito das populações envolvidas e divulgação dos estudos de viabilidade municipal.

Apesar da prescrição constitucional, ao arrepio deste mandamento, leis estaduais criaram municípios após a alteração supramencionada, porém sem as indispensáveis – e até hoje inexistentes – lei complementar federal e lei de estudos de viabilidade municipal. A situação jurídica chegou à Corte Constitucional brasileira. No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.240, nº 3.316, nº 3.489 e nº 3.689, declarou-se a inconstitucionalidade de referidas leis estaduais,

sem pronúncia de nulidade, pelo prazo de 24 meses³⁰, criando certo diálogo com o Congresso Nacional, notadamente em razão da mora legislativa reconhecida, afrontosa ao princípio da supremacia constitucional, e o problema quanto à violação ao princípio da segurança jurídica se houvesse pura e simples declaração de inconstitucionalidade da omissão do Congresso. Não nos esqueçamos de que esses Municípios estavam funcionando, embora por meio de criação inconstitucional, com todo o aparato relativo a esse tipo de ente federado – prefeitos e vereadores eleitos, projetos de lei aprovados, tributos sendo cobrados etc.

³⁰ Nessa linha, por exemplo, é a ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240, julgada em 09 de maio de 2007: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO – APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4o do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.”

Pelo resultado do julgamento, caso o Poder Legislativo da União não editasse a lei federal que autorizasse a criação dos municípios no prazo estipulado, tal como exigido pelo artigo 18, § 4º, da Constituição da República, estas unidades federativas poderiam deixar de existir.³¹ Mas, ao invés de o Congresso Nacional complementar a norma constitucional, editando as leis federais respectivas (período de criação e estudos de viabilidade municipal), foi aprovada a Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008, que acrescentou o artigo 96 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, in verbis: “Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.”.

Assim, discute-se se esta seria uma hipótese de constitucionalidade superveniente e, em caso positivo, se seria válida em nosso sistema jurídico.

O que houve, de fato, foi uma convalidação, pelo Poder Legislativo, no exercício de sua função de constituinte derivado, por meio de uma Emenda Constitucional, de normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Pode-se entender, a partir desse precedente, que o Poder Legislativo não desbordou de sua função de legislar e cumprir com suas missões constitucionais, tendo em vista que publicou um ato normativo (proposta de emenda à Constituição), previsto no artigo 59 da Lei Maior, tendente a restaurar a harmonia que deve existir entre a situação fática e o texto que ocupa o ápice da pirâmide no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, conquanto houvesse a proclamação de inconstitucionalidade de leis dos Poderes Legislativos dos Estados-Membros, não haveria irregularidade na edição da Emenda Constitucional nº 57, porque fruto do Poder Constituinte Derivado Reformador. Pondere-se que, praticamente, seria uma espécie de repriminção ocorrida por norma expressa veiculada na Emenda Constitucional e, inclusive, por

³¹ Sobre a decisão que reconhece a inconstitucionalidade sem a declaração de nulidade, comenta Walter Claudius Rothenburg (*Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*, p. 201): “Passo largo é dado pela distinção operada entre o reconhecimento de inconstitucionalidade e a declaração de nulidade, assim que aquele não implique forçosamente esta (conquanto seja a nulidade uma consequência natural). Nesse sentido orientam-se, por exemplo, os sistemas austríaco e alemão de controle de constitucionalidade”.

alteração do próprio parâmetro de análise da constitucionalidade, uma vez que o Pretório Excelso, nessas decisões, exerceu, como visto, atividade legislativa negativa (malgrado tenha estabelecido um prazo de “sobrevida” às leis declaradas inconstitucionais).

Por outra visão, não se poderia conferir amparo jurídico à atuação do Congresso Nacional, pois não haveria respeito a princípios de estatura constitucional – nulidade do ato inconstitucional e supremacia da Constituição –, bem como porque o Poder Legislativo estaria violando o artigo 2º da Constituição da República, pois macularia a separação dos poderes ao conferir licitude a atos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, usurpando a função deste. Essa é a lição que se extrai do escólio de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira:

[...] Assim, a Emenda Constitucional n. 57, ao pretender convalidar os atos inconstitucionais (por ausência da lei complementar exigida pelo artigo 18, § 4o da Constituição Federal), afronta os princípios da separação de funções, nulidade do ato inconstitucional, da supremacia da Constituição e da segurança jurídica, verdadeiras vigas mestras do ordenamento pátrio. [...]

Ocorre que, além de não suprir a omissão conforme determinado pelo Supremo Tribunal Federal, o Poder Derivado Reformador (exercido pelo Congresso Nacional), ao editar a Emenda Constitucional n. 57, usurpou a competência do Judiciário, atribuindo validade (não atribuída nas ações diretas de inconstitucionalidade acima citadas) a atos declarados inconstitucionais, afrontando o princípio da separação de funções.³²

Verifica-se que essa foi uma hipótese em que se esteve diante de leis infraconstitucionais, que foram reconhecidas como inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (embora sem a pronúncia de nulidade pelo prazo de 24 meses), que retomaram sua plena validade com

³² *A emenda constitucional n. 57 e a convalidação da declaração de inconstitucionalidade*. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <<http://olavoalvesferreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938611/a-emenda-constitucional-n-57-e-a-convalidacao-da-declaracao-de-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 7 out. 2016

a edição de uma Emenda à Constituição, colmatando, em nosso sentir, possível agravo à estabilidade das relações sociais.

Como resultado útil desse diálogo institucional, temos ainda o significativo julgamento do Mandado de Injunção nº 1.010/DF, no qual se questionava a mora legislativa na regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional instituído no artigo 7º, inciso XXI, da Constituição. Carlos Alexandre de Azevedo Campos bem resumiu o episódio:

[...] O recente caso do aviso prévio proporcional é exemplo de destaque e que prova a possibilidade dessa *consequência dialógica*: em 22/6/2011, os ministros do Supremo, em julgamento apenas iniciado, demonstraram disposição para disciplinar diretamente os critérios da matéria em lei ordinária, expressamente exigida pelo artigo 7º, inciso XXI, da Constituição. Àquela altura, dentre outros, havia no Congresso o Projeto de Lei nº 3.941, que tramitava desde 1989 e que se encontrava paralisado desde 14/09/1995, isto é, há quase dezesseis anos! Em 5/7/2011, poucos dias depois da manifestação inicial do Supremo, o referido projeto de lei voltou a ser discutido e, antes de os ministros retomarem o julgamento, ele foi transformado em lei, publicada em 13/10/2011, sob o nº 12.506. Pouca dúvida pode restar: não fosse a manifestação dos ministros, mesmo que apenas inicial, a inércia parlamentar talvez persistisse ainda hoje.³³

À luz dessa função “corretiva” de decisões judiciais pelos demais Poderes da República, impõem-se rápidos apontamentos sobre os parâmetros à superação da interpretação constitucional pelo Judiciário e sobre as resultantes na hipótese de exorbitância desse *modus operandi*.

3. Limites e consequências ao abuso da reação interinstitucional à decisão judicial

Malgrado a importância da abertura do diálogo constitucional entre os poderes da República, há limites à tentativa de superação da

³³ *Dimensões do ativismo judicial do STF*, p. 337.

interpretação dada pelo Poder Judiciário, em particular por suas Cortes Supremas – Supremo Tribunal Federal, no plano federal, e Tribunais de Justiça, no plano estadual – no exercício do controle de constitucionalidade.

Esse entrave relativo à democracia constitucional põe em colisão a “vontade da maioria” e a “vontade suprema registrada na Constituição”. Entretanto, o déficit contramajoritário do Judiciário na declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo expedido pelo Legislativo ou pelo Executivo, conquanto órgãos compostos pela escolha direta dos cidadãos, infirma-se pela anulação de citados atos inconstitucionais em prol de valores previstos no Texto Maior.³⁴ O Judiciário, assim agindo, atua como intermediário entre o Executivo e o Legislativo, supervisionando se estes Poderes estão, ou não, obedecendo à Constituição, sobretudo os direitos fundamentais.³⁵ Nesse prisma, a legitimidade desse controle de constitucionalidade dar-se-ia por argumentação, ou seja, na apresentação de razões públicas em suas decisões, sintonizando-se com aquilo que a sociedade entende como relevante, num dado momento, a ser submetido à aferição do Judiciário.³⁶

Um primeiro limite à revisão legislativa concentra-se na impossibilidade de alteração do resultado da interpretação jurisprudencial

³⁴ Esse déficit, sob a luz da Constituição da República de 1988, ganha novos contornos, pois, ao longo de sua vigência, introduziram-se inéditos instrumentos à pluralização do debate constitucional na arena jurisdicional, tais como: a ampliação do rol dos legitimados à propositura das ações de controle concentrado-abstrato (artigo 103 da Constituição); pronunciamentos do Judiciário de forma pública e fundamentada (artigo 93, incisos IX e X, da Constituição); a participação do *amicus curiae* (artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 e artigo 6º, § 2º, da Lei nº 9.882/99); a possibilidade de designação de audiências públicas e de abertura de fase probatória (artigo 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99 e artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99). Ademais, ao lado dessa legitimidade procedimental, centrada na participação dos cidadãos nas decisões políticas, a legitimidade da jurisdição constitucional também se ilustra na concretização dos valores substanciais do Texto Fundamental, primordialmente dos direitos fundamentais (AGRA, Walber de Moura. A legitimidade da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 487-490.).

³⁵ AGRA, Walber de Moura. Op. cit., p. 497. Na mesma direção, Jorge Miranda sustenta que: “Não há separação *absoluta* e *natural* de poderes correspondentes aprioristicamente a funções. No entanto, deve haver uma separação *relativa* e *normal*, depreendida da lógica do sistema, que contemple e indique a imputação dos actos jurídico-públicos e favoreça e ressalve as liberdades e as garantias dos cidadãos. Percebe-se, por isso, como a fiscalização jurisdicional se eleva a precioso contributo, assimilando e aplicando as regras e ultrapassando os contrastes entre as concepções de direitos” (*Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, p. 83-84).

³⁶ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In: CLÉVE, Clémerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 33.

quando esta se lastreia em cláusula pétrea, porque núcleo imodificável da Constituição. Isso justamente porque, tutelando núcleo imodificável, a atuação jurisdicional vai ao encontro do estipulado na Carta Magna, visando à manutenção de sua espinha dorsal. A atuação legislativa, nessa hipótese, certamente levaria a (mais) uma inconstitucionalidade, cujo reconhecimento se fará novamente no âmbito do Judiciário. Portanto, tratando-se de espaço reservado à Emenda Constitucional, prevalece a vontade do Congresso, salvo se ofensiva à matéria tutelada por cláusula pétrea.

Outra restrição se espelha no instrumento normativo infraconstitucional utilizado à superação da interpretação proclamada pelo Poder Judiciário, o qual, como regra, deve ser a Emenda Constitucional.³⁷ Na apreciação do Inquérito nº 687, o Supremo Tribunal Federal cancelou sua Súmula nº 394 (“Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”), não mais se considerando como competente à apreciação de crimes praticados por ex-exercentes de funções públicas à míngua de previsão constitucional (art. 102, inciso I, alínea “b”, de nossa Lei Fundamental). Apesar disso, na sequência, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 10.628/02 que, alterando o artigo 84 do Código de Processo Penal, restaurou o foro por prerrogativa de função mesmo para inquéritos ou ações judiciais iniciadas após o término do exercício da função pública. Citada tentativa, porém, não logrou êxito, pois o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dessa “correção legislativa” no julgamento da ADI 2.797/DF.

Impende observar, outrossim, que a atuação legislativa em sentido oposto às decisões da Corte Constitucional não pode ultrapassar as funções estabelecidas para cada Poder Constituído, devendo manter a harmonia existente e consagrada pelo artigo 2º da Lei Maior. Com efeito, a idealização de um sistema jurídico pressupõe a repartição de atribuições ao órgão que mais se coaduna com determinada atividade, de maneira que não é lícito que um Poder se imiscua na esfera de competência e expertise de outro. Esse é o

³⁷ Como asseverou o Min. Barroso em seu voto na ADI 5.105, “em regra, porém, a mencionada superação legislativa deve ocorrer por emenda à Constituição, e não por simples lei. Nesse último caso, o Congresso terá de arcar com ônus argumentativo maior, demonstrando a existência de mais de uma interpretação constitucional possível e válida, bem como os motivos pelos quais optou por interpretação distinta da acolhida pelo STF”.

significado do princípio da justeza ou da conformidade funcional, método de interpretação da Constituição que deve ser seguido não apenas pelo Poder Judiciário.

Nesse tema, não se olvida que o Poder Judiciário possui um papel contramajoritário. De fato, é o único dos Poderes da República em que seus membros não são compostos pelo voto do povo (do qual o poder emana, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Constituição). Nessa senda, observa-se que, por vezes, o Supremo Tribunal Federal atua na defesa dos interesses das minorias.³⁸ E essa tutela, dispensada pelo Judiciário, não pode ser inibida pelo Legislativo atuando no proveito da maioria que o lançou no Poder. Assim, a própria condição de Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Carta Política) impede uma revisão legislativa tendente a sufocar os direitos da menor parte da população, transformando-se em tirania da maioria e ocasionando perda da legitimidade material do próprio Estado.

Não deve ser permitido, de igual modo, à atuação legislativa, simplesmente reeditar determinado conteúdo já reconhecido como inconstitucional por comando jurisdicional, limitando-se a novel legislação a repetir o texto antes publicado. Efetivamente, tal conduta representa violação à autoridade das decisões judiciais, além de exprimir mácula à própria boa-fé que deve pautar as relações jurídicas, a despeito, como visto alhures, de não ser aplicado ao Legislativo o efeito vinculante. Não se pode conferir legitimidade ao Legislativo quando se homizina na sua função com a finalidade de atos contrários à Constituição, a exemplo de improbidade e de corrupção.

Em suma, não se desconhece a possibilidade de revisão, pelo Legislativo, das decisões exaradas pelo Judiciário. Esse diálogo interinstitucional realizado, aliás, aparenta ser saudável no Estado Democrático de Direito, permitindo a continuidade da discussão de determinados temas constitucionais em ambientes variados, enriquecendo a construção da norma.

³⁸ Por exemplo, ADI 4029/AM, relator Ministro Luiz Fux, julgado em 08/03/2012; RE 477554 AgR/MG, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 16/08/2011.

Abusos, contudo, à tentativa de superação da interpretação jurisprudencial devem ser coibidos, sob pena de mácula ao princípio da separação de poderes.

Como exemplo prático recente, temos o julgamento, em 28/09/2016, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2036885-23.2016.8.26.000. Tal ação, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, fundou-se na inconstitucionalidade de uma lei do Município de Sorocaba/SP, a qual, ilegitimamente, teria recriado, sob nova nomenclatura, cargos em comissão que já haviam sido declarados inconstitucionais, pouco antes, pelo colegiado bandeirante na ADIN nº 2160979-14.2014.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 25/02/2015. Mencionado ato normativo municipal restou declarado, por unanimidade, como inconstitucional, rejeitando-se a modulação dos efeitos da decisão, ordenando-se, ainda, o afastamento imediato dos servidores ocupantes de citados cargos, não só por esse fundamento (recriação de cargos), mas também porque, no julgamento anterior, já havia sido fixado prazo razoável para reorganização da estrutura administrativa do município (com definição expressa de que as atribuições técnicas, burocráticas e operacionais devem sempre ser exercidas por servidores aprovados em concurso público). Além disso, determinou-se, ao final, a extração de cópias dos acórdãos de ambas as ADIns para remessa à Procuradoria Geral de Justiça “para as providências que entender cabíveis”.

Nesse último caso, como o projeto de lei à (re)criação dos cargos inconstitucionais é de iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo (artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal por simetria no plano municipal, tratando-se de norma de reprodução obrigatória), predita recalcitrância pode ensejar ao Prefeito diferentes penalidades: um processo criminal; uma ação civil por improbidade administrativa, e abertura de um processo político-administrativo de impeachment. Então, vejamos.

No julgamento do Procedimento Investigatório Criminal (PIC-MP)/Crimes de Responsabilidade nº 0071802-73.2014.8.26.0000, relator Desembargador Grassi Neto, julgado em 07/04/2016, estabeleceu-se como crime de responsabilidade de Prefeito, previsto no artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/1967, a conduta de recriar os mesmos cargos em comissão já declarados inconstitucionais pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a indicação dos servidores anteriormente nomeados para os cargos

recriados. Nesse julgamento, restou estipulado que a conduta afronta a execução de lei federal e estadual, além de representar descumprimento de ordem judicial.³⁹

Por sua vez, na Apelação nº 0008987-75.2013.8.26.0032, derivada de ação civil pública por improbidade administrativa, cujo relator foi o Desembargador Ricardo Feitosa, julgado em 10/10/2016, veiculou-se a tese de que se enquadra, também, no artigo 11, caput, da Lei nº 8.429/92, por agressão aos princípios da legalidade, da moralidade e da triplicação dos Poderes, a conduta do chefe do Poder Executivo que recusa cumprimento à decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em Ação Direta de Inconstitucionalidade.⁴⁰

Por derradeiro, a mesma conduta do Prefeito pode lhe render um processo por crime de responsabilidade próprio, acarretando-lhe o *impeachment*, nos termos do artigo 4º, inciso VII, do Decreto-Lei nº 201/67.

³⁹ EMENTA: Crime de Responsabilidade de Prefeito – Art. 1º, XIV, do Decreto-Lei n. 201/1967 (240 vezes) – Recriação dos mesmos cargos em comissão declarados inconstitucionais pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Nomeação dos servidores anteriormente nomeados para os cargos recriados – Entendimento do art. 37, II e V, da CF, e do art. 115, II e V, da Constituição do Estado de São Paulo – Inépcia da denúncia - Exordial que descreve os fatos satisfatoriamente e cumpre os requisitos do art. 41 do CPP – Ausência de motivos a ensejar a sua rejeição – Recebimento acompanhado de afastamento cautelar do cargo. A recriação dos mesmos cargos em comissão declarados inconstitucionais pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo seguida de nomeação dos mesmos servidores para os cargos recriados, corresponde a conduta que configura crime, em tese, previsto no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei n. 201/1967, eis que teria negado execução a lei federal e estadual, bem como deixado de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente. [...] O afastamento do cargo de Prefeito corresponde a medida excepcional, mas que lamentavelmente se impõe, se a manutenção do acusado na chefia do Executivo Municipal, puder dar ensejo a novas desobediências, mediante prática reiterada de atos ao arrepio da lei e das decisões judiciais. (TJSP; Procedimento Investigatório Criminal (PIC-MP)/Crimes de Responsabilidade nº 0071802-73.2014.8.26.0000; Relator(a): Grassi Neto; Comarca: Araçatuba; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 07/04/2016; Data de registro: 12/04/2016).

⁴⁰ EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONDUTA ENQUADRADA NO ART. 11 DA LEI 8.429/92 – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA SUBSTANCIALMENTE CONFIRMADA, COM O PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DO RÉU, PARA REDUZIR O PRAZO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E O MONTANTE DA MULTA CIVIL, E PARA AFASTAR A MULTA FIXADA NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. (TJSP; 0008987-75.2013.8.26.0032 Apelação / Improbidade Administrativa Relator(a): Ricardo Feitosa; Comarca: Araçatuba; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 10/10/2016; Data de registro: 17/10/2016).

Conclusões

Pelo quadro exposto, observamos que o fundamento de validade do direito, do positivismo ao neoconstitucionalismo, com arrimo na dignidade da pessoa humana, auferiu efeitos relevantes na interpretação da Constituição.

O controle de constitucionalidade dos atos normativos e métodos de interpretação, baseados não apenas no direito posto, mas, juntamente, no conjunto de valores e princípios esparsos pelo Texto Constitucional, ostentam outra conotação. Destaca-se a atividade de interpretação constitucional como elemento de uma sociedade aberta, tarefa não exclusiva de uma Corte Constitucional, mas expandida a diversos atores em determinado Estado, objetivando a estabilidade e a efetividade da Constituição, com certa plasticidade à captação das mutações sociais.

Nesse contexto, debate-se acerca se ainda haveria um órgão de Poder titular da última palavra na interpretação da Lei Maior. Pelo método do debate interinstitucional, em que os Poderes se respeitam e prolongam a discussão de um tema caro à República, abrir-se-ia a possibilidade de correção das decisões judiciais pelo Poder Legislativo, em particular porque não abarcado pelo efeito vinculante prescrito nos artigos 102, § 2º e 103-A da Constituição, limitando-se, contudo, ao teor das cláusulas pétreas e, às vezes, formalmente, à utilização imperiosa de Emenda Constitucional ao invés de mero ato normativo infraconstitucional. Do mesmo modo, esse espaço de reversão legislativa para projetos de iniciativa privativa do Executivo não é absoluto. A recalcitrância, pura e simples, do Chefe do Poder Executivo por meio da reapresentação de projeto de lei antes já declarado judicialmente como inconstitucional, configurando manifesto abuso de direito, poderá lhe originar responsabilidade criminal, civil e político-administrativa, pois lhe era exigida, então, atuação autocontida. Afinal, o Estado Democrático de Direito vela pela cadência no exercício das funções de cada um dos Poderes da República ao cumprimento das competências que lhe foram atribuídas em prol da soberania popular, assegurando-se a vontade da Constituição.

Referências bibliográficas

AGRA, Walber de Moura. A legitimação da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 487-518.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012. 591 p.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *A emenda constitucional n. 57 e a convalidação da declaração de inconstitucionalidade*. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <<http://olavoalvesferreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938611/a-emenda-constitucional-n-57-e-a-convalidacao-da-declaracao-de-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 7 out. 2016.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1996.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-36.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLETT, André Luiz; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 29-72.

ROCHA, Mauro Sergio. O controle procedimental das decisões judiciais pautadas em princípios constitucionais. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 171-201.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 222 p.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLETT, André Luiz; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 73-113.

SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLETT, André Luiz; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 313-357.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficiência das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

A interpretação constitucional sob uma perspectiva axiológica e cultural – uma possível visão de Miguel Reale

Rafael da Cruz Gouveia Linardi
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

Compreender o direito, ou seja, compreender o complexo sistema jurídico, que envolve a elaboração de leis, a interpretação conferida por juízes e tribunais, e a formulação de doutrinas e ensaios críticos por juristas, exige a prévia compreensão do significado de “cultura”. Isso porque, o direito consiste em um fenômeno estritamente cultural, como se observará na sequência a partir de digressões mais aprofundadas.

Essa visão “culturalista” do direito foi apresentada no Brasil de maneira inovadora por Miguel Reale, que por intermédio de sua teoria tridimensional do direito, destacou o caráter histórico-cultural do processo de formação e consolidação dos fenômenos jurídicos.

Esse aspecto histórico-cultural do direito revela-se de modo mais intenso ao se abordar temas de substância constitucional, já que as Constituições, por agregarem elementos que fundamentam a instituição de um determinado Estado, apresentam forte carga valorativa, traduzindo conquistas culturais obtidas a partir do longo processo civilizacional.

E a hermenêutica constitui tema que muito se aproxima do estudo dos aspectos axiológicos e culturais das normas constitucionais, até porque, a hermenêutica vem sendo compreendida na atualidade como técnica de criação do direito, e não apenas de aplicação da norma posta. O intérprete, valendo-se dos instrumentos de interpretação que estão disponíveis, acaba por desvendar alguns dos sentidos possíveis de se atribuir à norma jurídica, e dentro dessa dubiedade ou multiplicidade de sentidos passíveis de incidência, por certo há margem para inserção de aspectos valorativos na decisão interpretativa a ser tomada.

Partindo-se de tal premissa, há que se fazer pertinente conexão entre as técnicas de interpretação constitucional e o arcabouço axiológico e cultural que serve de sustentáculo para determinado sistema jurídico, em especial, o brasileiro, instaurado a partir da Constituição de 1988.

1. O mundo da cultura e os valores

Preliminarmente, para esclarecimento prévio do tema objeto da presente abordagem, faz-se necessária a distinção entre o que se denomina mundo da natureza e o mundo da cultura.¹

O mundo da natureza é o mundo do “ser”, onde as coisas existem de forma independente da intervenção do homem. A natureza constitui-se num mundo pré-concebido, que serve de palco para a ação humana.

O mundo da cultura, por sua vez, consiste na ação criativa do homem, que a partir da matéria-prima obtida da natureza, produz mudanças nesse “mundo natural”, com a finalidade de se obter determinadas benesses e comodidades.

A título exemplificativo, a análise do significado de “agricultura” elucidada essa ação transformadora do homem na natureza, com o intuito de se proporcionar melhorias para o modo de vida.²

A agricultura traduz-se em técnica, cujo desenvolvimento teve início milênios antes de Cristo e, nos primórdios, era realizada de forma extremamente rudimentar, com distribuição de sementes de cereais em solo cavado com pedaços de madeira ou quaisquer outros objetos que permitissem a perfuração da terra.³

O desenvolvimento das técnicas de agricultura ocorreu após muitas experimentações, e o cultivo da terra, com produção de cereais e frutos, consistiu numa revolução para o padrão de vida do homem, pois a partir de então se permitiu sua fixação em determinados territórios.

Note-se que antes da agricultura os grupos humanos viviam como nômades, coletando frutos nas florestas e caçando animais, de forma

¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. p. 24.

² Op. cit., p. 25.

³ BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história do mundo*. p. 32-33.

aleatória e pouco previsível, até o esgotamento dos recursos disponíveis no local explorado, quando então eram compelidos a se deslocar para outra região, em busca de abrigo e alimentação⁴.

A fixação do homem em territórios após o advento da agricultura deu ensejo a nova configuração das sociedades. Sem a “cultura” da lavoura não se teriam formado vilarejos, que, por sua vez, se transformariam em cidades. Com as cidades, o desenvolvimento da política, do comércio, das artes, escolas. Enfim, o homem, valendo-se da experiência, utilizou a natureza para erigir um novo mundo⁵.

Mas para além da cultura do campo (agricultura), a cultura de modo geral reflete a ação humana sob diversas perspectivas, tanto no plano da matéria como do espírito.⁶ Desde os instrumentos mais precários de caça, produzidos através de pedras lapidadas, até os mais modernos equipamentos de informática, tudo é produto da cultura, cujos reflexos se espriam para as ciências, linguagem, religiões, filosofia, história, ética, e obviamente, o direito.

Diante desse quadro, Miguel Reale conceitua cultura como o

[...] conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo. É, desse modo, o conjunto de utensílios e instrumentos, das obras e serviços, assim como das atitudes espirituais e formas de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoamento, através da história, como cabedal ou patrimônio da espécie humana.⁷

⁴ BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história do mundo*. p. 29-30.

⁵ Miguel Reale, em sua obra *Filosofia do direito, assim alude*: “já foi dito muito bem que a natureza se repete e que só o homem inova e se transcende. É a essa atividade inovadora, capaz de instaurar formas novas de ser e de viver, que chamamos de espírito. O ponto de partida não é, como se vê, uma hipótese artificial, mas a verificação irrecusável de que o homem adicionou e continua adicionando algo ao meramente dado. A natureza de hoje não é a mesma de um, dois, ou três mil anos atrás, porque o mundo circundante foi adaptado à feição do homem. O homem, servindo-se das leis naturais, que são instrumentos ideais, erigiu um segundo mundo sobre o mundo dado: é o mundo histórico, o mundo cultural, só possível por ser o homem um ser espiritual, isto é, um ente livre dotado de poder de síntese, que lhe permite compor formas novas e estruturas inéditas, reunindo em unidades de sentido, sempre renovadas e nunca exauríveis, os elementos particulares e dispersos da experiência.” (p. 201).

⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. p. 25.

⁷ *Lições preliminares de direito*, p. 25-26.

A cultura, portanto, é produto da ação humana que se desenvolve no decorrer da história, e cujos rumos não são tomados de maneira aleatória, causal ou destituída de sentido.

O homem age buscando atingir determinada finalidade, ou seja, toma decisões de forma livre, selecionando, dentre as opções que lhe estão disponíveis, as que considera mais benéficas, em detrimento das que lhe parecem prejudiciais.

Isso é fruto da liberdade que caracteriza a consciência do homem, e distingue seu comportamento dos outros animais. Estes últimos agem por instinto, e suas ações são regidas por fórmulas causais e pré-concebidas, sem propósito definido ou opções de escolha.

Essa liberdade que tanto caracteriza o comportamento humano, e que dá margem à formação do mundo da cultura, faz com que seja construída a ideia de valor, pois “viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente, entre dois ou mais valores”⁸.

O homem, em sua missão cotidiana e no exercício de sua liberdade, define o que tem valor, e a partir daí busca conquistar referidos bens valiosos, desprezando os que não lhe importam. A ação do homem, portanto, é sempre dotada de um sentido e finalidade (teleologia).

Como bem observa Miguel Reale:

[...] Costumamos dizer – e encontramos essa expressão também empregada por Wolfgang Köhler embora em acepção um pouco diversa – que os valores são entidades vetoriais, porque apontam sempre para um sentido, possuem direção para um determinado ponto reconhecível como fim. Exatamente porque os valores possuem um sentido é que são determinantes da conduta. A nossa vida não é espiritualmente senão uma vivência perene de valores. Viver é tomar posição perante valores, e integrá-los em nosso “mundo”, aperfeiçoando nossa personalidade na medida em que damos valor às coisas, aos outros homens e a nós mesmos. Só o homem é capaz de valores, e somente em razão do homem a realidade axiológica é possível.⁹

⁸ *Lições preliminares de direito*, p. 26.

⁹ *Filosofia do direito*, p. 186.

Evidentemente, as escolhas dos bens valiosos são suscetíveis de variações no tempo, no decorrer dos processos históricos, com mudanças que podem significar progresso ou retrocesso, a depender do ponto de vista.

A análise da história permite sejam verificadas as diversas organizações das sociedades, donde se torna possível extrair quais são os valores mais significativos em determinada época.

Essa seleção de valores considerados primordiais não se mantém intangível no processo histórico, sujeitando-se a períodos de instabilidade, questionamentos, conflitos e degeneração. Os valores considerados tradicionais muitas vezes são colocados em posição de conflito com novos valores, sujeitando-se a incompatibilidades irreconciliáveis, e deste embate poderá ocorrer ou a rejeição do novo, com manutenção da situação vigente, ou a ruptura com os valores tradicionais¹⁰.

O conceito de civilização vincula-se a esses ciclos da história, em que determinada tábua de valores manteve-se estabelecida.¹¹ Cada civilização identifica-se plenamente com o conjunto de valores que adota.

Desta feita, a decadência de determinada civilização é consequência das fissuras decorrentes dos choques entre valores e, por derradeiro, a derrocada de determinada civilização tem como pressuposto a ruptura completa com a tábua de valores então vigente¹².

Diante de tais circunstâncias, Miguel Reale bem pontua:

¹⁰ Miguel Reale, em sua obra *Paradigmas da cultura contemporânea*: “O diálogo ou a constante inter-relação entre o espírito e os bens culturais por ele já constituídos é a lei primordial da teoria da cultura, podendo, segundo as circunstâncias, ser variável a resistência oposta pelos bens adquiridos à conquista de novos bens, havendo, como é sabido, épocas tradicionalistas, ancoradas no passado, assim como épocas progressistas, projetadas no futuro, pois, tudo somado, a cultura é o homem mesmo com todos os seus acertos e contradições” (p. 5-6).

¹¹ Miguel Reale, em *Filosofia do direito*: “verdade é que através da História encontramos fases ou épocas que se distinguem por certa ordenação da vida social dos indivíduos e dos grupos, segundo uma distinta tábua de valores. Isto quer dizer que os valores são suscetíveis de uma ordenação gradual, de hierarquia, Efetivamente, há épocas em que a sociedade parece dominada pelo valor do santo ou do religioso, de maneira que em torno desses valores se ordenam todos os demais: as ciências do verdadeiro, assim como as ciências de conduta, somente se concebem e se admitem, então, nos limites previamente traçados por aquela exigência de ordem religiosa ou transcendente. São as épocas chamadas “teocêntricas” que põem o problema religioso no centro da existência total, como aconteceu em certos momentos da Idade Média.” (p. 226).

¹² Op. cit., p. 227.

[...] Surgem aqui vários problemas sobre o possível sentido dominante da História; se há efetivamente progresso, ou se trata de mera ilusão; se existe ou não continuidade no processo estimativo que se realiza na História; ou, se, ao contrário, cada ciclo cultural ou civilização se exaure em si mesmo, sem herança para os ciclos culturais posteriores. Esta concepção foi sustentada notadamente por Oswald Spengler, na sua obra tão discutida sobre *A Decadência do Ocidente*, na qual as civilizações são apresentadas como ciclos cerrados, onde a experiência humana surge, desenvolve-se, atinge o apogeu, entra em crepúsculo, definha e morre, segundo leis análogas às que presidem à evolução dos organismos biológicos.¹³

2. Cultura e Direito

Trazendo-se a lume os conceitos de cultura, civilização e valor, torna-se necessário compreender a posição do fenômeno jurídico dentro de tal panorama.

Aqui cabe retomar a análise da distinção entre mundo da natureza e mundo da cultura.

Como já afirmado, o mundo da natureza é o mundo do “ser”, onde os acontecimentos se desenrolam através de conexões mecânicas que se repetem de maneira automática, regendo-se pelas denominadas leis físicas, que se explicam por relações de causa e efeito.

Como salienta André Franco Montoro,

[...] Os seres do mundo físico realizam de forma inconsciente e automática as leis de suas naturezas: a pedra cai, a árvore cresce, os astros movimentam, os rios correm, as estações se sucedem, sem que haja qualquer consciência ou decisão por parte dos seres.¹⁴

¹³ Op. cit., p. 227-228.

¹⁴ *Introdução à ciência do direito*, p. 297.

Por exemplo, o fato de uma “pedra cair” constitui fato inexorável da natureza, que se repete de maneira constante, com perspectivas de infinitude. Certamente, se um dia a pedra for arremessada e não mais cair, é porque houve enorme desajuste nas conexões que regulam o sistema do planeta. Em tal hipótese, muito remota, diga-se de passagem, sequer haveria possibilidade de existir vida na Terra, ao menos na forma como ocorre na atualidade.

De qualquer sorte, por intermédio de pesquisas e observações, o homem buscou obter as explicações justificadoras da fixação das coisas na superfície da Terra (o que envolve a “queda da pedra”), de modo a se permitir a formulação da lei da gravidade, que é uma das leis físicas, também denominadas leis da natureza.

As chamadas leis físicas ou naturais, portanto, representam meras descrições de fatos, ou como afirma Miguel Reale, “súmulas estatísticas de fato”¹⁵. Tais leis são hábeis a explicar aspectos do mundo da natureza, e compõem as denominadas ciências naturais, ou ciências exatas, que ao menos em tese podem ser consideradas neutras.

Observe-se que as ciências da natureza (ou exatas), ao contrário das ciências culturais, baseiam-se em juízos de realidade, o que significa, em síntese, a descrição objetiva da realidade, contrapondo-se aos juízos de valor. Em mesmo plano de similitude, pode-se afirmar que o mundo do “ser” contrasta com o mundo do “dever ser”¹⁶.

Sob outro prisma, existem as denominadas ciências culturais, que têm por objeto o estudo e a compreensão do mundo da cultura, e não ostentam essa característica de neutralidade.

Pelo contrário, consoante já asseverado, o mundo da cultura tem como pressuposto a liberdade, ou seja, a livre tomada de decisões pelo homem, que assim constrói o arcabouço de valores que fundamenta suas ações. A tomada de posição, por si só, resulta em contradição com a ideia de neutralidade.

Nessa esteira, as ciências culturais, que estudam e buscam compreender o mundo da cultura, são inquestionavelmente elaboradas com base na emissão de juízos de valor.

Entre as ciências culturais, existem as que ostentam caráter normativo, e as de caráter meramente especulativo.

¹⁵ *Lições preliminares de direito*, p. 28.

¹⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. p. 243.

Como exemplo de ciência cultural especulativa, pode-se mencionar a História, cuja finalidade é reconstruir os acontecimentos do passado, por intermédio de análises e abordagens críticas que, apesar de apresentarem certas características descritivas, inevitavelmente refletem elementos valorativos, razão pela qual se afastam por completo do que se pode entender por ciência da natureza¹⁷.

Por sua vez, as ciências culturais normativas são aquelas que visam estabelecer comportamentos, fixar normas de conduta. Tais são as ciências denominadas Éticas, encontrando-se a ciência do Direito inserida em tal gênero. Nessa análise do mundo da cultura, o Direito, como ciência Ético-cultural que é, visa estimular determinados padrões de comportamento, e coibir tantos outros, com o escopo de proteger os valores considerados mais caros à vida social.

O direito, portanto, é produto da cultura, e, de maneira concomitante, tem por objetivo proteger e garantir a manutenção dessa própria cultura, adotando preceitos prescritivos, que estimulam a preservação de determinada tábua de valores.

Como avalia Miguel Reale,

[...] O direito tutela determinados valores, que reputa positivos, e impede determinados atos, considerados negativos de valores: até certo ponto, poder-se-ia dizer que o direito existe porque há possibilidade de serem violados os valores que a sociedade reconhece como essenciais à convivência.¹⁸

Essa apreciação do direito sob uma perspectiva cultural pode ser bem exemplificada pelas diversas instituições jurídicas que se tornaram verdadeiros legados para a humanidade, comparando-se, guardadas as devidas proporções, a obras de arte.

Mencione-se, como exemplo, documentos jurídicos históricos que podem ser considerados monumentos legislativos: Lei das XII Tábuas; *Corpus Juris Civilis*; *Magna Charta*; Constituição do Estados Unidos da América; Código Napoleônico, entre outros, que foram e continuam

¹⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. p. 248.

¹⁸ Op. cit., p. 185.

sendo objeto de estudos pelos historiadores, por representarem momentos de expressiva importância em determinada etapa do processo civilizacional¹⁹.

Até este ponto o esclarecimento da questão parece simples, mas a compreensão de como o direito é construído exige apreciação mais acurada. Nesse aspecto, a visão reducionista do direito à mera norma jurídica é objeto de críticas por não desvendar de maneira plena um sistema complexo de elementos, que se concatenam e não podem ser estudados de maneira apartada.

A visão tridimensional do direito, teoria desenvolvida por Miguel Reale, ao integrar fato, valor e norma, permite a compreensão mais completa de como se compõe o fenômeno jurídico.

A norma jurídica surge da confluência entre fato e valor. O ambiente fático, que representa o mundo do “ser”, serve de pano de fundo para que o homem, agindo com a liberdade que lhe é peculiar, defina o que lhe é valioso e o que não é, estabelecendo, assim, o “dever ser”. Dessa conexão entre fato e valor, abre-se campo para o surgimento da norma, cujo nascedouro ocorre em momento de certa estabilidade, ou seja, quando a tensão entre fato e valor é superada, num processo de caráter dialético. Essa estabilidade que permite o surgimento da norma pode ser duradoura ou fugaz, a depender do momento histórico em que se vive, mas a possibilidade de alteração da conjuntura é inexorável, pois esse processo dialético é constante e dinâmico. Em algum momento, diante de nova configuração entre fato e valor, a norma pode tornar-se obsoleta ou desnecessária (*desuso*).

Como bem pontua Miguel Reale acerca da tríade fato-valor-norma:

[...] A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a “implicação-polaridade” existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade).²⁰

¹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. p. 76-77.

²⁰ *Teoria tridimensional do direito*, p. 57.

3. A Constituição e os valores

Consoante abordagem realizada, foi explicitado que o direito é produto da cultura, e tem como finalidade proteger a tábua de valores considerada primordial em determinada sociedade.

Pois bem, nesse contexto, a Constituição, como conjunto de normas estruturais, oferece sustentáculo a todo o ordenamento jurídico remanescente, emitindo diretrizes que refletirão os fundamentos político-ideológicos de determinado Estado.

Por consequência lógica, o conjunto de normas componentes do texto constitucional, diante de seu caráter fundante do sistema jurídico, agrega dispositivos que ostentam elevada intensidade valorativa, sendo sintoma de tal constatação as denominadas normas de caráter principiológico, bem como as normas que apresentam conceitos abertos e indeterminados.

Em se tratando especificamente da Constituição Brasileira de 1988, sua elaboração ocorreu em ambiente democrático, em que diversas correntes ideológico-partidárias tiveram participação, resultando, a partir daí, numa complexa gama de enunciados normativos aparentemente dissonantes e incompatíveis entre si.

Note-se que o legislador nem sempre se preocupa com a logicidade e harmonia das leis por ele criadas, apesar de existirem comissões de redação cujo escopo é evitar a aprovação de textos mal elaborados.

Ao fim e ao cabo, incumbe ao aplicador do direito, na condição de intérprete, conferir sentido lógico à norma jurídica interpretada, harmonizando seus preceitos com as demais normas que repercutem no caso concreto, de molde a se evitar que determinado enunciado examinado isoladamente soe destoante do contexto de todo um sistema. Trata-se do consagrado método de interpretação denominado lógico-sistemático.

Ao tratar do método de interpretação sistemático, observa Luís Roberto Barroso:

[...] O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da ideia de

unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas.²¹

De tal maneira, considerando, portanto, que a Constituição Brasileira de 1988 é fruto de processo de elaboração democrático, congregando, em seu bojo, enorme multiplicidade de diretrizes, torna-se imperiosa a adoção do método lógico-sistemático de interpretação, para se garantir a harmonia e unidade ao conjunto de normas que compõem o texto constitucional.

E a sistematização das normas constitucionais implica na consequente necessidade de sistematização dos valores protegidos por estas mesmas normas. É o que se pode considerar, na visão de Miguel Reale, como uma convergência entre ideologias²².

Para referido jurista, a Constituição de 1988 tem como sustentáculo dois valores primordiais, que devem ser conjugados para fins de se obter vertente ideológica definida para o Estado Brasileiro. Estes valores primordiais seriam a livre concorrência e a defesa do consumidor, extraídos, respectivamente, de normas constantes dos incisos IV e V do artigo 170 da Lei Maior, que versa sobre a ordem econômica²³.

Na visão de Miguel Reale, tais valores normatizados representariam a síntese de duas ideologias que, malgrado provenientes de matrizes diversas e até mesmo opostas, são plenamente compatibilizáveis²⁴.

A livre concorrência representa o ideal liberal, cujas conquistas foram obtidas após duras batalhas contra reis e governantes, que detinham poder absoluto, e que desencadearam diversas revoluções burguesas durante o século XVIII. A livre concorrência tem como pressuposto a liberdade intelectual e de empreendimento, a não intervenção do estado, a limitação jurídica do poder político e disponibilização de instrumentos efetivos para coibição de abusos. Enfim, cuida-se de valor caro à civilização ocidental.

²¹ *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 136.

²² *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*, p. 43.

²³ *Op. cit.*, p. 44.

²⁴ *Op. cit.*, p. 45.

A defesa do consumidor, por sua vez, representa a ideia de igualdade, no seu aspecto substancial. A livre concorrência, que pressupõe a não intervenção do Estado, não se dá em plano absoluto, sendo, muitas vezes, necessária a atuação estatal para se evitar abusos, garantindo-se, assim, a restauração do equilíbrio. Ao selecionar a defesa do consumidor como valor essencial, o jusfilósofo elege, em verdade, a proteção dos interesses coletivos como elemento de primazia.

Portanto, para Miguel Reale, o espírito da Constituição Brasileira tem como fundamento a liberdade de iniciativa, garantindo-se, entretanto, a intervenção do Estado na medida do necessário, como forma de se proteger o cidadão dos abusos praticados pelo poder econômico, numa síntese que denomina social-liberalismo. Conforme bem observa o mencionado jurista,

[...] o excesso de disposições constitucionais vigentes exige por parte dos políticos e juristas brasileiros cuidadoso trabalho hermenêutico, a fim de situarmos-nos com objetividade e em unitária visão de conjunto. Nessa ordem de ideias, em sintonia com o entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, devemos partir de dois objetivos conjugados, complementarmente no Art. 170 da Carta, tidos como princípios da ordem-econômica: a livre concorrência e a defesa do consumidor.

É essa a diáde que nos dá o efeito sentido ideológico de nossa Constituição, a qual situa o valor da livre iniciativa em harmonia com os interesses coletivos. Se ela é conceituada, no parágrafo único do mesmo art. 170, como liberdade econômica ou liberdade de empresa, esta não representa, todavia, um valor absoluto, pois deve respeitar os direitos do consumidor.

Não se confunda, no entanto, a defesa do consumidor com a preservação de uma igualdade maciça e indiferenciada, pois consumidores somos todos nós, nas mais diferentes categorias sociais, desde os mais ricos aos mais pobres, dos velhos às crianças. Respeitar-lhes os direitos, dando a cada um o que é seu, e, por conseguinte, um imperativo de justiça, que leva em conta uma pluralidade de situações distintas. Como se vê, a Carta Magna não consagra o liberalismo infenso à justiça social, mas

sim o social- liberalismo, segundo o qual o Estado também atua como agente normativo e regulador da atividade econômica, muito embora sem se tornar empresário, a não ser nos casos excepcionalíssimos previstos no Art. 173, por imperativos de segurança nacional, ou relevante interesse coletivo definido em lei.²⁵

4. Métodos de interpretação e valores constitucionais

Os métodos de interpretação constitucional considerados clássicos pela doutrina são o gramatical, o sistemático ou lógico-sistemático, o histórico e o teleológico.

Já foi objeto de abordagem no tópico anterior o método sistemático, quando se entendeu pela imprescindibilidade da harmonização do agrupamento de normas pelo intérprete, a despeito do aparente caos normativo. Ao intérprete incumbe a missão de corrigir desajustes e desconstruir contradições, conferindo contornos sistemáticos ao conjunto de normas.

O método de interpretação gramatical, mais do que um simples método, constitui pressuposto para qualquer interpretação. A linguagem escrita é o principal meio de emissão dos comandos jurídicos, e consubstancia-se em canal de comunicação cujo destinatário é o intérprete. Compreender o sentido das palavras, o contexto das frases, o significado dos enunciados é condição “sine qua non” para a interpretação jurídica, independentemente de qual método será aplicado em conjunto, já que os métodos não são excludentes, pelo contrário, muitas vezes se complementam.

Mas ao se tratar especificamente da análise de Constituição sob uma perspectiva axiológica e cultural, apresentam especial relevância os métodos teleológico e histórico.

Em relação ao método teleológico, importa realizar uma pequena digressão. Quando foi tratado o “mundo da cultura” em tópico anterior, pontuou-se que o homem, de forma livre, intervém na natureza, moldando-a conforme sua vontade e de acordo com os bens que considera valiosos. Os referidos bens valiosos tornam-se objetivos a serem

²⁵ O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias, p. 44-45.

perseguidos, fins a serem alcançados. Os valores, portanto, constituem o “dever ser”, em contraposição à natureza, que é o mundo do “ser”.

O método teleológico consagra exatamente a ideia do direito como produto da cultura, ou seja, como instrumento destinado a proteger os valores definidos pela sociedade como primordiais. Não há como se compreender uma norma jurídica sem vinculá-la ao valor que ela busca preservar. Aplicar-se uma norma jurídica olvidando-se de seu “espírito”, dos valores que justificaram sua edição, implica em desvirtuar o seu sentido.

Portanto, inquestionável a relevância do método teleológico para a interpretação das normas constitucionais.

No que se refere ao método histórico, deve-se destacar que se trata do método hermenêutico menos prestigiado pela doutrina e jurisprudência pátrias²⁶. A teoria objetiva da interpretação consagrou a ideia de que o intérprete deve buscar o sentido da lei, desprezando a vontade do legislador. Isso quer dizer, ainda que o legislador, ao elaborar determinada lei, tenha se apegado a determinadas intenções, após esta lei ser editada, acaba por adquirir autonomia, desprendendo-se por completo dos projetos que lhe foram embrionários.

Mas como foi observado em relação ao método teleológico, não há norma jurídica desvinculada de valores a serem protegidos. E para a compreensão do sentido da norma e de quais valores busca preservar, necessária se faz digressão na história, para se compreender a formação dos institutos e suas transformações no transcurso do tempo. A cultura consubstancia-se em processo histórico dinâmico, em permanente mutação.

Portanto, a despeito do pouco prestígio do método histórico, ele ostenta maior relevância do que se imagina, especialmente quando se estuda o direito, e de maneira mais pontual, a Constituição, sob uma perspectiva “culturalista”.

Aplicar o método histórico de interpretação significa analisar os bastidores que antecederam a edição das normas constitucionais, ou seja, os projetos embrionários, os debates travados nas comissões, as audiências públicas promovidas, etc. Mas, para além disso, aplicar o método histórico também consiste no estudo dos institutos jurídicos de

²⁶ *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 132.

maneira comparativa com o tratamento concedido pelos textos constitucionais anteriores. Compreender a evolução histórica dos institutos constitucionais significa compreender os valores que motivaram a promulgação de determinado texto normativo, bem como compreender a alteração destes mesmos valores no decurso do tempo. E, adotando-se a teoria tridimensional de Miguel Reale, compreender os valores constitui medida essencial para a compreensão do próprio direito.

Indo mais além, essa transformação de valores não resulta necessariamente na alteração do texto constitucional, já que existem os denominados “processos informais de mutação constitucional”.

Conforme abordagem realizada ao se tentar explicar a teoria tridimensional do direito, o nascimento da norma jurídica ocorre com a tensão envolvendo fato e valor. Isso quer dizer, determinada conjuntura fática serve de ambiente para que o homem tome determinada posição estimativa, momento em que ocorre a interferência do elemento “valor”, resultando dessa tensão o surgimento da norma, em que se define, qual conduta deverá ser obedecida, e qual deverá ser reprimida, diante deste contexto fático-valorativo.

Trata-se de processo dialético e de mediação, em que há um equilíbrio frágil, dado que a tensão é constante. Havendo alteração do plano fático ou do axiológico, conseqüentemente essa sintonia fato-valor ficará desajustada, implicando em diversas conseqüências possíveis. Uma dessas conseqüências é a possibilidade de a lei (ou norma constitucional) cair em desuso, tornar-se desnecessária. Outra hipótese é a necessidade de alteração do texto normativo, com a edição de nova lei, ou no plano constitucional, a promulgação de emenda. Mas, também, existe a possibilidade de manutenção do texto normativo, preservando-se o sistema constitucional-legislativo existente, mediante nova leitura do texto, alterando-se a interpretação que até então lhe era conferida.

Como bem esclarece Miguel Reale:

[...] Muitas e muitas vezes, porém, as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua acepção sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude da interferência de fatores diversos que vêm amoldar a letra da lei a um novo espírito, a uma imprevista *ratio juris*. Tais alterações na semântica normativa podem resultar:

- a) do impacto das valorações novas, ou de mutações imprevistas na hierarquia dos valores dominantes;
- b) da superveniência de fatos que venham a modificar para mais ou para menos os dados da incidência normativa;
- c) da intercorrência de outras normas, que não revogam propriamente uma regra em vigor, mas interferem no seu campo ou linha de interpretação;
- d) da conjugação de dois ou até mesmo três fatos acima discriminados.²⁷

Inocêncio Mártires Coelho trata do tema seguindo a mesma linha de raciocínio, frisando, com maior intensidade, o caráter dinâmico do direito, já que a vivência da prática jurídica permite a alteração de posicionamentos consagrados na jurisprudência, havendo, em determinadas situações, verdadeiras reviravoltas no entendimento acerca de alguns institutos jurídicos, sem que haja alteração do texto normativo interpretado e aplicado no caso concreto. Tal abordagem, no final das contas, assemelha-se ao que foi considerado, dentro da visão tridimensional do direito, na constante dialética do binômio fato-valor, a exigir, também de maneira constante, a releitura das normas jurídicas a serem aplicadas. De qualquer sorte, importa trazer as pertinentes considerações do autor sobre o assunto:

[...] Por outro lado, é de se registrar, igualmente, que a cada concretização os modelos normativos se ampliam e se enriquecem, adquirindo sempre novas possibilidades de utilização, que não poderiam ter sido imaginadas nem pelo mais profético dos legisladores históricos. Mas ainda, os casos assim decididos passam a valer como precedentes e ponto de partida para futuras aplicações, sem que esse movimento jamais se interrompa.

Nisso consiste, entre as ciências do espírito, em geral, assim como na experiência jurídica, em particular, o processo dialético da compreensão como

²⁷ *Filosofia do direito*, p. 543.

atividade infinita, seja porque uma interpretação, que até então parecia adequada, mais adiante pode vir a mostrar-se incorreta, seja porque de acordo com a época em que vive o intérprete e com base no que então ele sabe, não se excluem outras interpretações que, precisamente para aquela época e para o que nela se sabe, serão melhores ou mais adequadas, sem que essas novas formas de compreensão signifiquem a condenação, como erradas, de quantas se produziram anteriormente.²⁸

Um caso concreto, que serve como exemplo para se demonstrar essa constante evolução da interpretação constitucional, encontra-se estampado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 – Distrito Federal, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Brito, com julgamento concluído em 5 de maio de 2011.

Em referido julgamento, cujo resultado gerou intensos debates e questionamentos polêmicos, foi conferida nova interpretação ao artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Brasileira, em que foi reconhecida a possibilidade de criação de entidade familiar por pessoas do mesmo sexo, as denominadas uniões homoafetivas. Diante dos fundamentos da decisão, e considerando-se as consequências lógicas da impossibilidade de uso da identidade de gênero como critério de *discrimen* para qualquer fim, acabou-se por entender que, por decorrência do referido julgado, admitido estaria também o casamento por pessoas do mesmo sexo.

Conforme restou salientado em trecho da ementa do referido julgado, que traduz a síntese das ideias que foram utilizadas na fundamentação:

[...] O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”,

²⁸ *Curso de direito constitucional*, p. 80.

segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

Em outro trecho da ementa, restou consignado que:

[...] O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da

Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

Um primeiro aspecto que chama atenção na análise desse Acórdão é o fato de que houve alteração substancial no modo de pensar dos magistrados brasileiros em curto lapso temporal. Trata-se de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, mas que certamente reflete posicionamentos de juízes de instâncias inferiores. Tal observação pode parecer irrelevante juridicamente, mas em se considerando a análise tridimensional do direito, em que o elemento “valor” é essencial, acaba por merecer destaque.

A Constituição Brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, ainda não completou o trigésimo aniversário, mas o fato é que, retroagindo-se aos primeiros anos de vida da Lei Maior, ou seja, retornando-se à década de 1990, seria inimaginável uma decisão com esse teor. Ou seja, a tensão entre fato e valor é nítida no presente caso, e tornou necessária uma nova interpretação da norma constitucional, interpretação esta que reflete novos valores, não necessariamente assimilados de maneira plena pela sociedade brasileira.

Outro aspecto que deve ser considerado é o fato de que, conforme salientado anteriormente, nas hipóteses em que há alteração do plano fático e/ou valorativo, causando-se tensão no ténue equilíbrio do binômio fato-valor, admite-se seja conferido novo “espírito” à letra da lei.

Mas evidentemente, essa liberdade interpretativa submete-se a limites. A ausência de limites ao intérprete implicaria na total desnecessidade de textos legais. E diante da incompatibilidade entre fato e/ou valor e o conteúdo da norma jurídica reguladora da situação questionada, observadas todas as possibilidades interpretativas possíveis, torna-se necessária a revogação da norma, com imprescindível intervenção do Poder Legislativo.

E no presente caso, ao que parece, o Supremo Tribunal Federal extrapolou os limites da interpretação gramatical ao afastar a necessária conjugação homem/mulher, nos termos da expressa norma

constitucional, para a admissão da união estável, ainda que tenha apresentado louváveis fundamentos para tanto.

No caso em tela, por mais que as denominadas uniões homoafetivas representem valores dos novos tempos, ou seja, um novo momento cultural, não haveria como prescindir, para sua consagração jurídica, da atuação do Poder Constituinte Derivado.

Conclusão

A visão tridimensional do direito permite seja a Constituição estudada sob uma perspectiva diferente, conferindo-se especial dedicação a seu aspecto axiológico.

As Constituições, por constituírem-se em leis fundantes de um determinado Estado, ostentam elevada carga valorativa, por natureza. A Constituição Brasileira, em especial, diante do momento político em que foi produzida, apresenta enorme diversidade ideológica, a exigir cauteloso trabalho hermenêutico para sua melhor compreensão.

De outra sorte, não se pode olvidar o caráter dinâmico e evolutivo da cultura e dos respectivos valores que a sustentam, o que implica em constante necessidade de revisão do sentido das normas constitucionais, tendo especial relevância, para tanto, a aplicação dos métodos tradicionais de interpretação constitucional.

Miguel Reale busca realizar uma convergência entre as ideologias de maior relevo constitucional, concluindo ter sido adotada a opção que denomina social-liberalismo, cujos preceitos elucidativos podem ser extraídos dos incisos IV e V do artigo 170 da Lei Maior (livre concorrência e defesa do consumidor).

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história do mundo*. 2. ed. São Paulo: Fundamento, 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Crítica ao protagonismo hermenêutico judicial no Brasil

*Renato Soares de Melo Filho*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Perspectiva crítica. 3. Panorama do protagonismo. 4. Cenário hermenêutico. 5. Paradigma judicial. 6. Conclusões.

1. Introdução

Os ordenamentos jurídicos de índole democrática, assentados nas premissas basilares do Estado de Direito, munidos ou não de Constituições providas de supremacia formal, ainda são concebidos de maneira mais ajustada pelo positivismo jurídico. A dogmática positivista, ao invés de quedar-se ultrapassada, aperfeiçoou-se e robusteceu-se a partir de árduos, profundos e constantes pensamentos analíticos desfavoráveis de que fora alvo ao longo do tempo. Do ponto de vista da metodologia, é possível admitir que a herança positivista perfaz pressuposto para a existência da Ciência do Direito. Com algumas adaptações, seus axiomas teóricos fundamentais não sucumbiram aos ataques críticos de outras concepções dogmáticas. Por isso, não restaram derruídas a coercitividade e injuntividade do Direito, bem como a preeminência das fontes estatais e a percepção sistemática. Com efeito, se de um prisma tal percepção se aprimorou ao se unir ao elemento lógico, desvinculado dos princípios da isonomia formal e da segurança jurídica, noutro, deixou de ter caráter absoluto com a mitigação dos postulados da coerência e da completude dela resultantes.²

¹ Mestre (2013) em Direito Constitucional pela Universidade Estadual Paulista – UNESP, concluindo dissertação intitulada “O ativismo judicial em investida ao Estado Democrático”. Bacharel (2005) em Direito pela mesma Universidade. Possui pós-graduações (*lato sensu*) em Direito Constitucional (2007), Direito Tributário (2008) e Direito Civil (2009). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde 2009.

² MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 212-222.

A teoria positivista mostrou-se mais rúptil na parte relativa à Teoria da Interpretação, pois o paradigma interpretativo por ela adotado, no qual texto e norma se equivalem, reduz o aplicador do Direito a simples emissário dos desejos do Legislador, os quais são identificados nos preceitos normativos especialmente pelos métodos gramatical e histórico. Tal característica atribuí ao modelo hermenêutico índole conservadora, razão pela qual fora desprezado pelos mais influentes expoentes da dogmática positivista no século XX, merecendo notoriedade as reflexões de Kelsen. Em suas ponderações, Kelsen admite a atuação criativa do intérprete na elaboração da norma de decisão e, justamente por isso, acaba por extirpar a Teoria da Interpretação do âmbito da Dogmática, alocando-a no âmbito da Política do Direito. Daí advém a parca colaboração do positivismo jurídico no que toca à teorização da atividade exegética.³

Os desacertos e as deficiências do positivismo jurídico relativos à Teoria da Interpretação são verificados com mais clareza na esfera do Direito Constitucional, em virtude das peculiaridades de sua normatividade, que se restringe a tecer o alicerce do ordenamento jurídico, regulando as competências e procedimentos dos órgãos de produção e aplicação do Direito e, ainda, renunciando, de um modo geral, a atividade estatal póstera (dimensão prospectiva). Se de dado ângulo a interpretação declarativa se tornou infactível – em decorrência da existência manente de normas-princípio nos textos constitucionais, as quais são englobantes, entretanto de ínfima justeza, somada à circunstância de que sua atuação é realizada, correntemente, por Tribunais munidos de independência institucional ou situados no cume da máquina judiciária – de outro, tornaram urgente uma construção sólida à volta das fronteiras da função jurisdicional, cuja aptidão criativa vivenciou considerável ampliação. Todavia, não há de se rogar pela autossuficiência científica das concepções voltadas à exegese constitucional, as quais traduzem ordinário emprego setorial dos subsídios apresentados pela moderna hermenêutica.

As insubsistências e omissões do positivismo, relativas à interpretação normativa, fundamentaram severas opiniões contrárias desferidas pelo moralismo jurídico, compreendidas as proposições teóricas que, sem tutelar um regresso à Dogmática jusnaturalista, distanciaram-se do positivismo ao defenderem, de alguma maneira, a equivalência entre o Direito e a moral. Nessa perspectiva, a intensificação da

³ MOTTA, Francisco José Borges. Op. cit., p. 163.

relevância dos princípios constitucionais, característica inextinguível da teoria moralista, não possui outro fim senão munir o intérprete-aplicador de autonomia para, acaso entenda imprescindível, reparar ou negar validade – em casos excepcionais – ao Direito positivado, em prol de uma hipotética ordem objetiva de valores determinada pela inteligência (Alexy) ou pela experiência factual de um corpo social (Dworkin). Entretanto, se abolida a junção entre positivismo e subsunção mecanizada, de natureza lógico-formal, e removida a nota a um sistema de padrões exteriores à estrutura jurídica, com intercessão imediata sobre sua configuração, inexistente razão para não se admitir a perfeita congruência entre os progressos contemporâneos da Teoria da Interpretação e o positivismo jurídico. Assim, não se mostra meramente viável, mas imprescindível, sob o prisma das ideias democráticas, desenvolver a teorização constitucional sob as bases de um positivismo inovado pelos progressos da hermenêutica contemporânea, posicionando a discricionariedade existente na função de aplicação da Constituição na esfera restrita da dogmática, obrigando não só o Poder Legislativo, quando da efetivação na Lei dos mandados constitucionais, mas também o Poder Judiciário, cuja interpretação dos juizes deve curvar-se aos ditames do Estado de Direito.

Nos ordenamentos de bases *common law* o ativismo judicial não possui, comumente, acepção maléfica, dada a confinidade havida entre a atuação do juiz e do Legislador, envolvendo não só a utilização da interpretação teleológico-evolutiva e do preenchimento de hiatos, mas ocorrências – incomuns na concepção anglo-saxônica, em que o Direito posto permite amplo campo para adoção de precedentes como normas – nas quais os lindes postos pelo Legislador são inequivocamente sobrepujados.

2. Perspectiva crítica

O ativismo judicial deve ser compreendido como a execução da função jurisdicional para fora das balizas demarcadas pelo ordenamento jurídico, segundo o qual compete ao Poder Judiciário solucionar lides de natureza subjetiva, vale dizer, conflitos de interesse, e contendas jurídicas de natureza objetiva, ou seja, conflitos normativos. O avanço dos limites da função jurisdicional é especialmente realizado em prejuízo da função legislativa. Por óbvio, tal transcendência não compreende o desempenho impetuoso da atividade legislativa ou de

quaisquer outras atividades não jurisdicionais, ao contrário, perfaz des-
caracterização da função típica do Poder Judiciário, com ingresso pér-
fido no cerne medular de funções outorgadas pela Constituição Federal
a outros Poderes. Diferente do positivismo clássico, cuja interpretação
é subordinada ao querer do Legislador, no positivismo moderado ou re-
novado prepondera o desejo da Lei.⁴ É claro que o primado da vontade
legal não configura uma conjectura pré-estabelecida, já finalizada, à
qual o aplicador é obrigado a aplicá-la mecanicamente. Ao contrário,
significa tão somente que o texto normativo a ser interpretado contém
elementos objetivos impossíveis de serem desprezados, apesar de fi-
gurarem apenas como baliza para a atividade de elaboração da norma
de decisão, cuja composição final também contempla a vontade do
intérprete, porém, com menor importância.⁵

Os parâmetros para cotejar a ocorrência do ativismo judiciário de-
vem ser extraídos dos lindes essenciais que o Direito a ser interpretado
prescreve, e não de mecanismos protocolares observados na sua fei-
tura – *due process of law* – já que a confecção dos julgados judiciais
não é livre e a discricionariedade do julgador não é tão vasta quanto
a do Legislador. A supremacia hierárquica das normas constitucionais,
o caráter nomogenético de parte considerável dos ditames constitu-
cionais, materializados na estrutura lógica de normas-princípio, bem
como a imprecisão semântica da linguagem constitucional, comumente
relacionada a definições indeterminadas de cunho valorativo, a fun-
damentalidade da maioria das normas formalmente constitucionais e
a supremacia funcional dos órgãos judiciários são peculiaridades da
exegese e do emprego da Constituição que tornam o ativismo judicial
em sede constitucional ímpar.⁶

Com o fim de primar pela elaboração de padrões, de fato, sólidos
e que não resultem deformidades, a cláusula de exclusão da atua-
ção judiciária chamada de doutrina das questões políticas não per-
faz critério dogmático seguro para a análise da função jurisdicional
no intento de banir atuações ativistas. A compatibilidade entre a exe-
gese constitucional e a abrangência dos significados esboçados pelo
texto normativo perfaz critério primário e elementar ofertado pelo

⁴ MOTTA, Francisco José Borges. Op. cit., p. 165.

⁵ Cf. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 252 p.

⁶ Cf. VITOVSKY, Vladimir Santos. Ativismo judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). *Ativismo judicial*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 89-136.

ordenamento jurídico para a detecção do ativismo judicial. Esse linde textual é observado pelo uso de métodos interpretativos que encerram variados elementos, os quais sopesados à luz das características do caso concreto, ocasionam a demarcação do campo interpretativo acessível ao intérprete.

De outro lado, a compreensão de que o Direito perfaz um sistema valorativamente estruturado implica necessária atenção do intérprete-aplicador com a presença de normas principiológicas subjacentes e com o fato de que há um elo funcional entre as normas, institutos e conceitos jurídicos que o informam, necessário ao adequado funcionamento do sistema jurídico. Importa relevar que o Poder Legislativo elaborará as normas derivadas ou de ampliação de princípios constitucionais, as quais não compõem a área de incidência a princípio estabelecida pelo Constituinte.⁷ Tais normas serão submetidas a controle pospositivo pelo Poder Judiciário, próprio do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Destaca-se ainda que a interpretação da Constituição pelo juiz deve ser restrita a fundamentos interpretativos que apontem de maneira objetiva seu ajuste na classe das normas de eficácia plena ou de eficácia limitada, de modo que a exegese constitucional pelo Poder Judiciário, em sistemas correlatos ao nacional, não pode ser realizada por meio de outorga discricionária de efeitos às normas concretizadas. Nesse caso, mostra-se de fundamental relevância constatar se a integração da prescrição normativa depende tão somente de medidas jurídico-formais - normas preceptivas -, ou mais do que isso, se reclama a efetivação de um projeto de atividade estatal de natureza holista que gere a necessária moldagem do arcabouço fático-material implícito à normatização constitucional - normas programáticas.

Finalmente, merece ênfase o fato de haver critérios singulares da jurisdição constitucional *stricto sensu*, tais como a modulação dos efeitos temporais das deliberações de controle, as quais, por si, não configuram ativismo judiciário, porém, em sistemas como o nacional, que utilizam a pena de nulidade para extirpar a inconstitucionalidade, deve ser contemplada nos moldes de sua exata e explícita recepção pelo Direito posto. Assim, analisando detidamente a questão, a aludida modulação estabelecida pelo art. 27 da Lei n. 9.868/99 traduz ratificação fracionada do ato sancionado, fazendo-o hábil a resultar dadas

⁷ Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do Direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 475-497.

consequências voltadas, geralmente, a casos concretos, tornando desnecessária a guarida do Supremo Tribunal Federal. Tal previsão legal permite delimitar o alcance dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja para o passado, seja para o futuro. Entretanto, de modo nenhum, a pena de nulidade pode não ser infligida. No sistema brasileiro, a modulação dos efeitos temporais dos veredictos de controle cinge-se à verificação abstrata, de modo que, restando a decisão moduladora silente, vale dizer, não excetuando da convalidação efetivada os casos concretos tratados em processos pendentes de decisão final, o julgamento destes levará em conta os dispositivos ou normas relativamente convalidados, premissa esta que não tem aplicabilidade aos casos já decididos definitivamente, cuja solução teve por pressuposto a inconstitucionalidade de tais suportes normativos.⁸

3. Panorama do protagonismo

Ainda na perspectiva dos critérios singulares do controle de constitucionalidade, se faz necessário considerar que os veredictos interpretativos, sejam de admissão ou desacolhida, traduzem técnica de deliberação acessível aos aplicadores de variados sistemas de controle de constitucionalidade, sem exclusão de qualquer um deles, sendo desnecessária disposição normativa expressa, tanto no âmbito constitucional como no legal. Igualmente, a utilização de sentenças manipulativas com efeitos aditivos pelo órgão de controle não excede às funções jurisdicionais, na medida em que se verifica que elas consubstanciam o emprego da interpretação extensiva para o preceito discutido, à luz do sistema. Por outro lado, os veredictos substitutivos configuram completo excesso ativista, na medida em que perfazem deliberações declaratórias de inconstitucionalidade de um preceito legal que acabam por originar, por corolário, um hiato normativo, que é preenchido pela Corte. Nessa operação, procede-se a permuta do teor prescritivo do enunciado por outro, restando incólume as regras constitucionais, mas ultrajado o linde da textualidade. Já as hipóteses de inconstitucionalidade - sobre as quais não se mostra aconselhável a declaração de nulidade - podem ser solucionadas por meio da dilação dos efeitos temporais da decisão, nos moldes do artigo 27 da Lei n. 9.868/99, desprezando-se o tema da

⁸ LIMA, Rogério Montai de; MIARELLI, Mayra Marinho. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. 248 p.

validade do preceito, pois os vereditos de improcedência que apontam para a solidificação póstera de uma hipótese propensa à inconstitucionalidade são inconciliáveis com o princípio da nulidade.

A hodierna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela uma evolução do ativismo judicial na esfera da aludida Corte. Tal afirmativa se mostra possível diante da análise das deliberações perfilhadas em quatro temas de enorme impacto. O primeiro deles é a utilização da modulação temporal estatuída pelo artigo 27 da Lei Federal n. 9.868/99 sem solucionar duas arguições de inconstitucionalidade contra ele lançadas, e que dizem respeito à estatura constitucional do princípio da nulidade, o qual acaba por ser excepcionado pelo preceito legal impugnado. O segundo, no qual a prática do ativismo é ainda mais clara, são as decisões relativas à perda de mandato por desfiliação partidária, pois, nessas hipóteses, efetivou-se o desdobramento ou reforço de um princípio constitucional, qual seja, o princípio da representação proporcional sem a imperativa atuação normativa de competência do Poder Constituinte de revisão ou do Legislador ordinário.⁹ No tema relativo ao banimento do nepotismo, também é possível notar a atuação ativista consubstanciada no desdobramento exagerado de princípio constitucional. Por óbvio, o regramento legal restritivo ao provimento de cargos de confiança por parentes da autoridade nomeante, ou de outras autoridades que desfrutem de considerável poder decisório no âmbito da mesma pessoa jurídica, é extremamente aconselhável, prestigiando os princípios da impessoalidade, moralidade administrativa e eficiência, os quais, todavia, não convertem em dispensável esse regramento infraconstitucional. Impõe-se citar ainda os decisórios ativistas por meio dos quais a Suprema Corte reconheceu de eficácia plena e aplicabilidade imediata a norma constitucional assecuratória do Direito à educação infantil, em creche e pré-escola. Isso porque não cabe ao Poder Judiciário estabelecer, discricionariamente, o grau de eficácia de norma constitucional, no âmbito de Direitos fundamentais ou não.

Há fatores de ordem geral que têm servido de alavanca para o ativismo judicial no Brasil. Entre eles pode-se mencionar o modelo de Estado intervencionista, o qual conduz juízes e tribunais a abrandar, em determinadas circunstâncias, a existência de balizas estabelecidas pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes compete, na utopia de estarem autorizados a pular etapas, efetivando, hodiernamente, o

⁹ Cf. COSTA, Andréa Elias da. Estado de direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 47-60.

programa traçado prospectivamente pela Constituição. De acepção símile é o fator relativo à intensificação do controle abstrato de normas, que incentiva a implementação do ativismo judicial pela maior proximidade do controle de constitucionalidade, assim realizada, do desempenho da função legislativa. Por sua vez, no campo da Dogmática, o neoconstitucionalismo, embora acometido por vulnerabilidade, tem se tornado fomento ao ativismo, por ter se dispersado na doutrina nacional, iniciando, atualmente, a influenciar na esfera da jurisprudência constitucional brasileira.

A principiologização do Direito, traço marcante do moralismo jurídico, aparece como a frente mais conspícua desse pretensão pós-positivismo tupiniquim, na medida em que acaba por permitir que o sistema jurídico admita o subjetivismo de vereditos judiciais,¹⁰ utilizando-se de contornos não muito claros das normas-princípio e intensificando-lhes os efeitos de modo a extrapolar os limites da licitude, abstando-se de concretizar a Constituição, para construí-la ao gosto das preferências axiológicas de seus signatários. Todavia, uma das causas mais relevantes para o fortalecimento do ativismo judiciário tem natureza institucional, qual seja, a insuficiência da atuação do Poderes representativos no que diz respeito à tomada de medidas normativas hábeis à efetivação do projeto social-democrático delineado pela Constituição Federal de 1988. Por fim, a assunção de atividade normativa atípica pelo Supremo Tribunal Federal também constitui fomento ao ativismo judiciário.

4. Cenário hermenêutico

É primitiva a noção de que o desejo de seus protagonistas é insuficiente à instituição próspera de sistemas políticos. As variadas formas de governo já eram relacionadas com a estrutura social e com os valores ou cultura política preponderante na obra de Aristóteles, qual seja, *A Política*. O tema também fora abordado por Robert Dahl, em *Polyarchy*, o qual detectou sete conjuntos de condições que atingem a possibilidade de sucesso na instituição de uma poliarquia. O derradeiro conjunto de condições de Dahl aponta a existência de fatores ideológicos que propiciam ou não a consolidação da democracia. Assim, se os

¹⁰ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A autoridade moral da constituição: da fundamentação da validade do direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2009. 776 p.

princípios nucleares do sistema democrático, quais sejam, o pluralismo, Direitos fundamentais, Estado de Direito, etc., não são confiáveis aos olhos dos principais grupos sociais e lideranças políticas, resta inviável o sucesso de sua implantação.

Na análise dos pressupostos ideológicos, a visão dos encarregados da organização e sistematização do conhecimento jurídico, bem como pela operação do ordenamento acerca do próprio Direito, seu modo de existir, suas características essenciais, finalidades, etc. – aspecto este pertinente à Teoria do Direito – não tem ganhado destaque. Nessa linha, salienta-se, ainda, que as noções elementares a respeito do sistema jurídico de um prisma colaboram para esculpi-lo, porém, de outro, se apresentam mais ou menos afeiçoadas ao funcionamento factual de um dado sistema.

Não remanesce qualquer incerteza de que a evolução político-institucional, que caminha junto com a estabilização dos sistemas políticos democráticos, passa, impreterivelmente, pelo amadurecimento da reflexão jurídica, especialmente na esfera do Direito Constitucional, haja vista a supremacia formal e material das normas por ele compreendidas e, conseqüentemente, da jurisdição encarregada de atuá-las. Somente um positivismo renovado e reflexivo, hábil a compor as três dimensões básicas do fenômeno jurídico, e adequado à singularidade da interpretação-aplicação de normas constitucionais, está apto a proporcionar o ajuste perfeito entre a criatividade imanente à jurisdição constitucional (*lato sensu*) e o imprescindível respeito aos princípios do Estado de Direito, entre eles, o da Separação dos Poderes, obstando que o voluntarismo de boa intenção, mas institucionalmente funesto, dos órgãos judiciários termine por arruinar um dos fundamentos mais importantes de qualquer democracia, qual seja, o respeito à soberania popular e à participação política dela decorrente.¹¹ Nessa linha, aos juristas democratas compete colaborar para a edificação de instituições que possibilitem o êxito de um governo atuante não somente em prol do povo, mas com a atuação decisiva deste – direta, sob determinadas condições, e indiretamente, de modo diuturno, por meio dos instrumentos de representação política.

Em um Estado Social e Democrático – por exemplo, o Brasil, a partir da Constituição de 1988 – o centro de decisões é transposto do Legislativo e Executivo para o campo da jurisdição constitucional. Em

¹¹ TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. 197 p.

Estados assim configurados, o Direito é um instrumento de transformação, pois rege a interferência do Estado na economia, determina o dever de efetivação de políticas públicas e apresenta enorme cardápio de Direitos fundamentais-sociais. Conseqüentemente, as omissões do Executivo e Legislativo acabam por ser preenchidas pelo Judiciário, exatamente por meio de mecanismos jurídicos estatuídos pela Constituição que instituiu o Estado Democrático de Direito. É a judicialização da política, que se dá de forma contingencial. Entretanto, a atuação do Judiciário jamais pode deixar de ser conforme com um sentido da (e de) Constituição, aqui compreendida como o cume normativo e interpretativo, a qual lhe deu legitimidade para agir. Nessa linha, impõe-se a compreensão de que todo ato judicial perfaz um ato de jurisdição constitucional.¹²

A existência de um amplo rol de Direitos fundamentais em dada Constituição – como ocorre na Constituição Brasileira – demonstra a adoção de uma teoria moral específica, qual seja, a de que as pessoas possuem Direitos morais oponíveis em face do Estado. Do mesmo modo, um Estado Democrático apenas obterá justificativa moral e política se, por meio do Direito, assegurar similar consideração e respeito pelos seus cidadãos. Assim, um cidadão é titular de um Direito fundamental em face do Estado quando tal Direito seja imprescindível para a tutela de sua dignidade, ou quando de sua observância depender a conservação do seu status de merecedor de igual consideração e respeito, por parte do Estado, do que os demais integrantes da sociedade.¹³

A Constituição deve ser concebida como um liame de conteúdo entre a Política e o Direito; igualmente, ela reúne questões jurídicas e morais (Dworkin-Habermas). Dessa forma, a Constituição é constituída por princípios amplos e abstratos de moralidade política que, unidos, envolvem, sob uma configuração extraordinariamente abstrata, todas as perspectivas da moralidade política que, em nossa cultura política, podem servir de suporte ou fundamento para um determinado Direito constitucional, isso do ponto de vista individual. Para a adequada exegese dessas cláusulas, Dworkin aconselha o uso de uma tática, qual seja, a denominada Leitura moral da Constituição. Simplificando, propõe-se que a interpretação de tais preceitos abstratos deve considerar que eles se reportam a princípios morais de decência e justiça

¹² Cf. POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* – política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. 191 p.

¹³ Cf. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 61-76.

(*institucionalização da moral no Direito*), e ainda, deve ser ela, pelo menos, infimamente razoável.

5. Paradigma judicial

O Direito não se mostra estanque à influência da filosofia. Tanto é que rotineiramente se depara com conceitos, categorias e palavras filosóficas, como, por exemplo, verdade, valor, etc. Por isso, na linha de Dworkin, conclui-se que os juristas serão eternamente filósofos e que a doutrina organizada filosoficamente, é o prólogo de toda decisão. Assim não há opção entre filosofar de forma apeduta ou meditar sobre o acolhimento de condutas filosóficas suficientes à complexidade da prática judiciária. Tal comportamento importa investigar os triunfos filosóficos propiciados pela Filosofia Hermenêutica (Martin Heidegger) e pela Hermenêutica Filosófica (Hans-Georg Gadamer). A partir de Heidegger passou-se a relacionar a hermenêutica a uma concepção fundamental – não reduzida à arte de interpretação, ou algo parecido – mas relativa às conjunturas precedentes não apenas à interpretação de textos, mas também de todo pensamento e atividade humana.¹⁴ Há uma recriação do elo entre compreensão e interpretação privilegiando-se a primeira, já que o filósofo anuncia que interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender. Por conseguinte, qualquer significação atribuída a um ente é, de fato, uma interpretação, pois todo o trabalho do indivíduo está fundado em um estágio prévio, elementar, de descerramento para o mundo. Logo, arroga-se à linguagem um caráter cêntrico, inseparável do pensamento, sendo constituinte e constituidora do saber.¹⁵ Nessa perspectiva, o conceito cotidiano de verdade é modificado, pois inviável obter uma conformação da coisa com o conhecimento, ou vice-versa, vale dizer, não se cuida mais de uma representação do real. A assimilação de tudo isso, que suplanta a relação apresentacional - sujeito cognoscente versus objeto a ser conhecido - depende de dois teoremas indispensáveis, quais sejam: a diferença ontológica (o ser mostra-se no ente) e o círculo hermenêutico (a interpretação se movimenta no já compreendido e dele se deve alimentar).

¹⁴ Cf. IGNÁCIO JÚNIOR, José Antonio Gomes; PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; SIMÕES, Alexandre Gazetta. *Ativismo judicial: paradigmas atuais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 159 p.

¹⁵ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* – o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 213 p.

Dando seguimento à filosofia de Heidegger, Gadamer criou uma filosofia hermenêutica, a qual teve como ponto de partida essa descoberta de uma pré-estrutura da compreensão. A hermenêutica filosófica gadameriana põe em pauta o que nos ocorre além do nosso querer e fazer. Assim, seu objetivo é descortinar e tornar consciente algo que foi velado e desprezado pela disputa sobre os métodos.¹⁶ Segundo Gadamer, compreender e interpretar textos não é tarefa exclusiva da ciência, mas compete ao todo da experiência do homem no mundo, de modo que, na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é (não poderia ser), de maneira nenhuma, um problema de método.¹⁷ Na esfera do Direito Processual, uma compreensão hermenêutica do processo deve compatibilizar duas concepções, sendo elas: A) o processo deve proporcionar acesso a uma ordem jurídica principiologicamente coerente e justa; B) para tanto, deve oportunizar a atuação decisiva das partes para a elaboração do provimento jurisdicional. Essas premissas – de que a ordem jurídica transcende a opinião pessoal do juiz, e de que o processo se desenvolve de modo policêntrico – permitem romper o dogma do protagonismo judicial.

Segundo Dworkin, diante da incumbência de decidir, o indivíduo poderá executá-lo sem qualquer controle definido pelos padrões de uma autoridade superior. Seu agir perfaz poder discricionário no sentido forte. Herbert Hart, ao examinar o positivismo jurídico, concluiu que o Direito, concebido como um sistema de regras (primárias e secundárias, todas elas compostas por uma textura aberta), confere ao juiz este poder discricionário no sentido forte. Em compensação, o jusfilósofo norte-americano admite não somente regras (*rules*), mas também princípios (*general principles of law*), padrões a serem cumpridos por uma exigência da moralidade, com perfil juridicamente vinculativo (deontológico). A defesa dos Direitos políticos preferenciais (*background rights*), especialmente aqueles decorrentes do Direito abstrato à consideração e respeito (*right to equal concern and respect*), de existência antecedente ao Estado (*government*) e, por essa razão oponíveis a ele, perfazem fundamento do pensamento de Dworkin. Aspirando preservar esses Direitos é que o juiz deve considerar as imposições de moralidade representadas pelos tais princípios (mormente nos denominados *hard*

¹⁶ Cf. MARMELSTEIN, George. O ativismo dos juízes na perspectiva da filosofia moral. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). *Ativismo judicial*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 13-88.

¹⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 265 p.

cases).¹⁸ Por fim, Dworkin passou a patrocinar a existência da única resposta correta (*the one right answer*) – vale dizer, aquela que solucionasse mais adequadamente a dupla exigência que se coloca ao juiz, qual seja: compatibilizar a decisão da maneira mais acertada possível com a jurisprudência antecedente e, concomitantemente, atualizá-la (justificá-la) nos moldes da moral política da sociedade –, em posição contrária à doutrina do poder discricionário.¹⁹

Dworkin leciona que a prática do Direito é interpretativa. Por sua vez, a partir de Gadamer a interpretação tem natureza universal, vale dizer, não se restringe a textos ou práticas sociais. Ademais, o caráter circular da hermenêutica permite que o intérprete seja parte daquilo que interpreta. Tais considerações possibilitam uma aproximação entre a interpretação construtiva proposta pelo jusfilósofo norte-americano e a hermenêutica filosófica gadameriana. Tal interpretação, em síntese, considera fatores históricos, tais como a intenção do autor, para compreender um texto, por exemplo. Contudo, por ser conduzida por um interesse do intérprete, qual seja, a atribuição de um sentido jurídico ao texto, estando ele também situado historicamente, resulta na construção de um sentido novo, porém, fiel ao texto (assim, não deixará de ser uma interpretação correta). O intérprete construtivo do Direito terá, impreterivelmente, vínculos com o passado, pois deve adotar uma tradição, e não compor uma nova. Os influxos da história e do fato de o intérprete estar situado no presente, que acabam conformando as suas possibilidades de compreensão, permite que se admita uma determinada autoridade à tradição. Portanto, o questionamento da tradição perfaz ofício de uma consciência hermenêutica, hábil suspender os pré-conceitos do intérprete.

Dworkin utiliza a interpretação literária como paradigma para a forma central da análise jurídica. Segundo ele, cada juiz, admitindo sua função de um romancista na corrente, deverá conhecer e se atentar para a atuação pretérita de outros juizes, não somente para descobrir o que afirmaram, mas para obter uma conclusão sobre a atuação coletiva deles, ou seja, como cada um, individualmente, formou uma opinião sobre o romance coletivo redigido até então. Sendo assim, ao solucionar um novo caso, cada juiz deve reputar-se como parceiro de

¹⁸ Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009. 151 p.

¹⁹ Cf. MOTTA, Maurício; MOTTA, Luiz Eduardo (Org.). *O estado democrático de direito em questão: teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. 385 p.

um complexo empreendimento em cadeia, sendo sua missão continuar essa história no futuro por meio do que no presente. Conforme os ensinamentos de Dworkin, os juízes devem respeitar não apenas uma coerência de estratégia, mas uma coerência de princípio, apta a impor aos mais variados modelos regentes a utilização da coerção estatal em face dos cidadãos, que exprima uma visão una e extensiva de justiça. Nessa linha, o Direito como integridade pressupõe o Direito dos indivíduos a uma extensão coerente e alicerçada em princípios, das decisões políticas do passado.

A integridade política, concebida como o imperativo de que o Estado tenha uma só voz e atue de maneira coerente e assentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões essenciais de justiça e equidade que utiliza para alguns, é uma virtude política, uma exigência específica da moralidade política de um Estado (personificado como um agente moral), que deve se dirigir aos indivíduos com idêntica consideração e respeito. Assim, o Direito, na perspectiva integridade, demanda que juízes reconheçam, sempre que possível, que o Direito é composto por um aglomerado coerente de princípios e que tais deverão ser aplicados no caso concreto, de maneira que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa, conforme as mesmas normas. Tal postura exigirá que o magistrado coloque à prova sua interpretação, indagando-se sobre a possibilidade ou não de ela compor uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo.

Na seara do Direito processual nacional, o Processo Civil está incontestavelmente comprometido com o modelo racionalista, o qual tentou transformar o Direito em uma ciência sujeita aos princípios metodológicos usados pelas matemáticas, sem qualquer vínculo com a História.²⁰ A magistratura e seus compromissos com o *Ancien Régime* eram vistos com incredulidade pela Revolução Europeia, o que acabou por intensificar a procura pela certeza do Direito, ideal do racionalismo. Consequentemente, surgiram as grandes codificações do Direito europeu, bem como se instituiu um sistema burocrático da organização judiciária. A reinserção de juízos de valor na edificação do raciocínio jurídico seria o ponto de partida para o arrostamento dessa crise, o que acaba por acarretar o reconhecimento de que o ato jurisdicional é um ato criador de Direito e, assim sendo, um ato de vontade. Melhor dizendo, impõe-se admitir o Direito como uma ciência hermenêutica

²⁰ Cf. PAULA, Alexandre Sturion de. *Ativismo judicial no processo civil: limites e possibilidades constitucionais*. Campinas: Servanda, 2012. 239 p.

e não matemática, que acaba por resultar no fortalecimento dos poderes do magistrado. Todavia, tal fortalecimento não quer significar, de maneira nenhuma, uma inclinação voltada ao protagonismo judicial. Ao contrário, traduz, tão somente, uma atribuição dos poderes que o Iluminismo almejava ter retirado dos magistrados. Dessa forma, a discricionariedade judicial defendida não perfaz o exercício de um poder discricionário, no sentido forte determinado por Dworkin. Nada disso, a discricção adotada deve ser compreendida como uma forma de proporcionalidade, como sendo a imprescindibilidade de assegurar a coerência e a integridade das decisões judiciais.

6. Conclusões

Para Dworkin, os princípios são proposições que prescrevem Direitos e as políticas são proposições que descrevem objetivos. Segundo ele, as decisões judiciais devem ser fundadas por princípios, e não por políticas. As alegações de princípio somente fundamentarão um veredito quando o princípio nela mencionado revelar compatibilidade com decisões anteriores que não foram reformadas (refutadas), e com decisões que a instituição está pronta para adotar em situações conjecturadas (universalização da argumentação). Logo, um juiz adepto à noção do Estado de Direito empenhar-se-á, em um caso controvertido (antes: em qualquer caso), compor algum princípio que, na sua concepção, alcança, no grau apropriado de abstração, os Direitos morais das partes que são atinentes às questões abordadas pelo caso. Considerando que o texto legal deve ser hermeneuticamente assimilado, a escolha e respectiva indicação da norma incidente no julgado não encerra o trabalho do magistrado. A opção pelo sentido mais pertinente não é livre, ao contrário, deve ser fundamentada, expondo-se claramente os motivos pelos quais escolheu por um e não pelo outro sentido possível da norma.

Em respeito ao contraditório constitucionalmente tutelado, impõe-se que a justificativa do ato jurisdicional seja integral, vale dizer, deve contemplar a opção do juiz, bem como o móbil pelo qual refutara a versão oposta, devendo ele ser persuasivo quanto à impropriedade ou insuficiência das razões do sucumbente. O arazoado lançado pelo magistrado somente será irretorquível se, além de completo, tenha fundamento argumentos de princípio, seja compartilhado com os demais sujeitos processuais e com os juizes do passado. Robert Alexy, dedicando-se a estabelecer contornos conceituais mais exatos aos

princípios, bem como metodizar congruentemente a sua aplicação, desenvolveu relevante teoria. Para ele, o que distingue princípios e regras é a estrutura.²¹ Os primeiros seriam normas que determinam que algo seja efetivado na maior medida viável, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas (encerrando, portanto, mandamentos de otimização, o que acaba por permitir o seu cumprimento em graus distintos), regras seriam normas que apenas aceitam o cumprimento ou descumprimento. Dessa forma, o embate entre as regras é solucionado no campo da validade. Já o conflito entre princípios se dá no enfoque do peso, sendo resolvido por meio da ponderação da dimensão do peso dos princípios sob as circunstâncias do caso. A ponderação é realizada da seguinte maneira: quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro. Trata-se de uma otimização do princípio da proporcionalidade em sentido restrito, ou seja, com relação às possibilidades jurídicas.²²

Entretanto, mesmo com o anseio de ser pós-positivista, a teoria de Alexy é insuficiente a suplantiar, em pontos básicos, o modelo suporte do positivismo jurídico. Isso ocorre pelo simples fato de que as teorias da argumentação não seguem a hermenêutica na supressão do esquema sujeito-objeto, óbice que fica evidente quando se aposta, por exemplo, no mecanismo da subsunção (inferência lógico-dedutiva) para a aplicação das regras (isto joga fichas numa espécie de suficiência ôptica do texto que veicule a regra).²³ Entende-se, todavia, ser viável, no

²¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. (Biblioteca Forense de Direito Internacional).

²² “O dado é que, a pretexto de dar racionalidade ao discurso (que, não nos entendam mal, é mesmo algo a ser almejado), Alexy acabou construindo um instrumento em favor do operador do Direito que, por mais elaborado que seja, não é mais do que isso: um instrumento (um método, se se quiser). E o problema é que, para edificá-lo, o jusfilósofo alemão acabou incorrendo em diversos dos ‘resvalos’ que nos serviram para denunciar, antes, as insuficiências do positivismo jurídico. Em primeiro lugar, temos de ter presente que qualquer distinção *a priori* que se faça entre regras e princípios (seja ela lógica ou estrutural, não importa) assume o risco de dar mãos com a metafísica. Principalmente se esta separação se der (como se dá em Alexy) com o escopo de distinguir a forma de solucionar casos ‘jurídicos’ (estes também divididos em fáceis ou difíceis). Neste sentido, impressiona a naturalidade com que se afirma que alguns (ou muitos) problemas (do Direito!) podem ser resolvidos mediante ‘subsunção’ da prescrição normativa (naturalmente abstrata) à realidade social. Essa consideração, ao reconhecer um espaço próprio para (meras) inferências lógico-dedutivas na prática do Direito, é visivelmente atrelada ao paradigma representacional (pressupõe uma espécie de naturalismo, ou seja, admite a possibilidade de explicações emergentes de raciocínios dedutivos), exatamente aquele que sustentou, filosoficamente, o ‘sistema de regras’”. (MOTTA, Francisco José Borges. Op. cit., p. 168).

²³ HESPANHA, António Manuel (Coord.). *Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo: um conjunto de perspectivas*. Coimbra: Almedina, 2011. 362 p.

modelo hermenêutico, a utilização de algumas colaborações da teoria da argumentação de Alexy. Entretanto, tal uso somente será factível se a hermenêutica e as teorias da argumentação operarem em níveis de racionalidade distintos. Enquanto a primeira atua como um vetor de racionalidade de primeiro nível (estruturante), a segunda opera no plano lógico, apofântico, mostrativo. Logo, a teoria da argumentação é insuficiente a suceder a hermenêutica de caráter filosófico, justamente porque não contempla uma forma procedimental de obtenção do conhecimento. Se houver exata compreensão de que entender e revelar o entendimento são questões distintas, não se vislumbra grandes ameaças para a tese das boas respostas no recurso a mecanismos argumentativos como o da ponderação.²⁴

No âmbito de um Direito concebido como integridade, a aplicação de um princípio se dá por meio de argumentação em seu proveito, vale dizer, ocorre em favor dos Direitos, seja de salvaguarda ou de efetivação. Tal argumentação deve ser orientada pela função de reedificação da história institucional do Direito (preferencial, substancial) que almeja proteger. Dessa forma, segundo Dworkin, os princípios serão apropriados, como paradigmas do Direito, enquanto forem úteis como fundamento para as instituições e Leis da sociedade, de forma a integrar uma teoria do Direito bem fundada. A propósito, é por essa razão e por uma busca por idêntica estima e respeito que esta justificativa deve ser principiologicamente coerente.²⁵ Ao tratar do Direito como integridade, Dworkin assinalou de modo mais específico que a identificação, por um juiz, de certo paradigma como um princípio no Direito, deve ser assimilada como uma proposição interpretativa – há o ajuste do princípio com certa parte complexa da prática jurídica, sendo certo que ele acaba por justificá-la. Assim, o princípio deve guiar a interpretação da prática forense, bem como fundamentá-la de modo eloquente. Ante tais reflexões, conservando a discriminação entre regra e princípio, resta claro que a regra não perdura por si, não remove a validade de si mesma. Ela tem de contemplar algum sentido coerente com a integridade do Direito. A tal sentido que não é precedente, nem estático e que não pode ser verificado proceduralmente, denomina-se princípio.²⁶

²⁴ SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. 459 p.

²⁵ SILVA, Joana Aguiar e. *Para uma teoria hermenêutica da justiça: repercussões juslitterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas*. Coimbra: Almedina, 2011. 454 p.

²⁶ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 170 p.

Almejando resolver a antinomia havida entre formalismo e justiça, os valores essenciais efetividade e segurança podem atuar, numa perspectiva deontológica, como sobreprincípios, vale dizer, como diretriz do juiz na aplicação das regras e princípios. Tais valores estão em constante contenda, numa relação proporcional, de modo que tal contenda será resolvida pelo órgão jurisdicional por meio das técnicas hermenêuticas pertinentes, valendo-se da ponderação para a obtenção do valor preponderante – conforme ensina Robert Alexy – nas hipóteses em que a própria norma não consegue solucionar. Entretanto, entende-se que o Formalismo-Valorativo não está imune à uma percepção axiológica da Constituição, o que acaba por atenuar seu caráter normativo. Em outras palavras, enfraquece-se a autonomia do Direito, com todos os perigos daí derivados. Acredita-se que inexistente valor suficientemente relevante, num plano democrático, apto a autorizar a negativa de um Direito a quem o possui de fato.²⁷ Assim, regressa-se ao positivismo jurídico, pois competirá ao juiz ponderar e intermediar esta abstração normativa, conforme seu sentimento de justiça. O referido jurista assevera que a equidade deixa a legalidade para adentrar no Direito. Todavia, como se viu até aqui, não se faz necessário ir além do sistema para que o Direito realize a justiça. Ao contrário, necessita-se de uma percepção pertinente das consequências do rompimento paradigmático propiciado pelo moderno, que é a Constituição Federal, e dos atuais sentidos constitucionais, que conduzem e dão legitimidade à jurisdição. Inexiste algo na elaboração democrática do Direito – que tenha alcançado próspera autonomia em face do Estado, da Política, da Moral, etc. – que deva permanecer nas mãos da melhor capacidade de julgamento de alguém.²⁸

Um roteiro mínimo para ajudar a nortear a condução do processo jurisdicional em si é a assimilação hermenêutica da garantia do contraditório. Considerando que o processo tem por incumbência garantir o acesso à ordem jurídica justa, principiologicamente coerente, deve contemplar, impreterivelmente, a atuação dos interessados, observando-se o contraditório. Este, por sua vez, em sua acepção hermenêutica, permitirá o desejado caminho para a casuística reedificação da história institucional do Direito. Deve o contraditório proporcionar

²⁷ MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia? – a relação inter poderes e a judicialização no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 529-540.

²⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. 355 p.

aos envolvidos a problematização da causa por meio de argumentos de princípios, os quais necessariamente terão de ser confrontados pela decisão judicial, a qual refletirá não apenas uma teoria partilhada entre os figurantes processuais, mas, essencialmente, uma teoria coerente com a integridade do Direito.²⁹ Nessa linha, resta inadmissível que o ônus de encontrar no Direito uma resposta pertinente (hermeneuticamente-constitucionalmente apropriada) seja atribuído exclusivamente a um juiz-protagonista. Igualmente, não pode ele pertencer unicamente às partes.³⁰ É importante observar que o contraditório efetivo será assegurado, em última análise, na fundamentação completa da decisão judicial, a qual deve apresentar ótimas razões para desconsiderar as teorias apresentadas pelos litigantes. Tais razões devem conter os motivos que demonstrem ser a teoria escolhida a melhor a interpretar a prática do Direito como um todo. Afinal, é o Direito fundamental de o cidadão receber corretas soluções no Direito que está em pauta com a cláusula do contraditório, bem como o cumprimento do dever fundamental de motivar as decisões.

²⁹ MARTIGNAGO, Gisella. *Controle de constitucionalidade e o ativismo judicial*. 2009. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

³⁰ MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. 169 p.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. (Biblioteca Forense de Direito Internacional).

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 252 p.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do Direito? In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 475-497.

COSTA, Andréa Elias da. Estado de direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 47-60.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A autoridade moral da constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2009. 776 p.

FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. 708 p.

HESPANHA, António Manuel (Coord.). *Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo: um conjunto de perspectivas*. Coimbra: Almedina, 2011. 362 p.

IGNÁCIO JÚNIOR, José Antonio Gomes; PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; SIMÕES, Alexandre Gazetta. *Ativismo judicial: paradigmas atuais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 159 p.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 265 p.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? – o outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 213 p.

LIMA, Rogério Montai de; MIARELLI, Mayra Marinho. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. 248 p.

- MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. 169 p.
- MARMELSTEIN, George. O ativismo dos juízes na perspectiva da filosofia moral. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). *Ativismo judicial*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 13-88.
- MARTIGNAGO, Gisella. *Controle de constitucionalidade e o ativismo judicial*. 2009. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia? – a relação inter poderes e a judicialização no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 529-540.
- MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 136 p.
- MOTA, Mauricio; MOTTA, Luiz Eduardo (Org.). *O estado democrático de direito em questão: teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. 385 p.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 268 p.
- PAULA, Alexandre Sturion de. *Ativismo judicial no processo civil: limites e possibilidades constitucionais*. Campinas: Servanda, 2012. 239 p.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? – política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. 191 p.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. 355 p.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 61-76.
- SILVA, Joana Aguiar e. *Para uma teoria hermenêutica da justiça: repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas*. Coimbra: Almedina, 2011. 454 p.
- SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. 459 p.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 170 p.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. 197 p.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009. 151 p.

VITOVSKY, Vladimir Santos. *Ativismo judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica*. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). *Ativismo judicial*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 89-136.

Pós-positivismo e alguns paradoxos sobre a interpretação constitucional

*Richard Pae Kim*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Pós-positivismo e suas implicações. 3. A força dos princípios no pós-positivismo. 4. Pós-positivismo, interpretação constitucional e a técnica da ponderação nas hipóteses de colisão de princípios de direitos fundamentais. 5. A nova hermenêutica e alguns paradoxos. 6. Encerrando, o pós-positivismo e o respeito aos princípios da separação de poderes, igualdade e segurança jurídica. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Início este trabalho esclarecendo que a instabilidade no dia a dia de nossos tribunais na aplicação das diversas técnicas de interpretação e na ausência muitas vezes – o que é pior – de observância pelos magistrados de técnicas de hermenêuticas, levou-me a refletir sobre o conteúdo do que venho escrevendo, em especial, a partir de ideias que expressei no artigo intitulado “Neoconstitucionalismo – hermenêutica constitucional e atividade jurisdicional na tutela dos direitos do cidadão”, publicado na Revista da Ajuris, n. 75, p. 269-290, 1999.

Como salientei naquela oportunidade, formou-se certo consenso na doutrina, a partir da Constituição Federal de 1988, no sentido de que o chamado “neoconstitucionalismo” ou “pós-positivismo” em nosso país gerou profunda transformação da relação entre sociedade e

¹ Doutor e Mestre em Direito pela USP. Pós-doutorado em Políticas Públicas pela UNICAMP/SP. Professor do curso de Mestrado em Direito da UNIMEP/SP e professor dos cursos de pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura (EPM) e da Escola Judiciária Eleitoral Paulista – TRE/SP. Juiz Instrutor no Supremo Tribunal Federal.

Poder Judiciário, na medida em que aquela percebeu que este poderia lhe garantir todos os direitos explicitados em nossa robusta Carta da República.

No entanto, o furor de alguns intérpretes – na busca para garantir todos os direitos constitucionais da forma mais ampla possível e dar a “máxima efetividade” da Constituição – fez com que, acompanhando uma tendência doutrinária de autoria de alguns juristas alemães e portugueses, e numa leitura desfigurada da doutrina norte-americana, os princípios constitucionais passassem a ser entendidos essencialmente como valores, ampliando assim seu significado. Esse fenômeno acabou por colocar em xeque o conteúdo jurídico de muitos desses princípios, naquilo que vinha sendo entendido pelos doutrinadores e pelos tribunais até então.

Não seria desacertado afirmar que a hermenêutica constitucional, antes e depois de 5 de outubro de 1988, é diferente. A carta dirigente foi fundada em princípios definidores de direitos, já afirmados anteriormente e acrescidos dos novos direitos, estes fundados num sistema que garanta a democracia e a solidariedade.

Algumas críticas doutrinárias têm surgido, em especial, atacando o suposto excesso de subjetividade das regras de interpretação constitucional. Essas contestações têm sustentado que a utilização das referidas regras de hermenêutica, frequentemente atingiriam de morte a segurança jurídica, a efetiva justiça, a sociedade solidária, e o respeito à separação de poderes. Outros autores, ainda, sustentam que a abstração estaria a colocar em risco o desenvolvimento econômico nacional e a violar os preceitos fundamentais insculpidos nos artigos 2º e 3º da Constituição Federal.

O fato é que, hodiernamente, a nossa doutrina ainda não chegou a uma precisão conceitual para a terminologia neoconstitucionalismo e ainda existem inúmeras dúvidas na doutrina sobre o seu preciso conteúdo. Estamos ainda no processo de identificação desse neologismo² e, o que é pior, algumas afirmações, sem maior reflexão pelos seus anunciadores, têm sido repetidas em muitos escritos, desestabilizando o sistema jurídico e contribuindo para a criação de alguns paradoxos. Identificar alguns deles, respeitando sempre o intelecto dos personagens e de suas ideias, será o mote deste trabalho.

² AGRA, Welber de Moura. Neoconstitucionalismo e a superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 435.

2. Pós-positivismo e suas implicações

É fato que a constitucionalização do Direito no referido século importou em um pós-positivismo, com a modificação de paradigmas, na medida em que o reconhecimento da força normativa da Constituição, muito bem percebida e desenvolvida por Konrad Hesse, trouxe novos contornos para a compreensão da exigibilidade e efetividade das normas constitucionais. A expansão da jurisdição constitucional, inclusive por meio do controle difuso, com a elaboração de novos parâmetros hermenêuticos sobre os direitos postos na nossa Carta Magna, fez com que surgissem movimentos dentro da magistratura que alguns autores passaram a denominar ativismo judicial³.

Esse novo movimento hermenêutico tem potencializado, com algum proveito teórico, todo um sistema de princípios que vem sendo inserido nas Constituições contemporâneas, acolhendo propostas desenvolvidas por Ronald Dworkin, em direção a um modelo de regras mencionado anteriormente por Hart, e tem evoluído para um sistema centralmente constituído por princípios.

Robert Alexy, quando contrapõe os termos “legalismo” e “constitucionalismo”, reconhece que aquele, diferente deste, enaltece as normas e rechaça princípios e valores, propondo, assim, uma mudança de paradigmas, a fim de que deixemos aquele sistema positivista puro de Kelsen e passemos a tratar, diante dos novos ordenamentos constitucionais, as normas como valores fundamentais na ciência do Direito.

Zagrebelsky, na mesma sintonia, conclui que distinguir os princípios das regras importa, de um modo geral, distinguir a Constituição da lei, buscando com isto oficializar o que hoje já se entende como verdade, a força normativa das constituições⁴.

Para Luigi Ferrajoli, o neoconstitucionalismo traz a renúncia à epistemologia de Kelsen e propõe uma ciência, dentro do novo sistema, que o professor italiano denomina “jurídica funcional”, diante do novo paradigma constitucional que traz um “papel crítico e construtivo”, descritiva do “ser” do Direito, e prescritiva de seu “dever-ser” jurídico⁵.

³ Adianto que, no meu entender, o termo tem sido utilizado equivocadamente, como trataremos no decorrer deste trabalho.

⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 1995.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006. p. 61. Aliás, Cristina Queiroz sustenta que “a normatividade não se relaciona com o texto da norma. Apenas o resultado da interpretação se apresenta como norma jurídica. O que, diferentemente, caracteriza o

Ronald Dworkin⁶, por sua vez, sustenta que no Direito estão os princípios que estabelecem o seu real conteúdo e que estes princípios podem e devem ser definidos como exigências de justiça, equidade, ou outra dimensão da moral. Podem, outrossim, ser assimilados aos direitos individuais, salientando que os juízes deverão se utilizar dos argumentos principiológicos, a fim de que os direitos do indivíduo possam se sobrepor sobre os objetivos coletivos e contra a ação estatal, evidentemente se inconstitucionais.

O fato é que, na atualidade, temos instalado um novo sistema jurídico, natural do pós-positivismo. E, estas são algumas das teses que trazem os pontos essenciais do que se pode denominar neoconstitucionalismo, conforme estudo bem realizado por Rodolfo Luis Vigo, quais sejam:

[...] (a) o direito deixa de ser um conjunto sistemático de normas autorizativas para compreender valores e princípios disponíveis para as respostas jurídicas dos operadores; (b) na epistemologia jurídica, já não se defende tanto um saber meramente descritivo e sistematizador, senão que se reclama prescrição e valoração; (c) a aplicação deixa de assimilar-se à decisão irracional ou volitiva, como em Kelsen, ou de fácil desentranhamento da solução contida na norma, para requerer da razão prática ponderações e argumentos que a validem ou justifiquem; (d) o direito, em maior ou menor medida, judicializa-se, superando a distinção entre criação e aplicação; (e) a validade das normas, incluídas as legais, amplia-se aos conteúdos, especialmente constitucionais que potencializam o papel do Poder Judiciário; (f) reconhece-se uma juridicidade indisponível ou limitadora do direito posto as autoridades; e (g) a distinção contundente entre direito e moral se

‘texto da norma’ é a sua ‘validade’. Esta consiste, de um lado, na obrigação dirigida aos destinatários da norma de conformarem com esta o seu comportamento e, de outro, na obrigação dirigida ao juiz - ou a toda a autoridade habilitada a interpretar - de utilizar na sua integralidade os textos das normas jurídicas adequados ao caso particular e de os trabalhar correctamente de um ponto de vista metódico. O acento tónico tem vindo até aqui a ser colocado na ‘aplicação judicial da Constituição’ numa tentativa de identificar a interpretação constitucional com o poder judicial. Isso implica, no limite, não uma hierarquia entre normas jurídicas, mas uma coordenação entre as funções do Estado.” (*Interpretação constitucional e poder judicial*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 336.).

⁶ DWORIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2002. p. 80-83.

fragiliza, e o jurista deve enfrentar exigências de moral crítica⁷.

No constitucionalismo moderno, mais especificamente a partir do século XX, as Cartas Magnas dos Estados passaram a ter como referência os direitos fundamentais e os princípios de justiça material, e criou-se uma interpretação, por meio da qual, concluiu-se pela inafastável exigência de que todas as normas do ordenamento jurídico sejam construídas em conformidade com todo o conteúdo delineado na Constituição, bem como nos princípios superiores ao sistema posto, ainda que muitas vezes não expressos, mas que podem ser depreendidos da análise detalhada do texto supremo do país, como é o caso dos princípios da supremacia do interesse público e da solidariedade, *verbi gratia*, no regime de nossa Carta da República.

As Constituições deixaram para trás aquele modelo meramente utilitário, que sustentava Hans Kelsen, e optaram por estabelecer em seus textos valores, exigências que nos remetem à moral e que passaram a ser consagradas sob o manto jurídico e não apenas político. Exemplo disso é a França, país europeu que talvez seja o menos generoso com a constitucionalização de suas normas, uma vez que o Conselho Constitucional, no ano de 1971, veio a reconhecer a operacionalidade do conteúdo na Constituição francesa, invocando as disposições estabelecidas nas Declarações de Direitos.

Há, no entanto, um discurso equivocadamente sedimentado em nossa doutrina, no sentido de que o positivismo jurídico puro equiparou o Direito à lei e se afastou da filosofia e das discussões sobre importantes temas como a legitimidade e a justiça e que, somente com o pensamento jurídico da primeira metade do século XX, com as novas constituições e com a implantação dos Tribunais Constitucionais, é que tivemos uma nova modalidade de interpretação jurídica, com a denominada interpretação constitucional.

No decorrer deste trabalho, veremos que essa percepção parece estar distorcida e não pode ser considerada, efetivamente, uma realidade.

No Brasil, o desenvolvimento de uma teoria de interpretação conforme a Constituição foi consequência imediata dos fundamentos do

⁷ VIGO, Rodolfo Luis. Constitucionalização e neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 3, n. 1, mar. 2008. Disponível em: <<http://74.125.113.104/search?q=cache:fBW1wwUGHmsJ:www.ufsm.br/revistadireito>>.

Estado Democrático de Direito construído com a Constituição de 1988, que promoveu a constitucionalização dos princípios e preceitos básicos de todos os assuntos de importância jurídica, política e cultural. Vê-se claramente que houve uma real elevação do *status* político do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, face ao seu atributo de guardião da Constituição, dos princípios constitucionais.

Entendo, com a devida vênia aos que entendem de forma contrária, que também há de se aplicar à interpretação das próprias normas constitucionais os elementos tradicionais de interpretação do Direito, como é o caso da interpretação gramatical, histórica, sistemática e teleológica.

No entanto, diante desse neoconstitucionalismo, no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, em que passamos a ter uma disseminação da proteção de direitos fundamentais de forma estrita, fundados na dignidade da pessoa humana, os cientistas do Direito se viram obrigados a buscar a sistematização de um elenco próprio de regras aplicáveis à interpretação constitucional.

Conforme lição de Luís Roberto Barroso, os princípios constitucionais de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição; o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público; o da interpretação conforme a Constituição; o da unidade do texto; o da razoabilidade e da proporcionalidade; e o da efetividade.

Também faz o eminente autor a seguinte advertência:

[A] interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se

utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico⁸.

Com o brilhantismo e didática que lhe são peculiares, o nobre professor Luís Roberto Barroso, em artigo publicado na *Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul*⁹, tratou de alguns institutos e de sua importância para a interpretação constitucional, a saber:

[...] As denominadas *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa-fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação. O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de *ponderação*. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 27-65, jul./dez. 2004.

valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da *razoabilidade*.

Chega-se, por fim, à *argumentação*, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos *casos difíceis*, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos¹⁰.

Com o início do que podemos denominar neoconstitucionalismo, passamos a ter assim um pós-positivismo com maior centralidade nos direitos fundamentais e reaproximação entre Direito, ética, legitimidade e justiça, autorizando, assim, o desenvolvimento de uma dogmática ou teoria da interpretação constitucional fundada numa nova exegese, nos princípios, como desenvolveremos a seguir.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 35-38.

3. A força dos princípios no pós-positivismo

Não há qualquer dúvida de que o pós-positivismo traz uma elevação da importância dos princípios, “que anteriormente eram concebidos como fonte subsidiária do direito privado, em normas impositivas com acentuada hegemonia axiológica”¹¹ que fundamentam os sistemas constitucionais na atualidade, sendo que hoje não há qualquer dúvida de que os princípios possuem natureza jurídica de norma, possuindo plena eficácia no mundo jurídico e compondo-se de conteúdo axiológico superior em relação a outras normas, que a seguir veremos, que são as denominadas regras.

A normatividade dos princípios, conforme escólio de Paulo Bonavides, passou por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na fase jusnaturalista, os princípios apenas inspiravam o Direito, oferecendo-lhe a carga ética e valorativa, pois se situavam no campo metafísico. Na fase positivista, os princípios ingressaram nos códigos e nas leis como fonte normativa subsidiária para garantir a coesão pela completude do sistema, nos casos de lacunas. E, por fim, na fase pós-positivista, os princípios se elevaram para o plano constitucional e se tornam os responsáveis pela base em que se sustenta todo o feixe de posições jurídicas.¹²

A toda evidência, não há consenso quanto à obrigatoriedade dos princípios estarem expressos apenas na Constituição, mas entende-se, por prudência, que isto venha a ocorrer, a fim de que o valor axiológico principal possa servir de vetor dentro de todo o sistema normativo.

A filosofia jurídica contemporânea tem atribuído quatro acepções ao princípio, fundamentalmente:

[...] a ontológica, que encerra uma relação de dependência entre o princípio e o que dele deriva; a acepção lógica, que encerra uma relação de gênero e espécie do que dele advém; acepção cronológica, que encerra uma relação temporal entre instante anterior e posterior; acepção normativa, onde o princípio exerce a função de diretriz da norma positivada, sendo seu fundamento e validade.¹³

¹¹ TATAGIBA, Giuliano César da Silva. *Neoconstitucionalismo e ponderação de interesses fundamentais*. Disponível em: <<http://74.125.95.132/search?q=cache:HfzJ9XUkdQMJ:www.fdc.br/Revista/..%255CArquivos%255CRevista%255C11/02.pdf.>>>.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 237.

¹³ TATAGIBA, Giuliano César da Silva. Op. cit., p. 17.

A atual construção doutrinária, que confere vigência normativa aos princípios, se fortifica a partir da construção de Karl Larenz, cujas lições foram adequadamente mencionadas por Flávia Piovesan, quando aborda a compreensão de que a ciência jurídica – sem tender para o positivismo ou para o jusnaturalismo, mas, sim, para além destes – no que se considera princípio de direito justo,

[...] possui vigência normativa como qualquer texto de lei, principalmente se forem da esfera constitucional, o que em muito corroborou para a idéia de uma doutrina de princípios, pois “*cuando un ordenamiento, como ocurre con el nuestro, ha elevado determinados principios al rango*”. É a partir desta construção que emerge a sustentação de que a interpretação jurídica não pode se ater às concepções clássicas do positivismo ou do jusnaturalismo¹⁴.

Dworkin, ao analisar de forma crítica o positivismo, caracterizado pelo “tudo ou nada” de suas normas, foi quem melhor conseguiu, em um primeiro momento, inferir pela normatividade dos princípios, sustentando sua natureza jurídica como sendo a de uma obrigação legal, assim como as regras, como bem lembrou Paulo Bonavides¹⁵, elogiando também as obras de outros publicistas, entre elas, as de Norberto Bobbio e Robert Alexy que, na mesma linha de raciocínio, enunciaram que os princípios, enquanto normas, possuem eficácia, são dotados de imperatividade, e que possuem carga suficiente a ordenar as demais normas dentro do ordenamento jurídico do país.

Evidentemente que hoje, diante do que já denominamos neo-constitucionalismo, não se mostra suficiente a aplicação da técnica da simples subsunção para que se possa concluir, de forma lógica, qual a norma a ser aplicada a cada caso. A relação da incidência de uma premissa maior, no caso, a lei, sobre uma premissa menor, ou seja, um fato jurídico, não resolve muitas vezes as situações complexas que vivemos, em especial, quando há colidência entre direitos decorrentes de princípios.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição brasileira de 1988. In: (Neo)Constitucionalismo: ontem os códigos, hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 372, 2004.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 237.

4. Pós-positivismo, interpretação constitucional e a técnica da ponderação nas hipóteses de colisão de princípios de direitos fundamentais

A despeito de alguns autores entenderem que, mesmo após a instalação do referido pós-positivismo, os difundidos princípios de interpretação constitucional “não desempenham papel relevante na interpretação constitucional, pela sua ‘irrelevância’ ou ‘pouca relevância’”¹⁶, entendo que a aplicação dos princípios da unidade da constituição, da concordância prática, da conformidade funcional, do efeito integrador de todas as suas normas, da máxima efetividade da constituição e da força normativa da constituição, seguindo as lições de Konrad Hesse e de Friedrich Müller, parece ser essencial para que as outras etapas interpretativas sejam respeitadas – seja para um cotejo interno das normas constitucionais ou, ainda, para um cotejo externo entre as regras e a Constituição do país.

Como se sabe, os direitos fundamentais são compostos por princípios e regras, conforme escólio de Robert Alexy e, como já alertado por Friedrich Müller, é comum que a interpretação sobre a aplicação destes direitos não seja baseada exclusivamente na subsunção, mas na interpretação constitucional – mesmo porque estes princípios se encontram na Carta constitucional de cada país. Também ao aplicador da norma incumbirá a tarefa de, seja este o destinatário ou o simples intérprete, na tarefa de concretização do direito, observar com acuidade a realidade social, na medida em que a norma jurídica não se limita ao seu texto. A normatividade há de ser concretizada mediante um processo estruturado e passível de verificação e de justificação intersubjetiva¹⁷.

Ao mesmo tempo, no entanto, não há que se olvidar que a norma deve exercer sua função primária, que é a regência da vida em sociedade, com segurança e respeito ao ordenamento jurídico como um todo. Aliás, como já escreveu Hans Kelsen, o direito é um conjunto de normas coativas, a provocar determinados comportamentos e a norma será sempre um “dever ser”, um juízo hipotético que expressa uma disposição e/ou uma consequência jurídica e a sua eficácia estará sujeita ao cumprimento fático.

¹⁶ Vide interessante trabalho de Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 115-143.

¹⁷ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 61-70.

Por isso, a aplicação de uma norma, ainda que se constitua em princípio, não pode resultar de um processo interpretativo rico em subjetivismo e “decisionismo”, ainda que sob o simples rótulo de “ponderação”. Aliás, não é sem razão que há na nossa doutrina ampla crítica ao “ativismo judicial”, no sentido daquela atividade jurisdicional que ultrapasse os limites da atividade judicante e que atinja de morte o princípio da separação de poderes¹⁸.

Aliás, tenho claro para mim que o termo “ativismo judicial” deve ser concebido somente nessa óptica, não podendo concordar com aqueles que se utilizam desta terminologia de forma imprópria, quando atribuem a esta expressão o sentido de que se trata de um papel “legítimo” do Poder Judiciário de interferir no sistema político para o fim de garantir direitos, ainda que se trate de direitos fundamentais. Concluo: se o exercício da atividade jurisdicional é legítimo, não existirá razão a ensejar uma denominação àquilo que é regular, ordinário. Somente há de se dar uma nova definição àquilo que é diferente e, a meu ver, o ativismo judicial existirá sempre que ocorrer o exercício ilegítimo, inadequado da jurisdição, principalmente quando houver violação aos limites constitucionais do poder exercido.

Passemos, em seguida, a discorrer sobre a aplicação da técnica hermenêutica da ponderação.

Adequada se mostra a definição de ponderação apresentada por Ana Paula de Barcellos, diante da especificidade de suas conclusões, para quem a ponderação é definida como “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”¹⁹. Aliás, a ordenação metodológica aqui será necessária a fim de solucionar hipóteses de colisão entre princípios; em especial, quando o raciocínio que levou o intérprete a uma decisão por qualquer um dos poderes não se encontra também devidamente desenvolvido pela doutrina e pelos tribunais.

Lembra a referida autora que, embora os princípios também pretendam produzir efeitos na realidade concreta, isto não ocorre assim como as regras que, desde seu enunciado, já possuem os seus caracteres e limites definidos, assim como os efeitos da conduta a ser executada para a sua realização. Ademais, a partir dessa perspectiva, é possível

¹⁸ Vide importante trabalho do jurista Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 296.

também se constatar a existência de duas categorias de princípios, em que uma possui relativa indeterminação do efeito a ser produzido no mundo fático, e outra, embora determinado o efeito a ser produzido, possui relativa indeterminação da conduta a ser realizada para o seu alcance, sendo que, em ambas as espécies, a definição de suas respectivas indeterminações não será possível se obter por um processo lógico-jurídico, mas, sim, por concepções valorativas, seja moral, ética, ideológica ou filosófica²⁰.

É evidente que a realização da ponderação há de seguir alguma técnica, sob pena de a interpretação constitucional, efetivada de forma equivocada e sem parâmetros, acabar por gerar resultados absurdos e em descompasso com a vontade da Constituição.

Diversos são os parâmetros gerais delineados na doutrina nacional e alienígena. Entretanto, penso estar adequadamente estruturada a proposta de desenvolvimento de um processo interpretativo formulada em sua base por Barcellos, a saber²¹: a) em primeiro lugar, o intérprete deverá identificar as normas, sejam elas explícitas ou implícitas, que estariam em aparente conflito e deverá agrupá-las em função das soluções que venham a indicar, não se podendo olvidar que interesses sem fundamento no ordenamento jurídico não poderão ser considerados para este fim; b) em uma segunda etapa, deverão ser observadas todas as circunstâncias relevantes e concretas dos fatos e os efeitos que farão incidir cada uma dessas normas, devendo-se levar em consideração que as repercussões dos fatos sobre o grupo de normas escolhidas podem atribuir maior ou menor peso a algum dos grupos, como também podem indicar o grau de limitação que cada solução possível acabará por impor aos diferentes enunciados normativos incidentes; c) por último, haverá a decisão, que deve ser razoável e proporcional aos direitos e sacrifícios envolvidos.

O resultado produzido no processo hermenêutico, é claro, deve resultar em caráter universal, que possa ser aceito em situações similares, mesmo porque fundado na interpretação de princípios e de conceitos abertos. Assim, há que se impor o menor nível possível de restrição às normas envolvidas nessa interpretação e, em se tratando de direitos fundamentais, o resultado jamais poderá violar o núcleo essencial de qualquer um deles²².

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 178-180.

²¹ Idem, p. 180-298.

²² Existem diversas técnicas de interpretação constitucional. Entre elas: a) da Escola da interpretação legal, ou mecanicista, que teve força no século XIX, pela qual o intérprete da lei tem de se apegar

Não bastasse isso, no exercício da ponderação, esta só será adequada se aplicada em conjunto outra técnica interpretativa, a da “argumentação”, que penso deva observar os seguintes critérios mínimos para que se possa considerar como atendida, respeitada. A argumentação jurídica, além de ser expressa e clara: a) deve apresentar os fundamentos normativos, não sendo suficiente o senso de justiça e o aceitável, ou seja, deve preservar o seu caráter jurídico e não apenas o moral ou lógico; b) deve ser possível, em seu resultado, a universalização dos critérios utilizados para a decisão, inclusive porque se deve resguardar o princípio da isonomia; c) e, por fim, não de ser observados os dois conjuntos de princípios, quais sejam, os de natureza instrumental ou específicos da interpretação constitucional, e os de natureza material, do próprio direito que se está buscando tutelar.

Como advertem Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos²³:

Os três parâmetros de argumentação expostos acima estão relacionados com *um* dos problemas suscitados pela teoria da argumentação, talvez o principal deles: a verificação da correção ou validade de uma argumentação que, consideradas determinadas premissas fáticas e a incidência de determinadas normas, conclui que uma consequência jurídica deve ser aplicada ao caso concreto. Isto é: cuida-se aqui do momento final da aplicação do direito, quando os fatos já foram identificados e as normas pertinentes selecionadas. Isso não significa, porém, que esses dois momentos anteriores – seleção de fatos e de enunciados normativos – sejam auto-evidentes. Ao contrário. Desse modo,

ao máximo ao texto literal da constitucional; b) da Escola dos Realistas, que enfoca o intérprete juiz, que deve levar em consideração a realidade do aplicador da lei, sua formação escolar, seu cotidiano, sua religião, a sua ética, moral e cultura; c) Técnica Crítica de John Hart, pela qual, em regra, se deve aplicar a técnica mecanicista da subsunção, mas que, em outros, o intérprete deve observar os próprios valores, observando assim a sua realidade; d) para Ronald Dworkin, não há como se impedir a subsunção para os casos simples, mas em se tratando de hipóteses em que se deva aplicar a técnica realista, o intérprete deverá decidir fundado em valores que não se lhe sejam próprios, mas naqueles estabelecidos pela Constituição e pelas políticas governamentais; e) e, por fim, temos a técnica da Argumentação. Para Robert Alexy, Chain Perelman, Jurgen Habermas, por exemplo, toda decisão judicial deve conter uma argumentação clara e objetiva, fundada na apreciação de todas as normas e princípios que podem incidir sobre a situação concreta.

²³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 295-296.

fica apenas o registro de que, além da questão posta acima, outros dois problemas que têm ocupado os estudiosos da argumentação jurídica envolvem exatamente a seleção das normas e dos fatos que serão considerados em uma determinada situação [...] Em suma, o controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida.

Também não há que se olvidar que esse processo argumentativo somente terá lógica e razão para uma solução justa, na medida em que o julgador efetivamente acreditar naquilo que se está sustentado, mantiver coerência no texto, apresentar solução unificada a todas as hipóteses indicadas no caso e puder aplicar o mesmo resultado a demandas iguais, análogas ou similares.

Aliás, como bem salientado por Robert Alexy, o conceito de coerência deve ser distinto daquele de consistência. Uma teoria é consistente se ela não mostra qualquer contradição lógica. O conceito de coerência pode ser formulado de maneira que ele inclua o da consistência como lado negativo da coerência e, ao mesmo tempo, deva ser relacionado somente a conexões positivas com uma estrutura bem fundamentada de declarações, e com um sistema de declarações como entidades semântico-sintáticas²⁴.

5. A nova hermenêutica e alguns paradoxos

Mostra-se evidente que se deverá dar sempre primazia à dignidade da pessoa humana e isto só pôde ocorrer com a inserção na Carta Magna

²⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 118-120.

dos direitos fundamentais, reconhecidos como princípios, como mandamentos de otimização no caso dos direitos fundamentais. Somente com essa nova conformação dos direitos, por intermédio de normas constitucionais fundamentais, é que se passou a exigir do intérprete e do cientista a construção de critérios objetivos à realização de uma adequada interpretação constitucional.

Hoje, como se sabe, não há que se falar em distinção entre normas e princípios, mas, sim, entre princípios e regras. Entre elas, temos as seguintes:

a) as regras possuem menor grau de generalidade e de abstração em relação aos princípios, uma vez que aquelas possuem limites pré-definidos e apresentam de forma mais clara os valores políticos e jurídicos, admitindo assim a aplicação da técnica da subsunção. Por outro lado, os princípios possuem maior caráter de generalidade e de abstração, com maior campo de delimitação, o que dificulta a observação de seus limites, o que impede a simples aplicação do método de subsunção, conforme salientado por Robert Alexy;

b) possível se faz a aplicação do esquema “tudo ou nada” no caso da regra, o que não se poderá admitir na interpretação do direito fundado em princípios, pois o seu grau de abstração propicia que, dependendo das condições fáticas e jurídicas, na interpretação do direito, as soluções também possam ser variáveis;

c) as funções são distintas, pois, enquanto as regras se destinam a estabelecer segurança e estabilidade ao sistema jurídico, os princípios têm como objeto a busca da justiça, por possuírem uma flexibilidade em seu conteúdo material, capaz de melhor se adaptar ao sentido geral pretendido pela norma.

Hoje, são inúmeras as discussões que surgem em torno das chamadas colisões entre princípios e dos aparentes conflitos entre regras.

No primeiro caso, há que se aplicar a técnica da ponderação que, como sustentamos, é efetivamente uma técnica jurídica de solução de conflitos entre normas que envolvam valores ou opções políticas que estejam em um regime de tensão insuperável perante as formas hermenêuticas clássicas de solução de antinomias, ou seja, por meio da simples subsunção.

Vejamos algumas dificuldades e alguns perigos que podem surgir pela inadequada aplicação das técnicas da ponderação e da argumentação.

De prêmio, em havendo conflitos entre regras ou entre regras e o núcleo essencial de um princípio, algumas considerações não de ser observadas. Diante de regras com validade constitucional, incluindo-se, outrossim, as regiões nucleares dos princípios, que apresentam a mesma estrutura, uma vez que trazem enunciados pré-determinados e, portanto, produzem efeitos determinados, há que se aplicar a técnica da subsunção. Por exemplo, no caso dos direitos fundamentais clássicos, considerados como mandamentos de otimização, pela prevalência da teoria externa, a doutrina tem admitido o reconhecimento de que podem sofrer restrições, consideradas como “desvantagens normativas externas”, que poderão ser instituídas, sempre sob a concepção de que há uma distinção – conforme escólio de Robert Alexy – entre posições “prima facie” e “posição definitiva”, a implicar no reconhecimento da adequação entre a passagem entre o direito não restringido para um direito restringido. Nesse caso, o enfoque dos debates se concentrará, em regra, nos limites para a restrição.

Para parte da doutrina, como sustentado por Luis Prieto Sanchís, as limitações (restrições para nós) encontram-se submetidas a duas circunstâncias especiais: a cláusula do conteúdo essencial do direito fundamental em questão e a exigência de justificação para a limitação²⁵.

Interessante consignar também as lições de Pieroth e Schlink, citados por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, que descrevem o papel da restrição da discricionariedade legislativa, ao pontuar as sete categorias direta ou indiretamente positivadas no texto constitucional alemão. Entre as indiretamente positivadas estão:

[...] a) Os próprios direitos fundamentais (na lógica da limitação dialética entre poder estatal e liberdade: os direitos fundamentais representam limites ao poder estatal, limites estes não absolutos, pois foram previstos no texto constitucional reservas legais, além da possibilidade de direito constitucional colidente; por sua vez, os direitos fundamentais [restringem] a possibilidade do legislador limitá-los para que a função limitadora em si do direito fundamental não reste sem objeto). b) A reserva de lei editada pelo Parlamento. c) O princípio do critério da proporcionalidade. As restrições (limites dos

²⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 232-241.

limites) positivados no art. 19, I e II, GG são: a) Garantia do núcleo essencial (art. 19, II, GG, cfr. a seguir no texto). b) A proibição de lei limitadora regulamentadora de caso concreto (art. 19, I, 1, GG). c) O mandamento de indicação explícita do direito fundamental a ser limitado pelo legislador (art. 19, I, 2, GG, interpretada porém restritivamente pelo TC alemão). d) A observância dos princípios de Estado de direito da clara determinação da hipótese normativa (*Bestimmtheitsgebot*)²⁶.

A doutrina brasileira, com fundamento nos precedentes de nossa Suprema Corte, tem concluído que são limites às restrições aos direitos fundamentais: a) o princípio da legalidade, devendo-se incluir neste item a reserva legal e a validade da norma restritiva; b) a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; c) o princípio da proporcionalidade; d) e proibição de restrições casuístas, esta fundada no sentido de justiça, segurança jurídica e no princípio da igualdade²⁷.

É fato que o legislador constituinte não conseguiu e jamais conseguirá prever todas as possíveis hipóteses de colisão de direitos fundamentais, daí porque os critérios genéricos de restrição e dos seus próprios limites têm gerado constantes discussões e reavivado, muitas vezes, a dúvida quanto à adoção dessa teoria externa, que se encontra assentada no caráter liberal e individualista dos direitos fundamentais. Conclui-se, no entanto, dentro do raciocínio daquilo que se iniciou, de todo o exposto, que, em se tratando de direitos fundamentais de primeira dimensão, em havendo aparente conflito entre regra e princípios, desde que não haja violação ao núcleo essencial desse princípio e, desde que a regra seja válida sob o aspecto constitucional, formal e materialmente, a regra há de prevalecer, havendo que se aplicar, como salientado, a técnica da subsunção. Ou seja, se a regra é legal, legítima, e possui plena validade e eficácia no sistema jurídico, esta tem preferência.

No caso de colisão entre princípios, a ponderação há de ser, como já salientado, evidentemente necessária para que, ao final, se possa alcançar a solução adequada. E, conforme já restou mencionado, a norma que vier a garantir os direitos fundamentais dos indivíduos deve

²⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 151-152, nota 50.

²⁷ Vide MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002. p. 241-249.

ter absoluta preferência sobre aquelas que estejam apenas indiretamente relacionadas com estes direitos.

A questão principal, no entanto, é sabermos se restou adotado, quando do julgamento, a melhor interpretação, ou seja, se restou acolhido o objetivo da tese do ponto máximo²⁸, alcançando-se assim a real justiça para a hipótese. Embora seja muito difícil se atingir o ponto máximo quando da ponderação, ou sopesamento, pela teoria dos princípios, hoje, temos algumas propostas técnicas, lógicas, para se buscar o desiderato científico, como verificamos nas obras de Robert Alexy e de Luigi Ferrajoli, *verbi gratia*.

Saliente-se que a busca pelo estabelecimento de uma sistemática interpretativa deve ser o objeto principal a ser estudado, atualmente, pelas doutrinas da filosofia e da teoria geral do Direito, tanto é que, por exemplo, observamos do trabalho de Robert Alexy²⁹ a preocupação de se alcançar por fórmulas lógicas o atingimento senão do ponto máximo, a melhor interpretação jurídica para o caso concreto.

Observo que uma particularidade na colocação realizada pelo professor de Kiel gera certo incômodo e preocupação. As suas teses não são dirigidas apenas para o exercício da atividade jurisdicional. Elas também se dirigem ao Estado-legislador, o que reduz em muito a sua discricionariedade, ou seja, a margem de ação epistêmica do legislador pode, com o devido respeito, colocar em xeque a própria divisão dos Poderes do Estado. Isso porque, na medida em que se pressupõe ser possível atingir o ponto máximo nas opções efetivadas pelo Poder Legislativo, pode-se entender, por sua vez, que ao Poder Judiciário pode ser dado o poder-dever de declarar inconstitucional uma regra que tenha sido legitimamente discutida nas casas legislativas.

Assim, embora se sustente a tese de que devamos ter critérios lógicos de ponderação, quando da verificação sobre a validade ou não de uma regra frente a princípios constitucionais, o melhor é que se privilegiem as opções feitas pela sociedade, ainda que não se entenda ter alcançado o ponto máximo na escolha realizada, desde que a norma não tenha violado qualquer um dos núcleos fundamentais dos princípios estabelecidos na Constituição. Aliás, esperamos tratar com

²⁸ Aliás, como se verifica da obra de Robert Alexy, “la tesis del punto máximo desemboca en la idea de que en el ámbito de los principios siempre existe una única respuesta correcta” (*Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios, 2004. p. 37.).

²⁹ Vide as proposições de Robert Alexy. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios, 2004.

maior profundidade sobre a necessidade de termos critérios distintos de ponderação para o exercício da atividade legislativa e outros para a atividade jurisdicional numa outra oportunidade.

Aproveito o ensejo para relembrar o estudo de Hans Kelsen, que são dois os sistemas normativos: os sistemas estáticos e os sistemas dinâmicos. Nos sistemas estáticos, as normas são válidas se seu conteúdo ou substância está de acordo com o conteúdo material prescrito pela norma fundamental do sistema. Nos sistemas dinâmicos, por outro lado, as normas são válidas se criadas pela autoridade competente e segundo o procedimento prescrito pela norma fundamental. Ou seja, nos sistemas estáticos, operam-se os critérios materiais de validade das normas, enquanto nos sistemas dinâmicos, as normas estão submetidas a condições formais de validade³⁰.

Hans Kelsen³¹ também sustentou que uma Constituição pode incorporar princípios como os da justiça, liberdade, igualdade ou moralidade, mas veio a tratá-los como metas que devem orientar o legislador, ora salientando que tais princípios podem ser invocados por um tribunal constitucional para declarar a inconstitucionalidade de uma norma, ora entendendo que valores por demais abstratos como a moral ou a justiça não permitem que sejam utilizados parâmetros para decidir casos concretos, afirmando que o tribunal constitucional deve evitar proclamar princípios e, por consequência, deslocar o poder, substituindo-se ao legislador. Sobre essas colocações, o professor Dimitri Dimoulis apresentou os seus elucidativos comentários:

[...] A) Kelsen não critica a proclamação de princípios nos textos constitucionais. Alerta sobre os problemas que geram sua coexistência com o controle de constitucionalidade judicial e concentrado. Em tal hipótese, considera que o equilíbrio institucional se expõe a um risco incontrollável, havendo risco de abuso de poder por parte do tribunal constitucional.

[...]

B) Referindo-se aos princípios no texto de 1928, Kelsen não segue o imperativo da neutralidade, pois se mostra preocupado com a qualidade do

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 163-165.

³¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 167-170.

legislador e a segurança jurídica. Isso não é um caso isolado. A apresentação da segurança jurídica como finalidade do direito positivo é uma constante na obra de Kelsen que, a nosso ver, o faz desvirtuar da postura de neutralidade que ele mesmo reivindicava.

E, finaliza Dimoulis:

[...] assim sendo, as críticas e as preocupações de Kelsen em relação à abertura dos princípios e aos riscos de abuso possuem natureza juspolítica (de política jurídica, *Rechtspolitik*) e não dogmática. Decorrem de uma avaliação externa e não implicam em desconhecimento ou contestação da natureza jurídica dos princípios jurídicos, por mais abstratos e ‘perigosos’ que possam parecer. O leitor pode lamentar a falta de distinção clara entre a análise dogmático-descritiva e a análise de política jurídica na obra de Kelsen. Mas a conclusão só pode ser no sentido da não-interferência da segunda na primeira³².

Para a teoria da integridade de Ronald Dworkin, afasta-se a tese positivista da separação entre Direito e moral e adota-se um conceito de moralidade do qual podem derivar princípios jurídicos utilizados para resolver tão somente os casos difíceis. Aliás, aqui entendemos ser necessário salientar que outros autores como Hart, Alexy e Atienza, sustentaram ser possível a separação entre os chamados casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*)³³.

Um dos perigos, no entanto, é o subjetivismo interpretativo que pode levar principalmente o julgador a considerar um caso fácil como um difícil. E isso tem sido, (in) felizmente, uma constante.

³² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto Lunardi. O positivismo jurídico diante da principiologia. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 187-189.

³³ DWORKIN, Ronald. Introduction: the moral reading and the majoritarian premise. In: DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 1-38. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2008.

Como já salientado por Lênio Luiz Streck³⁴, costuma-se fazer essa distinção de forma equivocada, pois se bem compreendido o caso, este se transforma em um caso fácil e assim não haverá necessidade de maior interpretação das normas a serem aplicáveis para a espécie. Aliás, de acordo com esse jurista:

[...] o problema de um “caso” ser fácil (*easy*) ou difícil (*hard*) não está nele mesmo, mas na possibilidade - que advém da pré-compreensão do intérprete - de se compreendê-lo. Fosse possível distinguir/cindir (*a priori*) casos fáceis e casos difíceis, chegar-se-ia à conclusão de que os casos seriam fáceis para determinados intérpretes e difíceis para outros (...)! A questão - vista de outro modo - é: fácil ou difícil para quem? Portanto, há algo anterior à distinção: trata-se de uma “dobra hermenêutica” que cada caso possui, assim como ocorre com a linguagem (aliás, um caso só vem à compreensão por meio da linguagem, porque - e não devemos esquecer - *texto é evento*). Ou seja, uma ‘suficiência ôntica’ pode até “explicar” um caso simples para um intérprete. Entretanto, esse mesmo caso pode permanecer como complexo para outro. Consequentemente, a distinção entre casos fáceis e difíceis está na compreensão, portanto, nas condições de possibilidade que o intérprete possui de entender os pré-juízos. Se está na compreensão, e não dependerá de uma pré-compreensão, que antecede a “designação” de ser um caso fácil ou difícil. Daí a absoluta inadequação de se dizer que os casos fáceis se “resolvem” mediante raciocínios dedutivos (causais explicativos).

Exemplificando, sem adentrar no mérito dos recentes julgamentos de nossa Suprema Corte, anoto que nem todos os casos em que houve julgamento unânime em determinado sentido podem ser considerados como *easy cases*, como é o caso, por exemplo, de decisões em apelos extremos de repercussão geral (que trazem em si ínsita uma grande

³⁴ STRECK, Lênio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positiva em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 299-301.

controvérsia): a) do RE nº 633579, que decidiu sobre a regra de barreira em concursos públicos; b) do RE nº 599176, que decidiu que não se aplica o princípio da imunidade tributária recíproca a débito de IPTU devido pela RFFSA; c) do RE nº 581.488, em que houve a vedação, no âmbito do SUS, de internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio SUS ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes, modificando entendimento anterior da própria Suprema Corte; e, d) do RE nº 730462, em que restou julgado no sentido de que a decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente; e para que haja esta reforma ou rescisão, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495).

Tampouco se poderia inferir, quando há um placar apertado num julgamento majoritário pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ou mesmo por membros de qualquer outro tribunal, que a hipótese seria de um *hard case*, pois há casos em que pode já existir um entendimento consolidado da doutrina em determinado sentido, confirmado até mesmo pela jurisprudência dominante. *Verbi gratia*, vejamos as seguintes situações em que a tese que muitas vezes seria óbvia, acabou por gerar profundo debate na Suprema Corte, todos de repercussão geral: a) no RE nº 658026, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é inconstitucional lei municipal que admite contratações temporárias de servidores em desacordo com os parâmetros do artigo 37 da Constituição Federal; b) no RE nº 627.189, restou delineado o conteúdo da precaução e a competência da ANEEL para estabelecer os níveis do campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia elétrica; e c) no julgamento do RE nº 573.232, o Plenário do STF reafirmou a jurisprudência da Corte, por maioria de votos, no sentido de que em ações propostas por entidades associativas, apenas os associados que tenham dado autorização expressa para sua propositura poderão executar o título judicial, não bastando permissão estatutária genérica, sendo indispensável que a autorização seja dada por ato individual ou em assembleia geral.

Observe também ser extremamente importante a advertência feita pelo eminente professor e ex-integrante de nossa Suprema Corte, o Ministro Eros Grau, que, ao relembrar as lições de Carl Schmitt, ano-

tou a importância do necessário cuidado com a denominada tirania dos valores³⁵. Em seu escrito, ao se referir aos trabalhos de Nicolai Hartmann e Carl Schmitt, juntou-se às reflexões desses juristas alemães, e concluiu no exato sentido de que “os valores sempre valem para alguém, aparecendo, desgraçadamente, o reverso fatal, no sentido de que também valem sempre contra alguém”, mais grave, é que “além de não se ter logrado superar a teoria subjetiva dos valores, segundo a lógica do valor prevalece a seguinte norma, o preço supremo não é demasiado para o valor supremo, e cumpre que seja pago, justificando a submissão do valor maior ou do sem-valor” e, ao final, conclui com absoluta propriedade a seguinte ideia: a tirania dos valores é a chave para compreendermos que toda teoria dos valores nada mais faz senão atizar e intensificar a disputa entre interesses e convicções.

Feitas essas advertências, passemos a algumas conclusões.

6. Encerrando, o pós-positivismo e o respeito aos princípios da separação de poderes, igualdade e segurança jurídica

O pós-positivismo, embora ainda esteja sendo moldado, traz em seu conteúdo mínimo alguns elementos característicos a nos fazer concluir que a busca da tutela efetiva dos direitos, principalmente os fundamentais, exige cada vez mais a ponderação do julgador. Cuida-se de situação nova, pois, como já se destacou, as mudanças no sistema pela constitucionalização do direito vêm ocorrendo há aproximadamente cinco décadas. Portanto, compartilhamos também a preocupação de que, com a abertura dos critérios interpretativos, ou o que é pior, a utilização equivocada dos critérios de interpretação constitucional, possam ocorrer os seguintes problemas:

a) possível perda da segurança jurídica. Operar com os princípios e valores em tensão e buscar a correta solução que exige cada caso pode acarretar a insegurança jurídica. Somente se poderá vencer o presente receio de violação ao princípio da isonomia, se houver estrita observância das técnicas mencionadas para a adequada interpretação constitucional e o respeito aos precedentes e às súmulas e enunciados, evitando-se, assim, o risco de decisões que contrariem o sistema;

³⁵ GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juizes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 122.

b) eventual violação à tripartição dos poderes. Não há que se olvidar que o magistrado, no exercício de sua atividade jurisdicional, não é gestor, executor dos serviços da Administração Pública, e muito menos legislador. Assim sendo, utilizar-se de critérios abstratos de interpretação pode acarretar em uma politização e interferência indevida nas demais funções do Estado pelo Poder Judiciário.

Na medida em que estamos na denominada fase do pós-positivismo, parece-nos imprescindível que o magistrado decida de forma a buscar a maior generalidade e universalização da solução alcançada, respeitando sempre os precedentes, desde que não seja hipótese em que exista um “distinguishing”, tudo a garantir que o direito se torne uno para a mesma realidade e assegure a segurança jurídica.

O fato é que se deverá ultrapassar a visão superficial de que o neoconstitucionalismo seja algo por demais abstrato, a impedir uma objetivação das regras de hermenêutica constitucional. Pelo contrário, penso que a constitucionalização de um ordenamento jurídico, fundado em princípios, apenas reclama maior responsabilidade dos cultores do direito, em especial, do magistrado, que tem a obrigação de se atualizar e de utilizar técnicas de interpretação de forma coerente e única a possibilitar que se construa um direito lógico e real, e não decorrente de seu imaginário, fundado em valores próprios e pela sensação do justo, sem que apresente argumentações lógicas e coerentes.

Embora o Poder seja uno e indivisível, pois pertence ao povo brasileiro como expresso na Constituição Federal, não há dúvida de que os Poderes instituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), no exercício das funções republicanas, devem respeito um ao outro e a harmonia há de ser respeitada. No paradigmático voto do Ministro **Dias Toffoli**, no mencionado julgamento da ADI nº 4.451 MC-REF/DF, restaram acentuadas importantes advertências aos atores que efetivam as ponderações na análise das restrições aos direitos e que merecem ser destacadas, a saber³⁶:

[...] A chamada colisão de princípios é por demais conhecida pela Filosofia do Direito contemporânea, graças à contribuição do jurista Robert Alexy. Não se fala de invalidação de um princípio por outro, mas de sua prevalência, conforme as

³⁶ KIM, Richard Pae. Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e inaplicabilidade da teoria externa. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 165-188, abr.-jun. 2015.

circunstâncias e segundo a fórmula-peso (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte (Teoria dos Direitos Fundamentais)*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986. p. 78-79).

A lei de colisão (*Kollisionsgesetz*) baseia-se no primado de que “as condições sob as quais um princípio precede aos outros, formam o tipo abstrato de uma regra que expressa as conseqüências jurídicas do princípio precedente” (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte...* p. 79-84).

Assim, a ponderação de princípios leva, na prática, à produção de uma norma cuja formulação conduz ao que Robert Alexy chama de fundamentação jurídico-fundamental correta.

Como decorrência, não há falar-se em direitos fundamentais absolutos. Como bem salienta Herbert Bethge, “a noção de um direito fundamental ilimitado é impossível na prática e contraditória na teoria” (In. *Die verfassungsrechtliche Problematik der Grundpflichten*. Juristische Arbeitsblätter, Heft 5, p. 252, 1985).

E, nesse sentido, a liberdade, qualquer que seja ela, inclusive a de expressão, é ilimitada *prima facie*, mas limitada como direito definitivo.

Essa restrição a um direito fundamental pode e deve ser feita primordialmente pelo legislador. Não é adequado supor que haveria pré-condicionamento ao legislador e ampla deferência ao juiz para restringir direitos fundamentais, apenas porque o magistrado atua no caso concreto e sob circunstâncias de fato. O legislador goza da legitimidade democrática. É eleito. Submete-se aos constrangimentos do processo eleitoral, às quízi-las partidárias, às contradições do Parlamento, às pressões organizadas e ao risco permanente de ser exautorado da vida pública, por meio da censura periódica de seus representados nas urnas. Negar-lhe essa prerrogativa é atrofiar o Estado Democrático de Direito.

Toda restrição ao direito fundamental é uma forma de se criar obstáculos à realização plena de um princípio, como adverte Robert Alexy (Op. cit. p. 300-307). E a isso deve corresponder uma

atuação fundamentada, por cuidar de norma restritiva. Mas esse espaço existe. É o espaço para conformação do legislador ordinário. É frequente, nesse sentido, a presença de reservas explícitas (*Gesetzvorbehalte*) que se identificam pela terminologia clássica “nos termos da lei”, “na forma da lei” ou “conforme a lei”.

[...]

Existem também reservas implícitas decorrentes de uma autorização tácita ou imanente de uma restrição que se confere ao legislador ordinário, como admitem Robert Alexy e Christian Starck. Isso é uma decorrência do princípio da unidade da Constituição, tão bem defendido na doutrina alemã por Bernhard Schlink (*Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion. Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 11, Heft 17, p. 464, 1984) e já referido nas construções pretorianas desta Corte (ADI 815, Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ de 10/5/96).

A ponderação feita pelo legislador é legítima.

[...]

IV – NECESSIDADE DE DEBATE SOBRE A TRANSPARÊNCIA E A FUNDAMENTAÇÃO DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. A AUTOCONTENÇÃO RETÓRICA.

O presente caso, Senhores Ministros, tem a oportunidade de nos permitir fazer o inadiável debate sobre o método e a técnica de restrição de direitos fundamentais.

Não pode a Corte simplesmente criar uma metodologia baseada em afirmações solenes e em juízos morais carregados de retórica, mas que não revelam a transparência dos motivos reais de suas próprias conclusões. É essa a crítica que modernos constitucionalistas como Cass Sunstein têm suscitado e que merecem nossa reflexão.

[...]

O mandato de conformação do legislador deve ser, como bem assinala Robert Alexy, fundamentado.

Nos tempos atuais, em que se tornaram comuns as críticas às decisões do Poder Judiciário no sentido de que existiria excesso de subjetivismo e ausência de critérios científicos nos julgamentos, o que estaria a causar violação aos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da separação de poderes, entendo que, a par de alguns exageros, a Justiça e o sistema processual devem sofrer alguns ajustes, a fim de garantir o atendimento a estes três princípios.

Não há espaço neste trabalho a autorizar uma incursão aprofundada desses temas. Entretanto, acentuo que parece existir a necessidade de que alguns membros do Judiciário reavaliem os pressupostos que dão sustentação à separação das funções dos poderes instituídos a fim de que o equilíbrio previsto na Constituição Federal seja efetivamente respeitado.

Seja no controle de constitucionalidade de uma norma, seja no exercício de uma ponderação pelo Judiciário, há de se respeitar, sempre que possível, o forema jurídico *“in dubio pro legislatore”*³⁷, ainda que haja uma zona de penumbra quanto à constitucionalidade ou não de uma decisão discricionária adotada pelo legislador; ou seja, nessa linha de raciocínio, dentro do “pensamento possibilista” de Peter Häberle, e na defesa da democracia, há que se respeitar as decisões legislativas, como também sustentado por Robert Alexy, Jeremy Waldron, Friedrich Klein, Ronald Dworkin, Christian Starck, Konrad Hesse, Kelsen e tantos outros juristas e filósofos, que, em maior ou menor grau, acentuaram ser imperiosa a adoção da perspectiva de que existe uma presunção primeira de legalidade e de legitimidade das opções feitas pelo legislador, sempre que respeitada a margem de ação indicada nos marcos constitucionais.

Mesmo na análise judicial da proporcionalidade aplicada à escolha do legislador dentro do exercício de sua margem de ação, uma vez que se entenda que houve a razoabilidade da escolha sob o ponto de vista material do que definido na Constituição Federal, penso que não há motivos para que o Judiciário venha a nulificar a opção feita pelo outro poder. Um exemplo disso, a meu ver, foi a declaração de inconstitucionalidade da “vaquejada” em nosso país, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4983, ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra a Lei nº 15.299/13, do Estado do Ceará,

³⁷ PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006. p. 17.

que regulamentou a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado. Com o devido respeito aos entendimentos nesse sentido, penso que a lei que pretendia proteger os animais de atos de crueldade, além de não violar a Constituição Federal, acabou por decisão do Plenário da Suprema Corte (que foi maioria apertada) por eliminar uma atividade esportiva já regulamentada e reconhecida pelos historiadores como uma prática cultural enraizada na vida do nordestino, e de astronômica importância econômica, tudo sem que o debate houvesse sido realizado no Congresso Nacional brasileiro.

Isso não significa que o magistrado esteja tolhido de realizar o controle de constitucionalidade, que deva se manter insensível quanto às inovações hermenêuticas em decorrência da evolução científica ou jurisprudencial, ou, ainda, que deva se curvar sempre às decisões políticas do parlamento ou dos governantes. Isso porque, não podemos nos olvidar que a omissão ou a intervenção legislativa ou executiva concretizadora não pode ser destituída de razoabilidade ou racionalidade a ponto de suprimir o direito de qualquer pessoa – física ou jurídica – ou da coletividade.

Nesses casos, os magistrados e demais operadores do direito terão, assim como a Constituição Federal os legitima, o dever constitucional de concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa, a fim de evitar a sua redução desproporcional, eliminação ou total ineficácia.

Referências bibliográficas

AGRA, Welber de Moura. Neoconstitucionalismo e a superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2008.

_____. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios, 2004.

ATIENZA, Manuel. *Cuestiones judiciales*. México: Fontamara, 2001.

_____. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2004.

_____. *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

_____. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 28, no. 60, jul./dez. 2004, p. 27-65.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto Lunardi. O positivismo jurídico diante da principiologia. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2002.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Introduction: the moral reading and the majoritarian premise. In: DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juizes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2016.

HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000.

_____. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HART, Herbert L. A. Pós-escrito. In: HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KIM, Richard Pae. Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e inaplicabilidade da teoria externa. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 165-188, abr.-jun. 2015.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PERELMAN, Chaim. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição brasileira de 1988. In: (Neo)Constitucionalismo: ontem os códigos, hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004.
- _____. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006.
- QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- SCHIMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Salamanca: Alianza Universidad, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- STRECK, Lênio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positiva em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.
- TATAGIBA, Giuliano César da Silva. Neoconstitucionalismo e ponderação de interesses fundamentais. Disponível em: <[>.](http://74.125.95.132/search?q=cache:HfzJ9XUkdQMJ:www.fdc.br/Revista/..%25CARquivos%25CRevista%25C11/02.pdf.>>.</p><p>VIGO, Rodolfo Luis. Constitucionalização e neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções. <i>Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM</i>, v. 3, n. 1, mar. 2008. Disponível em: <<a href=)
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 1995.

Dignidade da pessoa humana e liberdade. Crítica ao desprestígio da autonomia privada

*Thiago Massao Cortizo Teraoka*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Dignidade da pessoa humana: generalidades. 3. O problema: o desprestígio da autonomia. 4. Dignidade e liberdade. 5. Responsabilidade. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. Introdução

No direito positivo, a dignidade da pessoa humana está posta como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da Constituição Federal)². No âmbito doutrinário, ao menos no Brasil, reconhece-se como princípio da mais alta relevância.

Não desconheço o debate sobre a dignidade jurídica de outros seres vivos, como animais e plantas³. Todavia, nessa minha análise, afasto-me propositalmente da discussão. Meu interesse é apenas o estudo da dignidade do ser humano.

¹ Mestre e doutor em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Professor da Escola Paulista da Magistratura (EPM).

² Também há menção da expressão “dignidade da pessoa humana” como fundamento do planejamento familiar (artigo 226, § 7º, da Constituição Federal).

³ Doutrinariamente, se observa que também há quem sustente que “animais não humanos” também possuem dignidade especial. A visão fundamenta-se no “ecocentrismo” (em contraposição ao antropocentrismo), no qual se percebe que o “homo sapiens” é apenas o ser humano, é apenas uma das muitíssimas espécies de seres vivos, que sentem e sofrem e, portanto, merecem proteção jurídica. A respeito do assunto: Christiane de Assis, A dignidade do animal não humano, in: Cândice Lisboa Alves (Org.), *Vulnerabilidades e invisibilidades: desafios contemporâneos para a concretização dos direitos humanos*, Arraes Editores: Belo Horizonte, 2015, p. 282-298. Também houve reconhecimento de dignidade a plantas. Em 2008, o “Comitê Federal Suíço de Biotecnologia Não Humana (CENH)” reconheceu que as plantas têm dignidade (ROSEN, Michael. *Dignity: its history and meaning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 4).

Meu objetivo é apresentar um contraponto a uma visão majoritariamente social e redutora de liberdades, que normalmente vem sendo invocada por grande parte da doutrina e da jurisprudência. Em minha opinião, na prática, há certa desatenção do aspecto da dignidade como atributo do ser dotado de verdadeira liberdade⁴.

A dignidade da pessoa humana inexoravelmente remete à liberdade típica da pessoa humana. A liberdade pessoal, por sua vez, implica também responsabilidade pessoal. A dignidade da pessoa humana não pode desconsiderar a característica fundamental do ser humano: o homem como ser racional, dotado de liberdade e, portanto, responsável por seus atos.

2. Dignidade da pessoa humana: generalidades

São tormentosas a conceituação e mesmo a definição do conteúdo e do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, posições diversas podem ser razoavelmente defendidas sob o mesmo argumento⁵. No direito estrangeiro, há abalizadas vozes que contestam a função da dignidade da pessoa humana na interpretação constitucional e no raciocínio jurídico em geral⁶. No caso brasileiro, no

⁴ “A maioria dos trabalhos acadêmicos existentes sobre o tema situa a dignidade da pessoa humana no âmbito do direito à vida, concretizado materialmente nos direitos de caráter econômico e social, isto é, como princípio ordenador e orientador do rol dos direitos de cunho social, e não como traço característico do ser humano, dotado de liberdade”. (ALBRECHT, Sofia Mentz. *A dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem constitucional*. 2006. f. 13. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

⁵ Por exemplo, a constitucionalidade do aborto pode ser defendida sob o manto da dignidade humana da mãe, em não ser afrontada em seus direitos reprodutivos. Outros, como Ives Gandra da Silva Martins, defendem a “dignidade da pessoa humana desde a concepção”. Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A dignidade da pessoa humana desde a concepção*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marcos Antonio Marques da. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 143.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá em todo o lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flavia Cristina; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 415. Barroso cita como exemplos o Justice Antonin Scalia e o professor James Whitman, os quais contestariam a aplicabilidade jurídica da dignidade da pessoa humana. Ruth Macklin, em editorial do *British Medical Journal* afirma: “Dignidade é um conceito inútil: significa não mais do que o respeito às pessoas e a sua autonomia”. (Dignity is a useless concept: it means no more than respect for persons or their autonomy. *British Medical Journal*, v. 327, n. 7429, p. 1419-1420, Dec. 20-27, 2003.). Ruth Macklin cita dois exemplos interessantes a respeito do uso da palavra dignidade, ambas como sinônimo de autonomia. A primeira faz referência ao direito à eutanásia e à possibilidade de pessoas maiores e

entanto, parece-me impossível contestar sua importância argumentativa, sendo que algum conteúdo jurídico há de se considerar, pois todo o Estado é fundamentado no respeito à dignidade da pessoa humana⁷.

Luís Roberto Barroso, em interessante estudo, analisa marcos históricos e filosóficos da evolução da concepção da dignidade da pessoa humana. Em Roma, afirma o hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, a “dignidade” tinha relação ao *status* social de certos indivíduos e instituições. Não era, assim, um conceito geral a todas as pessoas. Após a consolidação da religião cristã, a “dignidade” estava ligada a possibilidade de tomar livremente decisões morais. Nessa visão, a “dignidade” também provém de ser a imagem e semelhança de Deus. Mais atualmente, a “dignidade da pessoa humana” foi resgatada como oposição aos horrores do nacional-socialismo e do fascismo, a fim de se evitar novas guerras e, principalmente, genocídios provenientes de um discurso de superioridade racial⁸.

Em sua concepção, Luís Roberto Barroso indica que um conceito de dignidade da pessoa humana deve identificar três aspectos fundamentais: a) **valor intrínseco de cada ser humano**; b) **autonomia** do indivíduo; c) **autonomia** passível de ser **limitada** em nome de valores sociais ou interesses sociais legítimos⁹.

Nesse ponto, há uma observação fundamental. A ideia de dignidade da pessoa humana é indissociável da ideia de liberdade e de sua possível restrição. Dos três aspectos analisados por Luís Roberto Barroso, dois aspectos referem-se de maneira praticamente idêntica ao estudo do direito geral à liberdade.

O primeiro aspecto, ligado ao **valor intrínseco da pessoa humana**, parece-me razoavelmente consolidado. Há um senso comum a respeito da dignidade reconhecida à pessoa humana. A dignidade, então, “nasce com o indivíduo. O ser humano é digno porque o é¹⁰”. Nesse

capazes, previamente escolherem a “morte digna”. A segunda menção é a respeito do documento emitido pelo “Nuffield Council on Bioethics”, em que o presidente do conselho chamou ao senso de responsabilidade como “um ingrediente essencial na concepção humana de dignidade, na presunção de que se trata de uma pessoa cujos atos, pensamentos e preocupações são merecedores de intrínseco respeito, porque eles são escolhidos, organizados e guiados de uma forma que faz sentido desde um ponto de vista individual distinto.” (p. 1420).

⁷ Artigo 1º, III, da Constituição Federal.

⁸ “Aqui, lá em todo o lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. p. 416-418.

⁹ “Aqui, lá em todo o lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. p. 437.

¹⁰ NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49.

sentido, a dignidade significa que a pessoa humana deve ser tratada como sujeito de direitos e jamais objeto de direitos. Nenhum indivíduo deve ser instrumentalizado. “Todo homem, porque é pessoa, existe como um fim em si mesmo; daí que deva ser considerado sempre como fim e nunca como meio [...]”¹¹.

Realmente, para o Direito, a respeito da “dignidade da pessoa humana”, o aspecto de valorização do ser humano, como indivíduo, é muito importante. Isso porque, infelizmente, desde sempre, homens buscam instrumentalizar homens, fazendo-os escravos, cobaias para experimentos científicos ou simplesmente buscam exterminar grande quantidade de indivíduos pelo genocídio. Por trás dessa visão, há sempre a falsa certeza naturalista de que existem indivíduos melhores ou mais evoluídos que outros, sendo que os últimos devem ser exterminados ou feitos de serviçais.

Todavia, em nome da proteção a pessoa humana, algumas vezes se desprestigia o fundamental: a liberdade do ser humano. É o problema a ser enfrentado neste artigo.

3. O problema: o desprestígio da autonomia

Em nossos dias, a invocação do princípio da dignidade humana é muito frequente. Na maioria dos casos, como ousei escrever acima, invoca-se a dignidade da pessoa humana como meio de obter alguma prestação positiva de outra pessoa, especialmente a estatal.

Em brevíssima pesquisa no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, percebe-se que a dignidade da pessoa humana é invocada para permitir internações de dependentes químicos¹², tratamentos de saúde em face do Estado¹³ ou mesmo de particulares¹⁴, ou limitar pehorabilidade de bem de família¹⁵.

¹¹ MARQUES, Vinícius Pinheiros; LORENTINO, Sérgio Augusto Pereira. A dignidade humana no pensamento de Kant como princípio da lealdade processual. *Revista Bonijuris*, ano XXVI, n. 612, p. 19, nov. 2014.

¹² TJ/SP, 4004963-72.2013.8.26.0019, Relator: Vicente de Abreu Amadei, 1ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 09/08/2016, Data de registro: 11/08/2016.

¹³ TJ/SP, 0002003-14.2015.8.26.0062, Relator: Décio Notarangi, Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 11/08/2016, Data de registro: 11/08/2016.

¹⁴ TJ/SP, 1060513-83.2015.8.26.0100, Relator(a): José Aparício Coelho Prado Neto, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 09/08/2016, Data de registro: 11/08/2016.

¹⁵ TJ/SP, 2050768-37.2016.8.26.0000, Relator(a): Luis Fernando Nishi, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 11/08/2016, Data de registro: 11/08/2016.

O Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo a dirimir os conflitos ligados à interpretação constitucional, também se manifesta a respeito do assunto. Há acórdão sobre a extensão da licença maternidade às adotantes (e não somente às mães biológicas), à luz da dignidade da pessoa humana¹⁶. Há decisão no sentido de que o Estado pode ser obrigado pelo Poder Judiciário a construir presídios, em razão da “supremacia da dignidade da pessoa humana¹⁷”. Também se afastou o critério legal de pagamento de benefício assistencial (LOAS), em razão da “dignidade humana.”¹⁸

Na doutrina, também é recorrente a ideia de dignidade da pessoa humana como limite à autonomia dos indivíduos¹⁹.

Assim, percebe-se certa preponderância no dia a dia das discussões forenses a respeito da dignidade humana, sob um aspecto social ou funcional garantidor de direitos sociais e, por vezes, limitador da liberdade. No meu sentir, tal invocação ocorre sem levar em consideração o fato de que o respeito à autonomia também é indissociável da ideia de reconhecimento de dignidade.

Em linhas gerais, a autonomia pode ser identificada com liberdade. A palavra autonomia é formada pela junção de dois termos gregos: *autos* (mesmo, próprio) e *nomos* (lei, norma). Autonomia, assim, é a lei para si próprio. É a lei dada para si mesmo. É o reconhecimento que o ser humano tem certa soberania em si mesmo²⁰.

No âmbito jurídico, a ideia de autonomia foi estudada, inicialmente, com o foco no direito privado. Autonomia, assim, seria o espaço jurídico conferido pela lei ao indivíduo para autodeterminar-se e vincular-se juridicamente²¹.

¹⁶ STF, RE 778889 / PE, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Julgamento: 10/03/2016, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁷ STF, RE 592581 / RS, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 13/08/2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe 01/02/2016.

¹⁸ Pelo menos esse é o voto do Relator Ministro Marco Aurélio (STF, RE 567985/MT, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Publicação 02/10/2013.

¹⁹ “Neste bojo, encontra-se o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, norma matriz transformadora da teoria tradicional dos contratos e que, através de seus corolários da aplicação da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, limita-se o princípio da autonomia da vontade, por muito tempo considerado quase que absoluto no âmbito privado.” (BRITO, Fabio Leite de Farias. *A dignidade da pessoa humana como princípio informador do contrato*. p. 12. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/703606>. Acesso em: 25 out. 2016.).

²⁰ A ideia kantiana de autonomia é um pouco diferente. Para Kant, a autonomia teria relação com a lei moral que nos é outorgada naturalmente. Cf. ROSEN, Michael. *Dignity: its history and meaning*. p. 24.

²¹ Não se desconsidera que os termos “autonomia da vontade” e “autonomia privada” não são necessariamente sinônimos. “Autonomia da vontade” está mais relacionada à teoria que considera que

No âmbito contratual, há o princípio do “pacta sunt servanda”. Em uma acepção clássica, o contrato faz “lei entre as partes”. A justificativa é a própria autonomia da vontade. O homem livre vincula-se livremente a uma determinada prestação.

Orlando Gomes afirma que “o princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.”²²

Em uma acepção puramente liberal, o contrato, celebrado consensualmente, somente pode alterado também consensualmente²³. É o princípio da intangibilidade. O contrato é visto como produto da livre manifestação de vontades por, pelo menos, duas pessoas²⁴.

O princípio da autonomia privada é a expressão do individualismo, resultante do liberalismo no final do século XVIII e início do século XIX. A autonomia privada constituía a autonomia concedida aos indivíduos para que pudessem criar um conjunto de regras e fixação de direitos e obrigações recíprocas²⁵.

Desde logo, esclareço, com base na lição de Orlando Gomes: a liberdade de contratar jamais foi ilimitada. Há duas limitações de caráter geral, há muito reconhecidas: a ordem pública e os bons costumes. Nesse ponto, havia sempre um interesse social envolvido²⁶.

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, o princípio da autonomia da vontade vem sendo cada vez mais limitado. No mais, ao lado do princípio da autonomia da vontade, há também o princípio do equilíbrio contratual. O reconhecimento, por exemplo, da existência da cláusula “rebus sic stantibus” há muito tempo é possível²⁷.

a vontade seja por si só criadora de direitos e obrigações. “Autonomia privada” é o espaço que o ordenamento jurídico concede de administração da vida íntima e autorregulação das relações privadas, conceito posterior e mais bem elaborado. Cf. BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações de direito de família. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. *Anais...* p. 133. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959/536>>.

²² GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 22.

²³ LEAL, Luciana de Oliveira. A onerosidade excessiva no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 21, p. 155.

²⁴ ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. O princípio da função social do contrato nas relações empresariais. *Rev. Direito Econ. Socioambiental*, v. 3, n. 2, p. 338, jul./dez. 2012.

²⁵ CASTRO, Vitor Lourenço Simão. *Contrato com pessoa a declarar no direito brasileiro*. 2011. f. 79. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

²⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 24.

²⁷ “O vetusto princípio do ‘pacta sunt servanda’, ao longo da História do Direito, e muito especialmente na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, sofreu fortes abalos em decorrência do

No fortalecimento do Estado Social, multiplicaram as regras protetivas contra a parte economicamente mais forte. O Direito do Trabalho, nesse ponto, é bastante limitador à autonomia privada. O Código de Defesa do Consumidor, com suas regras protetivas à parte hipossuficiente, cria uma série de direitos que, na verdade, são limitações ao poder de contratar. Mesmo o Direito Civil, que tem a intenção precípua de regular relação entre partes supostamente iguais, admite limitações à autonomia da vontade, em nome da função social do contrato²⁸, e impõe vantagens à parte mais fraca²⁹. Há muito se reconhece, por exemplo, que a autonomia privada sofre limitações substanciais em contratos de adesão³⁰.

Tudo isso em benefício da igualdade material e em prejuízo da liberdade de livremente estipular as condições contratuais.

A existência de leis protetivas a determinadas classes de indivíduos (e, portanto, limitadoras da liberdade de contratar) não é intrinsecamente ruim, inconstitucional ou contrária à dignidade da pessoa humana. Todavia, penso que o intérprete sempre deve ter em mente que, também no âmbito contratual, a limitação à liberdade é algo que, potencialmente, pode ser danosa a dignidade da pessoa humana. “O princípio da autonomia da vontade, portanto, não pode ser desconsiderado imotivadamente, eis que o contrato ainda existe para que as pessoas interajam com a finalidade de satisfazerem os seus interesses.”³¹

A evolução do Direito de Família é um bom exemplo de como o fortalecimento da dignidade da pessoa humana pode implicar no reconhecimento maior da autonomia dos indivíduos. O Direito de Família

revigoramento da cláusula ‘rebus sic stantibus’, hordiernameamente denominada Teoria da Imprevisão”. (HORA NETO, João. A resolução por onerosidade excessiva no Novo Código Civil: uma quimera jurídica? *Revista da ESMESE*, n. 4, p. 41, 2003.).

²⁸ Código Civil de 2002: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

²⁹ Código Civil de 2002: “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

³⁰ Antonio José Maristrello Porto; Guilherme Mello Graça. *Análise econômica do direito (AED)*. FGV Rio, 2013.2: “Os contratos de adesão, geralmente, possuem cláusulas pré-determinadas, que estipulam, de modo unilateral, os direitos e obrigações do consumidor, o que deixa pouco espaço de manobra, implicando em reconhecer a baixa incidência do princípio da autonomia da vontade. Em inglês, pode-se depreender a padronização das cláusulas a partir do nome do próprio instituto, qual seja ‘Standart-Form Contracts’”. p. 84.

³¹ PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. A função social do contrato e a sua significativa influência na teoria geral das obrigações. *Revista da EMERJ*, v. 10, n. 38, p. 176, 2007.

é regido, em grande parte, por leis de ordem pública. Tanto é assim que há intrincado procedimento para a habilitação e celebração de casamento. O Código Civil exige, inclusive, que certas palavras sejam pronunciadas para a validade do casamento³².

Apesar da preponderância de normas de ordem pública, a doutrina do Direito de Família vem se apegando à dignidade da pessoa humana para reforçar o direito à liberdade.

A dignidade humana consagrada na Constituição Federal e as transformações ocorridas nos últimos anos têm provocado uma despatrimonialização, com aumento de enfoque no tratamento da pessoa e, por consequência, ampliou-se o campo da autonomia privada no âmbito das relações familiares.³³

Isso também vale para a fixação de regras e, claro, vinculação a essas regras.

[...] fixar as regras sobre como constituir a sua relação familiar, criando direitos e obrigações, resulta do exercício da autonomia privada, pois a partir do momento em que alguém usa sua liberdade para definir regras comportamentais e estruturais de uma entidade familiar, fica vinculado a tais regras, verdadeiro exercício da autonomia privada.³⁴

Como exemplos de prestígio de autonomia privada no Direito de família, podem ser indicados: liberdade de casar, com quem casar, de

³² “Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: ‘De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.’”

³³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações de direito de família. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. *Anais...* p. 135-136. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959/536>>.

³⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações de direito de família. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. *Anais...* p. 137-138. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959/536>>.

divorciar, reconhecimento de paternidade socioafetiva, reconhecimento de famílias pluriafetivas e validade de contrato de namoro.

O direito de família vem sofrendo influxo do reconhecimento da igualdade dos gêneros, cada vez mais consolidada do ponto de vista fático (e não apenas jurídico-formal). Assim, as regras que exigiam formalidades ou conferiam benefícios ao cônjuge supostamente mais fraco não fazem mais sentido. Portanto, apesar das regras de ordem pública, a autonomia privada vem se consolidando no âmbito de direito de família.

Por outro lado, no direito contratual, antes visto como âmbito de consagração do direito dispositivo e do livre acordo de vontades, a evolução legislativa considerou a desigualdade material, estabelecendo regras restritivas aos negócios. Nesse ponto, no direito contratual, há certo desprestígio à autonomia privada.

4. Dignidade e liberdade

4.1. Generalidades

Histórica e filosoficamente, as noções de dignidade e a de liberdade são inseparáveis. Assim como a dignidade da pessoa humana, Ronald Dworkin ensina que o direito à liberdade é popular. Para Dworkin, “a retórica da liberdade alimenta todos os movimentos radicais, desde guerras internacionais de libertação às campanhas em prol da liberdade sexual e da libertação das mulheres³⁵.”

O estudo da liberdade é problema bastante complexo e mutifacetado. O homem seria intrinsecamente livre ou seria produto de predisposições biológicas, sociais ou impostas por um ser superior? Trata-se de uma pergunta a ser respondida de muitas formas por muitos ramos do conhecimento. A resposta não é fácil, mas é fundamental para as diversas ideologias ou mesmo pensamento jurídico. Não é a toa que se reconhece, por exemplo, inimizabilidades no direito penal ou incapacidades no direito civil. Em regra, somente pode ser punido por um crime quem conscientemente tomou a decisão para o cometimento do crime ou pelo menos não tomou as atitudes necessárias exigidas

³⁵ *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 419.

para impedi-lo. Mais recentemente, a teoria penal de Zaffaroni fala na existência de uma “co-culpabilidade”, em que se reconhece, implicitamente, que o criminoso não é responsável sozinho pelo crime que comete, mas toda a sociedade pode ser considerada “culpada” (o que tira o foco da questão responsabilidade pessoal)³⁶. No âmbito cível, por exemplo, também se reconhece certa proteção aos incapazes, por concluir que a vontade manifestada por estes nem sempre são livres ou conscientes. Em outras áreas, o problema se repete. E, mesmo na teologia cristã, historicamente influenciada e influenciadora do reconhecimento da liberdade como marca característica do ser humano, há o grande embate entre aqueles que acreditam na existência do livre-arbítrio como fundamental à salvação e aqueles que acham que a salvação é predestinada aos escolhidos de Deus³⁷.

Também a palavra liberdade pode abranger concepções bastante distintas. Em texto clássico, Benjamin Constant distingue a chamada “liberdade dos antigos” da “liberdade dos modernos”. Constant afirma que, para os antigos, a liberdade consistia na possibilidade da participação política direta na tomada de decisões coletivas, como declaração de guerra e paz, votação de novas leis, examinar contas e atos de autoridades³⁸. Por outro lado, os antigos não viam qualquer inconsistência entre a ideia de liberdade e a sujeição total à autoridade do grupo. Todas as ações privadas eram passíveis de monitoramento. “O indivíduo é quase sempre soberano nos negócios coletivos mas um escravo em todas as suas relações privadas³⁹. A concepção de “liberdade dos modernos”, por outro lado, tem muito mais relação com o espaço de autodeterminação do indivíduo, ainda que também possa lhe garantir

³⁶ “Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar.”. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, Parte geral, p. 525.).

³⁷ Sem entrar no mérito e em contornos gerais, mas essa é a tese, por exemplo, dos adeptos da chamada “dupla predestinação”, que seria defendida por alguns calvinistas.

³⁸ *The liberty of the ancients compared with of the moderns*. p. 2. Disponível em: <<https://www.nationallibertyalliance.org/files/docs/Books/Constant%20-%20The%20Liberty%20of%20the%20Ancients%20Compared%20with%20that%20of%20the%20Moderns.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2016.

³⁹ *The liberty of the ancients compared with of the moderns*. p. 2.

também uma certa participação política (como na eleição de representantes, por exemplo)⁴⁰.

Juridicamente, também há grande problema no tratamento da liberdade, em especial em sua relação com o princípio da legalidade. Há pelo menos duas possibilidades de se encarar a liberdade: 1. a liberdade é poder fazer ou deixar de fazer o que se quiser, dentro dos limites legais; 2. a liberdade é poder fazer ou deixar de fazer o que se quiser, *prima facie*. O conceito apresentado no item 1. tem relação com a concepção do direito à liberdade em uma *teoria interna* de direitos fundamentais⁴¹. A liberdade encontraria limites intrínsecos na lei (ou na ordem jurídica). Por outro lado, a concepção do item 2. indica a adesão a uma teoria externa dos direitos fundamentais⁴². Nesse ponto, em sendo adotada a *teoria externa*, a liberdade, como qualquer direito fundamental, seria um *mandamento de otimização*⁴³. A tendência, então, é de maximização da liberdade, a qual somente pode ser restrita, no caso concreto, caso outro direito fundamental colidente prevaleça, mediante a aplicação dos critérios de solução de colisão de

⁴⁰ *The liberty of the ancients compared with of the moderns*. p. 2.

⁴¹ “Se fosse necessário resumir a ideia central da chamada teoria interna, poder-se-ia recorrer à máxima freqüentemente utilizada no direito francês, sobretudo a partir de Planiol e Ripert, segundo a qual ‘o direito cessa onde o abuso começa’. Com isso se quer dizer, a partir do enfoque da teoria interna – e daí o seu nome – que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele.”. (SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4. p. 37, 2006.).

⁴² “Ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites (imanescentes), a teoria externa divide esse objeto em dois: há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacado dele, as suas restrições. Essa diferença, que pode parecer insignificante, uma mera filigrana teórica, tem, no entanto, grandes conseqüências, práticas e teóricas. Boa parte daquilo que doutrina e jurisprudência muitas vezes tomam como dado, é, na verdade, produto dessa simples divisão teórica entre o direito em si e suas restrições. É principalmente a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais do que isso, à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.” (SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4. p. 38-39, 2006.). Fernanda Stracke Moor defende a existência de um “direito geral de liberdade” (Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites. *Revista De Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 38, n. 152, p. 275-299, out.-dez. 2001.). O artigo de Fernanda Moor tem bom resumo sobre as discussões pelo reconhecimento do direito geral de liberdade e suas eventuais refutações (p. 284).

⁴³ Há menção evidente à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos de diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais mas também das regras jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos”. (*Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 86.).

direitos fundamentais. Nesse ponto, esclareço que, em minha tese de doutorado, propus singelamente a adesão à teoria externa dos direitos fundamentais. Naquela oportunidade, conceituei o direito à liberdade como o direito, *prima facie*, de se fazer o que se quer⁴⁴.

4.2. Dignidade e liberdade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a conexão entre a ideia de dignidade da pessoa humana e liberdade/autonomia.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu discriminatórias e, portanto, inconstitucionais, as palavras “pederastia” e “homossexual” presentes no texto legislado do artigo 235 do Código Penal Militar. A liberdade de orientação sexual e, portanto, a sua proteção, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, é uma “projeção da liberdade e da dignidade do indivíduo⁴⁵”.

Ao julgar a constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil (caso das biografias não autorizadas), o Supremo Tribunal Federal reconheceu relação entre a liberdade de manifestação de pensamento e a dignidade humana.

A possibilidade de os indivíduos exprimirem de forma desinibida suas ideias, preferências e visões de mundo, assim como de terem acesso às ideias, preferências e visões de mundo dos demais é essencial ao livre desenvolvimento da personalidade, à autonomia e à realização existencial dos indivíduos, consistindo, assim, em uma emanção da sua dignidade.⁴⁶

Também em prol da liberdade, em uma visão indicativa de uma teoria externa dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a liberdade aos casais homoafetivos de constituírem família,

⁴⁴ *Liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro*. f. 62. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

⁴⁵ STF, ADPF 291, Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJ 10/05/2016.

⁴⁶ Cito voto do Ministro Luís Roberto Barroso. STF, ADI 4815/DF, Relatora Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 10/06/2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

apesar da letra da legislação civil e da Constituição. Na oportunidade, o Supremo reconheceu que um direito fundamental somente pode ser restrito havendo legítimo direito oponível por outras pessoas.

A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos.⁴⁷

Portanto, também com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se afirmar a relação da dignidade da pessoa humana e dos direitos de liberdade.

5. Responsabilidade

“A sementeira é livre; a colheita é obrigatória” (adágio popular).

Nos itens anteriores, tentei demonstrar que a ideia de dignidade da pessoa humana sempre teve relação com o direito à liberdade.

A liberdade, por sua vez, reporta-se à ideia de responsabilidade. A responsabilidade, nesse ponto, é entendida em seu sentido amplíssimo, como o dever de o ser humano responder pelos seus atos, escolhidos voluntariamente. A “dignidade” também tem relação com a “virtude⁴⁸”, no que tem sem dúvida conteúdo *moral*. Nesse aspecto mais restrito, a dignidade não seria uma característica imanente dos seres humanos. A dignidade seria mais restrita, pois se manifesta pelo comportamento humano, que pode ser bom ou mal, e se aproxima da ideia de virtude, algo não generalizável⁴⁹. Em doutrina recente, Daniel Sarmiento reconhece que três são os sentidos de dignidade: a) “status” (como era na

⁴⁷ Cito ementa, da lavra do Ministro Ayres Brito. STF, ADPF 132, Min. Ayres Brito, Pleno, DJ 13/10/2011.

⁴⁸ Dignidade, entre outras acepções, pode ser encarada como “atributo moral que incita respeito”. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/dignidade/>>. Acesso em: 1 set. 2016.

⁴⁹ ROSEN, Michael. *Dignity: its history and meaning*. p. 6.

Roma Antiga ou em sociedades altamente hierarquizadas); b) “conduta digna” (“quando se considera louvável e altivo o comportamento de uma pessoa diante de circunstâncias em geral adversas”), o que seria uma espécie de “virtude”; e c) “valor intrínseco”, que seria a ideia preponderante no tema dos recursos humanos⁵⁰.

O homem digno é livre, mas também é responsável. A dignidade não se refere somente a ser digno por nascimento, mas também tornar-se digno por méritos individuais⁵¹.

O senso comum diz que não há verdadeira liberdade sem responsabilidade. A dignidade, por outro lado, é ligada à honra, à confiabilidade e à responsabilidade. Não se pode esquecer que, nos dicionários, “dignidade” é sinônimo de “respeitabilidade”, “honradez”, “honestidade”, “probidade” e “seriedade”⁵².

Nesse sentido comum, “homem digno” é a pessoa que preza por seus deveres, cumprindo-os com rigor. Digna é a pessoa que paga as suas contas, honra seus negócios, trata com urbanidade e ética a todos. O homem digno não engana, não mente. Em suma, o homem digno é confiável. Os antigos afirmavam que há pessoas tão confiáveis que, em negócios, bastaria tão somente o compromisso pelo “fio do bigode”. Não há necessidade de documento, assinatura ou qualquer formalidade para conferir segurança que o acordo será cumprido. O homem digno honra a sua palavra.

Lembro, mais uma vez, da Roma Antiga. A dignidade (*dignitas*) dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo⁵³. O *status libertatis* diferenciava os livres dos escravos⁵⁴. Os livres eram sujeitos de direito, os escravos objeto de direito. A noção de sujeito de direito indicava a capacidade de ser sujeitos de direito e obrigações⁵⁵. Portanto, ser sujeito de direitos implica na capacidade de se obrigar e,

⁵⁰ *Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetórias e metodologias*. Belo Horizonte: Fórum. p. 103.

⁵¹ Cf. ALBRECHT, Sofia Mentz. *A dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem constitucional*. f. 116. Em sua tese de doutorado, Sofia Albrecht distingue a dignidade ontológica (é digno porque é humano) da dignidade axiológica (dignidade pela busca individual de tornar-se melhor). Não aderimos sem ressalva a essa nomenclatura, pois pensamos que pode haver ambiguidade.

⁵² Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/dignidade/>>. Acesso em: 1 set. 2016.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 33.

⁵⁴ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 28.

⁵⁵ Não confundimos aqui capacidade de direito, capacidade de gozo. No entanto, comentarmos a distinção não é produtivo para as finalidades deste artigo.

eventualmente, ser responsabilizado pelos seus atos. Marco Túlio Cícero já distinguia a dignidade a que faz jus o homem por nascimento (por ser o único ser reconhecidamente racional) daquela proveniente do seu *status* social⁵⁶. A dignidade tinha o aspecto de honorabilidade social tanto que era possível a penalidade de “infâmia”, em que a dignidade poderia ser abalada, de maneira perpétua e irrevogável⁵⁷.

Nas religiões, não há exaltação maior a um ser vivo do que ser considerado a imagem e semelhança do próprio Deus. É exatamente o que a tradição judaico-cristã ensina⁵⁸. A morte e o sofrimento de um Deus (ou de seu Filho) em resgate de seres humanos indica o alto grau de dignidade com o que os seres humanos devem ser tratados. Apesar de hoje banal, a expressão “todos somos filhos de Deus” também indica elevadíssimo valor intrínseco de cada um dos seres humanos. Apesar disso, Deus considerou os homens responsáveis pelas suas escolhas, expulsando-os do Éden⁵⁹.

O direito atual também protege a dignidade decorrente da honra pessoal de cada um, em medidas diferentes. Tanto é assim que existem ações de indenização por dano moral e ações criminais de injúria, calúnia e difamação. A Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça, apesar de críticas, reconhece implicitamente que somente pode ter dano moral por ser negativamente indevidamente quem realmente é merecedor de um bom nome⁶⁰.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 34.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 48.

⁵⁸ “Muito embora não nos pareça correto, inclusive por nos faltarem dados seguros quanto a tal aspecto, reivindicar - no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos - para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado a imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência - lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela ‘Santa Inquisição’) - de que o ser humano - e não apenas os cristãos - é dotado de um valor próprio. Não podendo, por tal razão, ser transformado em mero objeto ou instrumento da ação alheia”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2015. p. 32-33.).

⁵⁹ A declaração “Dignitatis Humanae sobre liberdade religiosa” faz referência à responsabilidade como ideia ligada à liberdade: “No uso de qualquer liberdade deve respeitar-se o princípio moral da responsabilidade pessoal e social: cada homem e cada grupo social estão moralmente obrigados, no exercício dos próprios direitos, a ter em conta os direitos alheios e os seus próprios deveres para com os outros e o bem comum. Com todos se deve proceder com justiça e bondade.”

⁶⁰ “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.”

Apesar da valorização da “dignidade humana” nos textos doutrinários, em nosso ponto de vista, atualmente, há a tendência de simplesmente desconsiderar a capacidade de autovinculação do indivíduo e, portanto, de sua responsabilidade por suas escolhas. O reconhecimento da dignidade de alguém também implica na expectativa de que essa pessoa agirá com boa-fé, cumprindo os compromissos que livremente assumiu.

Há mais dignidade no cumprimento do contrato do que em sua anulação. O “fio do bigode”, a confiança e a boa-fé também são relevantes. Manter a palavra, o acordo ou o contrato também são aspectos de incidência da dignidade humana. Em nome da dignidade humana, não podemos esquecer a ideia de livre arbítrio, de vontade e de responsabilidade, para simplesmente desconsiderar cláusulas contratuais ou mesmo transações realizadas pelas partes.

É comum, por exemplo, mesmo após o inadimplemento, a assinatura e concordância com o distrato de determinado contrato, consumidores pleitearem a nulidade do distrato naquilo que não lhe interessa. Ou seja, apesar de duas declarações de vontade inequívocas do consumidor, uma delas após o inadimplemento, o Poder Judiciário é chamado para tutelar o direito do consumidor de não ser responsável por aquilo que livre e conscientemente se obrigou⁶¹.

Mesmo o acordo de vontades realizada no âmbito do Poder Judiciário também sofre críticas. Luiz Edson Fachin e Marcos Alberto Rocha, apesar de concordarem com as formas alternativas de resolução de conflitos especialmente por aspectos pragmáticos, reconhecem que “o campo da conciliação e da mediação, a introdução da autonomia da vontade como fundamento remete, necessariamente, a toda a teoria crítica do Direito Civil [...]”⁶².

Em outras palavras, apesar do discurso, na prática, há um grande desprestígio ao acordo, ao contrato e, portanto, à autonomia privada.

⁶¹ A Súmula 286 do Superior Tribunal de Justiça permite que, mesmo após a renegociação da validade de um contrato bancário ou após a confissão de dívida, ainda se permita a discussão sobre a validade do contrato original. (“A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.”). Em nosso entendimento, trata-se de um enunciado que não reconhece o acordo e, portanto, a validade de declarações de vontades, mesmo posterior ao problema. Assim, o próprio Poder Judiciário incentiva o desprestígio à autonomia privada das partes que resolveram celebrar o acordo.

⁶² Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. Revista de Informação Legislativa, v. 48, n. 190, t. 2, p. 12.

O Poder Judiciário é chamado a substituir a vontade dos particulares pela vontade estatal. Não creio que isso seja favorável ao reconhecimento da dignidade humana.

José Renato Nalini, em seu blog, ao incentivar a conciliação, afirma que é hora da chegada da maturidade. Todos devem reconhecer a capacidade das pessoas de resolver os próprios problemas. As pessoas devem ter o protagonismo sobre suas vidas, não agentes estatais⁶³. Nesse ponto, lembramos que a dignidade do ser humano não é apenas um dado, algo imanente ou pressuposto, mas também um construído. O incentivo à solução dos problemas humanos, sem a interferência estatal, vem ao encontro da dignidade da pessoa humana.

Perceba-se que, neste trabalho, não advogo a ideia de liberdade sem restrições ou de responsabilidade sem limites. Desde Aristóteles, a virtude somente pode ser aferida se existir voluntariedade⁶⁴. E maior certeza de voluntariedade haverá se inexistir abusividade ou grande assimetria de informações. É claro que o direito e o Poder Judiciário devem buscar a Justiça, também considerando que existem abusividades contra as partes mais fracas. Todavia, também é importante que o julgador tenha em mente que nem sempre contribui para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, quando se substitui a vontade das partes pela vontade estatal.

Em regra, a autonomia deve ser respeitada. Na liberdade, há dignidade.

⁶³ “Por isso é que a intenção de pacificar mediante incentivo à maturidade, oferecer o diálogo em vez do processo, fazer com que as pessoas se sentem à mesa da discussão e assumam um protagonismo que não têm no Judiciário, enfrentam tanta resistência. Em vez de ser ‘sujeito’, assumindo responsabilidades e exercendo um contraditório que significa ‘situar-se no lugar do outro’, o homem prefere ser ‘objeto’. Sobre esse objeto recai a decisão heterônoma, sem participação do interessado. Quando é que a sociedade evoluirá para saber resolver grande parte de seus problemas sem se socorrer da onipotência e da magnanimidade estatal?”. *A sociedade órfã*. Texto publicado em 15/09/2013. Disponível em: <<http://renatonalini.wordpress.com/page/8/>>. Acesso em: 4 abr. 2014.

⁶⁴ “Visto que a virtude se relaciona com paixões e ações, e é às paixões e ações voluntárias que se dispensa louvor e censura, enquanto as involuntárias merecem perdão e às vezes piedade, é talvez necessário a quem estuda a natureza da virtude distinguir o voluntário do involuntário. Tal distinção terá também utilidade para o legislador no que tange à distribuição de honras e castigos. São, pois, consideradas involuntárias aquelas coisas que ocorrem sob compulsão ou por ignorância; e é compulsório ou forçado aquilo cujo princípio motor se encontra fora de nós e para o qual em nada contribui a pessoa que age e que sente a paixão — por exemplo, se tal pessoa fosse levada a alguma parte pelo vento ou por homens que dela se houvessem apoderado”. Interessante observar que Aristóteles já considerava a ignorância como algo que retirava a voluntariedade. Também observo que, para Aristóteles, certas coações deveriam ser resistidas. (*Ética a Nicômaco*. Livro III, item 1.).

6. Conclusões

A dignidade pode ser encarada como “status”, valor intrínseco e algo decorrente da prática da virtude. Nem todos terão o mesmo “status” social. No entanto, a todos os indivíduos deve ser reconhecido valor intrínseco. O Estado deve também reconhecer que a dignidade também tem o aspecto de virtude, de responsabilidade que os seres humanos têm sobre os seus próprios atos.

A dignidade da pessoa humana tem ligação filosófica e jurídica com o direito à liberdade, à autonomia e ao livre-arbítrio. Por sua vez, também se deve reconhecer que a liberdade e a autonomia têm relação com o fato de os indivíduos poderem ser, em tese, responsáveis pelos seus atos. A liberdade pressupõe a liberdade também de autor-restrição, de vinculação.

É sabido que a evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial vem conferindo menor estatura à autonomia privada, em razão da proliferação de normas de ordem pública protetivas a grupos hipossuficientes.

Interessante exceção situa-se no âmbito do direito de família, no qual a jurisprudência, em nome da dignidade humana, vem reconhecendo a autonomia ainda que contrária à interpretação literal das normas jurídicas editadas pelo legislador ou mesmo pelo constituinte originário. É consequência da maior consolidação da igualdade material de gêneros

A existência de normas ou interpretações favoráveis a grupos hipossuficientes não é necessariamente algo mau ou inconstitucional. Todavia, acredito ser importante refletir se a substituição da vontade das partes pela vontade estatal estará valorizando ou desvalorizando a liberdade e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Afinal, a dignidade humana e a liberdade são valores indissociáveis.

Bibliografia

ALBRECHT, Sofia Mentz. *A dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem constitucional*. 2006. 228 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral Albuquerque. O princípio da função social do contrato nas relações empresariais. *Revista de Direito Econômico Socioambiental*, Curitiba, v. 3. n. 2, p. 335-353, jul./dez. 2012.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001. 607 p.

ARISTOTELES. *Ética a Nicômaco*; Poética. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. Tradução, comentários e índices analítico e onomástico de Eudoro de Souza. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores; v. 2). Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 1 set. 2016.

ASSIS, Christiane de. A dignidade do animal não humano. In: ALVES, Cândice Lisbôa (Org.). *Vulnerabilidades e invisibilidades: desafios contemporâneos para a concretização dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 282-298.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. “Aqui, lá em todo o lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flavia Cristina; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 413-464.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações de direito de família. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. *Anais...* p. 131-146. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959/536>>. Acesso em: 26 set. 2016.

BRITO, Fabio Leite de Farias. *A dignidade da pessoa humana como princípio informador do contrato*. 14 p. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/703606>. Acesso em: 25 out. 2016.

CASTRO, Vitor Lourenço Simão Castro. *Contrato com pessoa a declarar no direito brasileiro*. 2011. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

CONSTANT, Benjamin. *The liberty of the ancients compared with of the moderns*. 14 p. Disponível em: <<https://www.nationallibertyalliance.org/files/docs/Books/Constant%20-%20The%20Liberty%20of%20the%20Ancients%20Compared%20with%20that%20of%20the%20Moderns.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

FACHIN, Luiz Edson; ROCHA, Gonçalves, Marcos Alberto. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 190, t. 2, p. 7-13, abr./jun. 2011.

GOMES, Orlando Gomes. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 523 p.

HORA NETO, João. *A resolução por onerosidade excessiva no Novo Código Civil: uma quimera jurídica?* *Revista da ESMESE*, n. 4, p. 41-56, 2003.

LEAL, Luciana de Oliveira. A onerosidade excessiva no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 21, p. 155-165, 2003.

MACKILN, Ruth. Dignity is a useless concept: it means no more than respect for persons or their autonomy. *British Medical Journal*, v. 327, n. 7429, p. 1419-1420, Dec. 2003.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995. 209 p.

MARQUES, Vinicius Pinheiros; LORENTINO, Sérgio Augusto Pereira. A dignidade humana no pensamento de Kant como princípio da lealdade processual. *Revista Bonijuris*, ano XXVI, n. 612, p. 15-19, nov. 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins. A dignidade da pessoa humana desde a concepção. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Antonio Marques (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 143.

NALINI, José Renato. *A sociedade órfã*. Publicado em 15/09/2013. Disponível em: <<http://renatonalini.wordpress.com/page/8/>>. Acesso em: 4 abr. 2014.

NUNES, Rizzato Nunes. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2007. 127 p.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. A função social do contrato e a sua significativa influência na teoria geral das obrigações. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, p. 169-179, 2007.

PORTO, Antonio José Maristrello; GRAÇA, Guilherme Mello. *Análise econômica do direito (AED)*. Rio de Janeiro: FGV Rio, 2013. 93 p.

ROSEN, Michael. *Dignity: its history and meaning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. 175 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2015. 199 p.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetórias e metodologias*. Belo Horizonte: Fórum. 376 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, p. 23-51, 2006.

TERAOKA, Thiago Massao C. *Liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro*. 2010. 282 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. Parte geral, 765 p.

