

COLEÇÃO JUSTIÇA, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE - VOL VI

Estado, Jurisdição e Direitos Fundamentais

Tássia A. Gervasoni | Iuri Bolesina | José Carlos Kraemer Bortoloti (Orgs.)

IMED

Inspira quem transforma



Os temas que envolvem as mais variadas perspectivas necessárias à compreensão e efetivação dos direitos fundamentais no contexto de um Estado Democrático de Direito são, muitas vezes, indissociáveis entre si. Tanto que, abordados na sua dimensão histórica, por exemplo, não é possível separar a construção teórica dos direitos fundamentais e da consolidação dos Estados de cariz democrático, na seara pretendida pelo Constitucionalismo. Originados da luta contra o poder opressor do Estado, os direitos fundamentais evoluíram e se solidificaram como um dos pilares das Constituições modernas. Trata-se de uma relação circular: se não há garantia de direitos sem que seja limitado o exercício do poder, igualmente sem a limitação do poder não há garantia de direitos. No contexto atual, em que temas como judicialização da política e ativismo judicial assumem uma destacada posição no debate acadêmico e na prática diária de efetivação de direitos, também não se mostra viável uma análise que fragmente tais temas. Sobretudo a partir da ressignificação do papel da Constituição no cenário pós-segunda grande guerra, quando este documento passa assumir um caráter principiológico, trazendo como fundamentos princípios com a dignidade da pessoa humana, redescobre-se também, de certa forma, a responsabilidade dos poderes estatais com relação à execução desse projeto que é a Constituição, responsabilidade da qual não escapa, por evidente, o Poder Judiciário.



Estado, Jurisdição e Direitos Fundamentais



COMITÉ EDITORIAL

Prof^ª. Dr^ª. Cecília Maria Pinto Pires

Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Prof. Dr. Jacopo Paffarini

Prof^ª. Dr^ª. Jaqueline Mielke Silva

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Prof^ª. Dr^ª. Leilane Serratine Grubba

Prof^ª. Dr^ª. Marília de Nardin Budó

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen

Prof. Dr. Neuro José Zambam

Prof^ª. Dr^ª. Salete Oro Boff

Prof. Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Prof. Dr. Vinícius Borges Fortes

Prof. Dr. Mher Arshakyan

Coleção

Justiça, Democracia e Sustentabilidade

VOL VI

Estado, Jurisdição e Direitos Fundamentais

Tássia A. Gervasoni

Iuri Bolesina

José Carlos Kraemer Bortoloti

(Orgs.)

φ editora fi

Diagramação e capa: Lucas Fontella Margoni

Fotografia: Internet

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

GERVASONI, Tássia A.; BOLESINA, Iuri; BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer (Orgs.)

Estado, jurisdição e direitos fundamentais. [recurso eletrônico] / Tássia A. Gervasoni; Iuri Bolesina; José Carlos Kraemer Bortolotti (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

223 p.

ISBN - 978-85-5696-221-8

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito, 2. Direitos fundamentais, 3. Estado, 4. Jurisdição. 5. Filosofia do direito
I. Título. II. Série

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 9

AS CRISES DO ESTADO E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS NA PERSPECTIVA DAS INTER-RELAÇÕES ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA 11

Tássia A. Gervasoni; Iuri Bolesina

A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO BRASILEIRO: A ATUAÇÃO REPARADORA DO PODER JUDICIÁRIO 41

Eloy Pereira Lemos Junior; Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy

A PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O QUE É E COMO APLICÁ-LA 65

Luis Clóvis Machado da Rocha Junior

O CARÁTER FUNDAMENTAL DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 109

Guilherme Pavan Machado; José Carlos Kraemer Bortoloti

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E RESERVA DO POSSÍVEL: BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 137

Alexandre Ataulpa Selayaran; José Paulo Schneider; Fausto Santos de Moraes

MODERNIDADE E COLONIALIDADES NO CONCEITO JURÍDICO DE CIDADANIA: UMA PERSPECTIVA DECOLONIAL PARA A (RE)INTERPRETAÇÃO DA CIDADANIA NO ESPAÇO PÚBLICO 163

Tamiris Alessandra Gervasoni

A DOGMÁTICA DAS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 195

Felipe de Ivanoff

APRESENTAÇÃO

Os temas que envolvem as mais variadas perspectivas necessárias à compreensão e efetivação dos direitos fundamentais no contexto de um Estado Democrático de Direito são, muitas vezes, indissociáveis entre si. Tanto que, abordados na sua dimensão histórica, por exemplo, não é possível separar a construção teórica dos direitos fundamentais e da consolidação dos Estados de cariz democrático, na seara pretendida pelo Constitucionalismo.

Originados da luta contra o poder opressor do Estado, os direitos fundamentais evoluíram e se solidificaram como um dos pilares das Constituições modernas. Trata-se de uma relação circular: se não há garantia de direitos sem que seja limitado o exercício do poder, igualmente sem a limitação do poder não há garantia de direitos.

No contexto atual, em que temas como judicialização da política e ativismo judicial assumem uma destacada posição no debate acadêmico e na prática diária de efetivação de direitos, também não se mostra viável uma análise que fragmente tais temas.

Sobretudo a partir da resignificação do papel da Constituição no cenário pós-segunda grande guerra, quando este documento passa assumir um caráter principiológico, trazendo como fundamentos princípios com a dignidade da pessoa humana, redescobre-se também, de certa forma, a responsabilidade dos poderes estatais com relação à execução desse projeto que é a Constituição, responsabilidade da qual não escapa, por evidente, o Poder Judiciário.

Assim, a presente obra, fruto das atividades do Centro de Estudos e Pesquisa “Estado, Jurisdição e Direitos Fundamentais” (CEPEJuD) da IMED, vem com o objetivo de ofertar um espaço de compartilhamento acadêmico entre professores e estudantes que atuem nas áreas em questão, permitindo a construção de um ambiente propício para a reflexão crítica sobre pontos tão sensíveis ao Estado Democrático de Direito.

O CEPEJuD tem por escopo desenvolver estudos e pesquisas relacionados com a (i) situação atual Estado e suas perspectivas, contemplando os mais variados aspectos que o colocam em crise (e, conseqüentemente, colocam em crise as instituições que lhe são vinculadas, como o próprio Direito enquanto braço jurídico do poder estatal), condição que afeta o seu funcionamento e organização jurídico-políticos, com destaque para fenômenos cada vez mais visíveis como a “sacralização” da (ii) jurisdição constitucional, em evidente sintoma das crises institucionais em curso, o que, ao final, reflete diretamente na (iii) (já desgastada) relação “Estado-cidadão” no que diz respeito à efetivação e garantia de direitos humanos e fundamentais.

Na mesma linha, os textos que compõem a obra que se apresenta trazem variadas discussões, mas todas conectadas pelo eixo relacional que vincula as noções de “Estado, Jurisdição e Direitos Fundamentais”.

E que a leitura seja um convite para que novas vozes se unam à construção do projeto constitucional iniciado em 1988.

Dra. Tássia A. Gervasoni

Dr. Iuri Bolesina

Dr. José Carlos Kraemer Bortoloti

AS CRISES DO ESTADO E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS NA PERSPECTIVA DAS INTER- RELAÇÕES ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA

*Tássia A. Gervasoni*¹

*Iuri Bolesina*²

1. Introdução

Atualmente, falar sobre o “Estado” quase equivale a falar sobre sua(s) “crise(s)”³ e, sem dúvida, essa abordagem reclama uma retomada histórica do passado, um diagnóstico do presente e uma perspectiva para o futuro. Além disso, é preciso um cuidado especial no estabelecimento dos marcos conceituais e temporais que regerão a análise. O que se considera “Estado”? Em que período? Que crise é essa? Enfim, são amostras de pressupostos que devem estar claros de antemão.

Um dos fatores essenciais à deflagração desse novo contexto que envolve o Estado é, sem dúvida, a chamada globalização, cujo conceito é tão esquivo quanto o da própria “crise”. Talvez uma das únicas certezas desse quadro todo seja a de que o Estado está em um processo de transformação. A grande questão é saber o quão profundo é esse processo. De qualquer forma, a tradicional caracterização do Estado a partir dos elementos de povo, território e soberania mostra-se já insuficiente, de modo que se propugna por

¹ Doutora em Direito pela UNISINOS/Universidad de Sevilla. Mestre e Graduada em Direito pela UNISC. Coordenadora da Pós-Graduação em Direito *lato sensu* da IMED. Professora. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Estado e Constituição”, vinculado ao CNPq. Advogada. Endereço eletrônico: tassiangervasoni@gmail.com

² Doutor e Mestre em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional – IMED. Coordenador da Escola de Direito da IMED. Professor. Advogado. E-mail: iuribolesina@gmail.com.

³ “Falar de crise(s) tornou-se referência ao longo das últimas décadas do Século XX e ganhou contornos de inevitabilidade nos primeiros anos do Século XXI, supostamente frente à desconstrução dos paradigmas que orientaram a construção dos saberes e das instituições da modernidade, projetando um conjunto de respostas as mais variadas para o enfrentamento e/ou tratamento das desconstruções próprias destes tempos (pós) modernos.” (BOLZAN DE MORAIS, 2005, p. 9).

uma nova Teoria do Estado, que dê conta de justificar essas mutações e, a partir disso, essa nova e atual conformação. Nesse sentido, para o presente estudo, outro dado cuja referência imediata é obrigatória diz respeito à inseparabilidade da Teoria do Estado de uma Teoria da Constituição.

Clássica e historicamente o Constitucionalismo se ocupou de limitar o poder. Se a “crise” que assombra o Estado o afeta, em especial, no que diz respeito à soberania, diante de elementos como a fragmentação/diluição do poder, nada mais apropriado do que repensar o exercício desse poder e, corolário, seus limites e possibilidades democráticas. Assim é que os conceitos de soberania, democracia e Constitucionalismo se encontram para tratar do Estado e suas circunstâncias. O problema que se põe, de forma nuclear, é a análise crítica de algumas dessas alternativas que se apresentam em face da (re)definição entre os liames que unem os temas soberania, democracia e Constitucionalismo e, para os fins do presente trabalho, notadamente quanto às implicações (e complicações) que todo esse quadro de transformação do Estado Contemporâneo acarreta às relações entre Direito e Política, Constituição e Poder.

Para a realização de tal intento, o trabalho será dividido em três partes. Num primeiro momento serão estabelecidos marcos e pressupostos essenciais que formarão as lentes pelas quais deverá ser lido todo o estudo, principalmente quanto ao desenvolvimento do Estado Constitucional. Na segunda parte, serão analisadas as transformações que a (re)visão do próprio conceito de Estado e, corolário, de sua Teoria – inseparável da Teoria da Constituição –, mormente a partir da noção de soberania, acarretam ao exercício da democracia e ao papel do Constitucionalismo, com atenção especial aos problemas do Estado Social e aos efeitos da chamada globalização. Por fim, pretende-se apresentar e avaliar criticamente as transformações do Estado e da Constituição, que apresentam um novo contexto para as relações entre o Direito e a Política, inovando as perspectivas, possibilidades e dificuldades de desenvolvimento e

desempenho democrático das instituições (com destaque para o Poder Judiciário) que corporificam o Estado de Direito Contemporâneo. No trabalho, utiliza-se do método de abordagem da fenomenologia hermenêutica, dos métodos de procedimento monográfico e histórico, da técnica de pesquisa por documentação indireta.

2. O desenvolvimento do Estado Constitucional e outros pressupostos essenciais

A “forma” em que o Estado chega à contemporaneidade é legado, em seus traços mais gerais, da modernidade. E aqui se diz forma no sentido de que o Estado é uma espécie de “contorno” no qual cabem diferentes conteúdos e possibilidades. Nesse sentido, interessante a abordagem de Canotilho sobre o Estado adjetivado (CANOTILHO, 2002, p. 25-40).

Pode-se dizer, destarte, que o Absolutismo foi o primeiro conteúdo do Estado Moderno, cujo surgimento é atribuído à necessidade de um Estado forte, centralizador, diante da fragmentação e da instabilidade de poder verificada até então; a figura estatal, nesses moldes, aparece como uma perspectiva positiva e necessária de estabilização social; de certa forma, a resposta encontrada, nesse contexto, foi o advento do Estado Absolutista (e, corolário, a reunificação do poder na figura do rei).⁴

Neste modelo, um descontentamento partirá, sobretudo, da classe burguesa, que embora detentora de poderio econômico via-se despida de poder e influência políticos, diante de sua concentração na figura do monarca (além do desagrado em relação aos privilégios concedidos à nobreza e ao clero). Daí que a Revolução Francesa (ou, burguesa) de 1789 marca a superação dessa fase, dando

⁴ No mesmo sentido “As deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do *Estado Moderno*. A aspiração à antiga unidade do Estado Romano, jamais conseguida pelo Estado Medieval, iria crescer de intensidade em consequência da nova distribuição de terra” (DALLARI, 1998, p. 70).

sustentáculo ao Estado Liberal, em que o direito passa a dominar a política e o poder do Estado é reduzido, cabendo-lhe, basicamente, a garantia da liberdade individual.

Empenhando-se na busca e na elucidação de um conceito para o Estado de Direito, Böckenförde elenca como aspectos básicos do termo a renúncia a toda ideia e/ou objetivo transcendental do Estado (cujo fundamento é o indivíduo); a limitação do Estado face os direitos individuais; e, em síntese, a separação de poderes (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 19-20).

Apresenta-se, num primeiro momento, um conceito ou uma concepção formal de Estado de Direito, identificada como Estado de Direito burguês, cuja lógica liberal esforça-se em garantir a liberdade e a propriedade, preocupando-se, especialmente, com a igualdade formal dos cidadãos (embora se possa antecipar que a noção de Estado de Direito – noções de legalidade, de vinculação do poder à figura da lei – incorpora diferentes elementos de conteúdo – liberal, social, democrático – ao longo do tempo) (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014).

Há, inclusive, quem associe o liberalismo como uma *teoria antiestado*, já que o aspecto central é o indivíduo e suas iniciativas, cabendo à atividade estatal, quando ocorre, um espaço reduzido e previamente reconhecido (e regulamentado pela lei – legalidade). Em regra, ao Estado incumbe a tarefa de manutenção da ordem e da segurança (até mesmo para que eventuais disputas sejam resolvidas de forma imparcial, sem interferência da força privada), além de proteger as liberdades civis e pessoais, no sentido de assegurar a liberdade econômica dos indivíduos no mercado capitalista (Estado Mínimo). Com efeito, o papel do Estado é negativo, pois todas as intervenções que extrapolem estas tarefas são más, por enfraquecerem a independência e a iniciativa individuais (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 56).

Sustenta-se que, como contraposição ao modelo absolutista, o modelo liberal se formaliza como Estado de Direito, afastando-se de uma simplista formulação como *estado legal*, pois pressupõe não

apenas uma regulação jurídico-normativa qualquer, mas uma ordenação calcada em determinados conteúdos. A partir disso, como *liberal*, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, orientando-se pela limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata, cuja efetividade normativa é garantida, genericamente, através da imposição de sanções diante de eventuais atitudes desconformes com a hipótese normativa (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 94).

À medida que o poder monárquico absolutista teve que ceder espaço às concepções da burguesia, verificam-se restrições à disposição política sobre o direito. Essa pretendida limitação, por sua vez, só podia ser alcançada por intermédio do próprio direito, que, para tanto, devia ser superior ao direito estabelecido, ao mesmo tempo em que não poderia ser válido como suprapositivo (para evitar o retorno a um direito preestabelecido e imutável, típico das sociedades pré-modernas). A solução para o problema foi oferecida, assim, pela Constituição, que enquanto direito positivo (e não natural) dividiu-se em dois complexos de normas, um regulamentando as condições de surgimento e validade do outro (a normatização estava normatizada – regulamentações processuais) e, de outro lado, também foram especificadas exigências de conteúdo para o direito escrito (na forma de direitos constitucionais), cuja não-observância acarretava sua nulidade (GRIMM, 2006, p. 9).

Assiste-se, ademais, à consagração dos chamados direitos de primeira dimensão, os quais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado (direitos de defesa), justificando a designação “negativos” (SARLET, 2009, p. 46-47).

Todavia, é sabido que a igualdade formal – pressuposto da liberdade – preconizada pelo Estado Liberal por meio da lei não assegurou a igualdade material, intensificando-se as críticas a esse

modelo, cuja legitimidade viu-se esvaziada⁵, provocando a luta e a busca por definições materiais do Estado de Direito, o que reflete diretamente na interpretação, bem como no próprio conteúdo e natureza/característica dos direitos fundamentais.

Assim, se até então os direitos fundamentais se prestavam a garantir a liberdade individual frente ao Estado, a essa função irá se acrescentar a de delimitar e controlar o Estado tanto quanto a de legitimar e estimular a realização de objetivos e tarefas materiais por esse mesmo Estado. Nas palavras de Böckenförde:

Este vacío de legitimidad provoca por otra parte que surjan nuevas definiciones materiales del Estado de Derecho que sin Duda reflejan las ideas de justicia que están detrás de cada una de las ideologías políticas. Y, cara al pluralismo ético-espiritual y político, dejó de ser posible el recurso a una tradición racional común, como ocurrió en el concepto temprano del Estado de Derecho orientado desde el individualismo. Hasta qué punto se diluye entonces el concepto tradicional del Estado de Derecho puede hacerse patente de modo especial en el cambio que se produce en la interpretación de los derechos fundamentales; si los derechos fundamentales se interpretaban como una garantía que delimitaba la libertad individual frente al Estado, ahora, junto a esa función de defensa o incluso quizá de forma más acentuada, aparecen como instituciones objetivas o bien como una definición de valores cuya función no es ya tanto delimitar y controlar al Estado como legitimar y estimular la realización de objetivos y tareas materiales por este (2000, p. 32).

⁵ Segundo Dallari, o Estado Liberal criou as condições para a sua própria superação: “Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao *ultra-individualismo*, que ignorou a natureza associativa do homem e de margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o *direito* de ser livre, não se assegurava a ninguém o direito de ser livre. Na verdade, sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens mediócras, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da Sociedade” (1988, p. 277).

É fato que as relações sociais foram se modificando, fazendo com que daquela realidade do modelo de Estado Liberal emergisse a necessidade de outra postura do Estado. Assim, já no final do século XIX, um novo fator foi injetado na filosofia liberal: era a justiça social, vista como a necessidade de apoiar os indivíduos quando sua autoconfiança e iniciativa não podiam mais dar-lhes proteção, ou quando o mercado não mostrava a flexibilidade e a sensibilidade essenciais ao atendimento de condições básicas a sua sobrevivência e desenvolvimento. Um novo espírito de ajuda, cooperação e serviços mútuos começa, então, a se desenvolver e se torna mais forte com o advento do século XX (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 60).

Esta nova conformação culminou no advento do Estado Social, do qual se exigia uma postura intervencionista, assegurando a realização dos direitos de cada cidadão, mediante, inclusive, prestações que se concebiam como deveres estatais. Daí que ao Estado Social atribui-se o surgimento dos chamados direitos de segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais), cuja nota distintiva é a sua dimensão positiva, já que reclamam do Estado um comportamento ativo na realização da justiça social. Isso se dá em decorrência dos impactos da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, deixando evidente que a consagração formal da liberdade e da igualdade não garantia o seu efetivo gozo (SARLET, 2009, p. 47).

Ganha tônica, neste contexto, um conceito material de Estado de Direito⁶, que se caracteriza pela compreensão de vinculação do poder do Estado a determinados valores e princípios superiores do Direito (a preocupação é de que se estabeleça uma situação jurídica justa em sentido material). A partir da sua conformação como *social*, o Estado de Direito acrescenta àquela

⁶ “La Constitución ya no se limita a fijar los límites del poder del Estado frente a la libertad civil, y a organizar la articulación y los límites de la formación política de la voluntad y del ejercicio del dominio, sino que se convierte en la positivación jurídica de los <<valores fundamentales>> del orden de la vida en común” (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 40).

juridicidade liberal um conteúdo social, de modo que se soma à concepção até então predominante de restrição à atividade estatal a ideia de prestações a serem implementadas pelo Estado (promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica), cujo método assecuratório de efetividade passa a ser a lei. Assim, de limitadora do poder estatal, a lei passa a ser, privilegiadamente, no modelo social, um instrumento de ação concreta do Estado, apesar da noção de normas programáticas, que acabou sendo desvirtuada e relativizando o dever de atuação do Estado.⁷

Já na passagem para o Estado Democrático de Direito, em um contexto de recrudescimento da noção dos direitos fundamentais, por sua vez, a Constituição – que assume função principiológica – vê-se ampliada e expandida para abarcar os conteúdos da realidade. Ao assumir o feitiço *democrático*, o Estado de Direito passa a se nortear pelo objetivo da igualdade, não lhe sendo suficiente, assim, a limitação do poder estatal (modelo liberal) ou a promoção da atuação estatal (modelo social), mas sustentando a pretensão à transformação do *status quo*. Nesse novo quadro, a lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, desatrelando-se das funções de sanção (modelo liberal) ou de promoção (modelo social). O fim a que pretende no Estado Democrático de Direito é a constante reestruturação das próprias relações sociais (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 94).

O Estado Democrático de Direito é marcado pela instrumentalidade e pela normatividade (força normativa) da Constituição, já que oferece aos cidadãos mecanismos jurídico-legais (constitucionais) para exigir o cumprimento dos direitos (agora também ampliados) previstos desde o modelo anterior.

⁷ Dão seqüência ao argumento Streck e Bolzan de Morais: “A lei assume uma segunda função, qual seja a de *instrumento de ação concreta do Estado*, aparecendo como mecanismo de facilitação de benefícios. Sua efetivação estará ligada privilegiadamente à promoção das condutas desejadas. O personagem principal é o grupo que ser corporifica diferentemente em cada movimento social.” Anotam, ainda, que apesar dessa transformação, tanto no Estado Liberal quanto no Estado Social, todavia, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 97).

A atuação do Estado (enquanto Democrático e de Direito) passa a ser marcada por um conteúdo de *transformação do status quo* (repisando que nos modelos anteriores o conteúdo era de adaptação social), aparecendo a *lei* como um *instrumento de transformação* por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade; os mecanismos utilizados intensificam seu papel promocional e o Estado passa a ser transformador das relações comunitárias. De fato, diferentemente dos anteriores, o Estado Democrático de Direito carrega em si um caráter transgressor, impondo um caráter reestruturador à sociedade e, inclusive, revelando uma contradição fundamental com a juridicidade liberal a partir da reconstrução de seus primados básicos de certeza e segurança jurídicas, para adaptá-los a uma ordenação jurídica voltada para a garantia/implementação do futuro, e não para a conservação do passado. É nesse sentido, pois, que se afirma que no Estado Democrático de Direito há um sensível deslocamento da esfera de tensão do Poder Legislativo (Estado Liberal) e do Poder Executivo (Estado Social) para o Judiciário (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 98).

É nesse contexto, finalmente, que se fala em direitos de terceira dimensão (direitos de solidariedade e fraternidade), resultantes de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências. A nota distintiva desses direitos reside, basicamente, na sua titularidade coletiva, exigindo esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para a sua efetivação (SARLET, 2009, p. 48).

Essa é, em linhas gerais, a história contada da evolução do Estado Constitucional, em suas variadas formas ao longo desse percurso. Imbricada com o desenvolvimento e as transformações da Constituição e dos direitos fundamentais, trata-se, sem dúvida, de uma (re)construção teórica muito rica e complexa e que, talvez por isso, se não intencionalmente, por vezes, acaba escamoteando

alguns detalhes que, embora “detalhes”, são importantes. Importantes, inclusive, a ponto de fazer diferença na narrativa da história ou, pelo menos, na perspectiva que dela se tem.

Essas, entre outras, são as especificações e críticas que se pretendem formular na sequência, ao analisarem-se as transformações que a (re)visão do próprio conceito de Estado e, corolário, de sua Teoria – inseparável da Teoria da Constituição –, mormente a partir da noção de soberania, acarretam ao exercício da democracia e ao papel do constitucionalismo.

3. (Re)visitando a teoria do Estado a partir da(s) crise(s): os problemas do Estado Social e os efeitos da globalização sobre o conceito de soberania

Não obstante as ricas construções jurídicas e da ciência política que se têm acerca da evolução estatal (de liberal à social e, finalmente, consagrando-se em Estado Democrático de Direito), o ponto nevrálgico para a análise que aqui se pretende desenvolver se dá no entorno do chamado Estado Social, o qual é relatado, normalmente, como uma conquista das classes operárias que acabaram esmagadas pela igualdade meramente formal do Estado Liberal-burguês (aliás, capitalismo e Estado – na concepção moderna – nascem juntos).⁸ Esse é um dos mitos desconstruídos por Antônio José Avelãs Nunes, em “As voltas que o mundo dá... Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social”.

Inicialmente, volta-se o autor às raízes do Estado de Direito Liberal, lembrando que, “de acordo com os cânones do liberalismo [...], a economia funciona por si, segundo as suas próprias leis, à

⁸ “A tese aqui desenvolvida entende a formação do Estado moderno e do constitucionalismo como vinculados à formação e desenvolvimento do sistema capitalista. Capitalismo e Estado estão indissociavelmente ligados, são parte da mesma evolução histórica. [...] A vontade do Estado moderno de se afirmar como entidade econômica e de ser superior aos demais Estados gerou a rivalidade econômica entre os Estados e a concepção do poder econômico como potencial militar. Não à toa, o capitalismo, ou seja, a razão econômica da nova sociedade internacional, está em estreita relação com a razão de Estado” (BERCOVICI, 2008, p. 44).

margem da política: a economia é a esfera de acção dos particulares, inteiramente separada da política, do estado.” O que justifica, pois, “a ideia de que *o direito (o estado) deve parar à porta das fábricas.*” Daí a simples posição de *guarda-noturno* a que foi remetido o Estado capitalista liberal do século XIX, restrito às funções de garantir a defesa da ordem social visando assegurar as liberdades individuais e de manter certas instituições e serviços necessários que sem a intervenção estatal não se realizariam (AVELÃS NUNES, 2011, p. 15).

A questão chave é, contudo: “a história ensina que a liberdade burguesa, utilizada no século XVIII como arma na luta contra os privilégios feudais (contra a *ditadura da feudalidade*), se transformou, no século XIX, numa arma da *ditadura da burguesia* contra as reivindicações operárias” (AVELÃS NUNES, 2011, p. 16).

Conforme já anotado, não se confirmou a velha crença liberal de que a economia e, por assim dizer, a própria sociedade, se confiadas à *mão invisível* e às *leis naturais do mercado* seguiriam pelo melhor curso possível. Falhado esse pressuposto que sustentava a separação da sociedade e da economia em relação ao Estado, como não deixa esquecer a história, passa-se a apostar (e confiar) justamente no Estado, atribuindo-lhe novas funções (AVELÃS NUNES, 2011, p. 29). Aliás, há defensores de que “[...] a ideia de uma economia desembaraçada e de todo controle social e político é absurda. A economia é um sistema de meios que devem ser postos a serviços de fins políticos” (TOURAINÉ, 1999, p. 21).

De qualquer modo, a perspectiva crítica que se pretende assinalar encontra guarida nas advertências de Avelãs Nunes. De modo muito enfático, o autor sustenta que o Estado Social foi a solução de compromisso encontrada pela burguesia para preservar o sistema capitalista, ameaçado pela revolta que se animava entre o proletariado. Os direitos sociais, antes vistos com reserva e contrariedade, são o anestésico mais satisfatório para a situação de crise (do Estado Liberal). Com efeito, abre-se mão de alguns dogmas liberais, mas preserva-se o capitalismo (AVELÃS NUNES, 2011, p. 30), e “o capitalismo é a economia de mercado quando esta recusa

todo controle exterior e, pelo contrário, procura agir sobre a sociedade inteira em função de seus próprios interesses. O capitalismo é a sociedade dominada por sua economia” (TOURAINÉ, 1999, p. 21).

Enfim, “ameaçada a estabilidade burguesa, a ruptura da sociedade capitalista só podia ser evitada (adiada) a partir do estado”. Sublinha o professor português: “como o estado liberal não podia continuar a assegurar esta missão, o *estado capitalista* teve de assumir outra veste: assim nasceu o *estado social*.” Contudo, este novo modelo estatal “não se propõe a construção de uma *nova ordem social*, mas a salvação e a consolidação de ordem burguesa, mudando alguma coisa para que tudo continue na mesma [...]” (AVELÃS NUNES, 2011, p. 32).

Além disso, “o Estado Social incorpora um novo caráter ao liberalismo, vinculando à liberdade liberal a igualdade própria da tradição socialista.” Desse modo, as transformações do Estado nessa passagem não beneficiaram apenas as classes trabalhadoras como o estabelecimento de determinados direitos, mas significou, em muitos setores, “[...] a possibilidade de investimentos em estruturas básicas alavancadoras do processo produtivo industrial [...] que viabilizaram, muitas vezes, o investimento capitalista” (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 37).

Apesar da adjetivação atual do Estado como Democrático (de Direito), não se pode afirmar uma “superação” do modelo social, tendo em vista que o denominado Estado Democrático de Direito surge como um aprofundamento do próprio *Welfare State*, na medida em que se verifica a permanência da tradicional questão social e, ao mesmo tempo, a incorporação de um caráter transformador (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 41).

O que se tem afirmado reiteradamente é a crise do modelo/projeto social. Conforme Bolzan de Moraes, o fim do Estado de Bem-Estar Social está no cerne do que designa como crise estrutural do Estado. Esse aspecto da crise é trabalhado sob três perspectivas: crise fiscal-financeira (a partir do que se sustenta a

necessidade de um rearranjo sustentável das estruturas sociais ante seus pressupostos econômicos); crise ideológica (o questionamento que se coloca diz respeito às formas de organização e gestão adotadas por esse modelo, que acaba burocratizado); crise filosófica (trata-se da incapacidade do Estado Social de consolidar o projeto antropológico que lhe compõe o sentido e da transformação do indivíduo liberal em *cliente* da administração) (2011, p. 42-49).⁹

Enfim, essas são algumas transformações do Estado que parecem colocá-lo em crise, porém, existem outros aspectos que o atacam diretamente em seu núcleo conceitual, a soberania. Pode-se afirmar que, “em sentido estrito, na sua significação moderna, o termo Soberania aparece, no final do Século XVI, junto com o Estado Absoluto, para caracterizar, de forma plena, o Poder estatal, sujeito único e exclusivo da política”, tornando-se esse atributo, especialmente no que tange à afirmação de independência ante qualquer poder externo, traço característico e essencial do Estado moderno (CRUZ, 2002, p. 8).

O Estado nacional soberano que nasceu na Europa e se espalhou pelo mundo é comumente definido por meio de três elementos ou condições de existência: povo, território e poder político. Como característica muito própria, a soberania aparece como um “poder supremo e aparentemente ilimitado, dando ao Estado não só capacidade para vencer as resistências internas à sua acção como para afirmar a sua independência em relação aos outros Estados” (MIRANDA, 2007, p. 33).

Conforme Arguelhes, a história do conceito de soberania está intimamente ligada à formação do Estado moderno, tornando-se incontestável na Europa ao final da Guerra dos Trinta Anos pelo Tratado de Westfália (1648). De um lado, as diversas comunidades políticas tinham se organizado em *Estados*, os quais exerciam,

⁹ Algumas dessas constatações são reforçadas, de certa forma, por Sorensen, que embora não se ocupe diretamente desse aspecto aponta que a dificuldade ou mesmo a impossibilidade de os Estados adimplirem com seus deveres debilita o seu vínculo com os próprios cidadãos (SORENSEN, 2010, p. 106).

internamente, um poder absoluto; de outro, externamente, não reconheciam poder maior que o seu próprio (2009. p. 763).

Ocorre que o processo que se convencionou chamar de globalização, na medida em que, dentre outros aspectos, traz à tona uma série de outros atores na arena internacional (a começar por grandes empresas, mas também outros organismos), “destitui” o Estado como fonte única de poder, atingindo-o, portanto, exatamente naquele que, nas origens, foi seu traço definidor.

Para Bolzan de Moraes, por exemplo, o fato de o Estado não ser mais o centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, revela um aspecto da crise que se pode chamar de conceitual (diversas outras “faces” dessa crise são abordadas), justamente porque isso o afeta no plano da soberania, que constitui o núcleo conceitual do Estado desde (e, sobretudo, nas) suas feições modernas. Caracterizando esse atributo e sua identificação com o Estado moderno:

Assim, a soberania caracteriza-se, historicamente, como um poder que é juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e da aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas. Ela é, assim, tradicionalmente tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível. Neste viés, pode-se dizer que a soberania moderna é aquela típica do Estado-Nação. Aquela caracterizada por uma estrutura de poder centralizado e que exerce o monopólio da força e da política – legislativa, executiva e jurisdicional – sobre um determinado território – como um espaço geográfico delimitado por suas fronteiras – e a população – como um conjunto de indivíduos que é reconhecido como cidadão/nacional – que o habita. Assim, a soberania constituiu, é constitutiva e constituída pela ideia de Estado-Nação ou Estado Nacional, própria da modernidade, de regra nomeado Estado Moderno (2011, p. 27).

Em uma construção analítica rigorosa na tentativa de apresentar diversos pontos de vista sobre essas transformações,

Sorensen argumenta que os estudiosos dos principais âmbitos da ciência social tem se concentrado sempre nos Estados soberanos e, a partir disso, desenvolve sua obra entre duas perspectivas que se referem ao tema: o ponto de vista “del repliegue” – segundo o qual o Estado tem perdido influência e autonomia – e o ponto de vista “del estado-céntrico” – segundo o qual, ao contrário, o Estado vem se fortalecendo. Desse modo, os mais variados argumentos são analisados, durante toda a obra, sobre três perspectivas teóricas distintas: realista, liberal e crítica. Os realistas tendem a sustentar que os Estados seguem fortes; os liberais, que o Estado está cada vez mais enfraquecido; e, os críticos, tendem a apontar um processo complexo de transformação do Estado. Esse autor vai sustentar, inclusive (e até na contramão de algumas teorias), que todo esse espectro de crise não infirma a soberania do Estado, na verdade a confirma e reforça, em determinados pontos (2010, p. 21-27).

Para alguns autores, “este processo de fenecimento da Soberania está, muito provavelmente, vinculado com o fenecimento do próprio Estado,” chegando ao extremo de “especular, já sem muita preocupação com erro essencial, que o Estado – pelo menos o Estado Constitucional surgido das revoluções burguesas do Século XVIII – esteja exaurido. Acabou” (CRUZ, 2002, p. 12 e 21). Para outros, o argumento acerca do suposto enfraquecimento da soberania do Estado não passa de uma tentativa globalizadora e neoliberal – partida de novos modelos associativos de mútua interdependência estatal – de fortalecer a soberania do mercado, a qual encontra na soberania nacional uma barreira ao projeto recolonizador das gigantescas associações de capital.¹⁰

Segundo Arguelhes, “internamente, o Estado parece ser incapaz de assegurar a unidade das sociedades cada vez mais plurais e fragmentadas, tornando-se apenas mais um ator importante

¹⁰ “De titularidade internacionalizada e invisível, esta nova e dissimulada soberania dos mercados executa o projeto recolonizador das gigantescas associações de capital, que ignoram por completo os direitos dos povos e das Nações periféricas a romper as cadeias do subdesenvolvimento e espancar as trevas da noite em que a globalização os mergulhou” (BONAVIDES, 2003, p. 21).

dentre outros [...] que participam dos processos decisórios na comunidade.” De outra banda, “externamente, embora não exista uma autoridade última no âmbito internacional, processos como os de integração e formação de blocos regionais dificultam a aplicação do conceito tradicional de soberania.” Conclui o autor, a partir disso, que continua inegável a importância do Estado, ainda que sobre a questão da soberania possam pairar dúvidas (será ainda a soberania no sentido do Tratado Westfália?) (2009, p. 766-767).

De todo modo, o Estado não pode ser considerado como uma forma de organização ultrapassada; apesar de toda(s) a(s) sua(s) alegada(s) crise(s), trata-se de uma figura que “ainda persiste na atualidade como o princípio fundamental de integração das sociedades e o local de formação das identidades coletivas”, ou seja, como o elemento essencial em torno do qual se organiza a vida internacional. “Entretanto, essa persistência é acompanhada de um conjunto de mudanças que, longe de serem superficiais, são de ordem estrutural e contribuem para redesenhar a figura do Estado” (CHEVALLIER, 2009, p. 23).

Antes de identificar essas mudanças como necessariamente materialização de uma crise, impõe-se a advertência de que desde sempre os Estados têm experimentado mudanças, de modo que a transformação é a regra e não a exceção (SORENSEN, 2010, p. 33).

Além disso, como bem anota Sorensen, o debate sobre o suposto fim da soberania e, de certo modo, assim, da própria estrutura estatal (pelo menos no molde tradicional), não raro se desenvolve a partir de um erro categorial, uma confusão da realidade material do Estado com a instituição jurídica da soberania. A soberania, conforme ensina o professor dinamarquês, tem por núcleo jurídico a independência constitucional, que assegura aos Estados o pertencimento à ordem internacional em igualdade de condições. Portanto, formal e juridicamente todos os Estados são iguais, no sentido de que têm os mesmos direitos e obrigações na órbita internacional. Substantivamente, contudo, são enormes as desigualdades. Disso que se trata a realidade material do Estado,

relacionada à capacidade real para a ação e controle próprio, bem como do controle de uma série de fluxos e condições transfronteiriços, fatores que, embora influenciem no jogo de soberania, com este conceito não se confundem (2010, p. 140-141).

Outro autor que analisa essas variações é Chevallier, que interroga sobre a dimensão das transformações que todos os Estados conheceram, ainda que em diferentes graus e momentos (o autor chega a mencionar a co-existência de “Estados pré-modernos” – embora se considere o Estado um produto da modernidade, a formulação se esclarece pelo contexto da obra – modernos e pós-modernos) e, além disso, afirma que a concepção tradicional de Estado deve ser reavaliada (2009, p. 20).

A hipótese parte da constatação da historicidade de um modelo estatal que foi construído na Europa Ocidental e que sofreu transformações profundas junto à sociedade (que também foi se modificando). A partir daí é traçado um detalhado panorama do que se vai chamar de “Estado pós-moderno”, contrastando esses novos contornos aos do Estado moderno, de modo a demonstrar como e a partir de quais mecanismos essa “evolução” foi ocorrendo. Por isso será dito que esse Estado pós-moderno apresenta-se tanto como uma “hipermodernidade”, na medida em que ela leva ao extremo certas dimensões presentes no cerne da modernidade (tais como o individualismo) e, simultânea e paradoxalmente, como uma “antimodernidade”, na medida em que se desvincula de certos esquemas da modernidade (como a própria ideia de soberania) (CHEVALLIER, 2009, p. 20).

Na verdade, a expansão de poderosos aparelhos de Estado na modernidade é subproduto lógico de uma construção simbólica herdada desse período, revestindo o Estado de atributos da Razão e o erigindo à condição de garante do bem-estar coletivo. Entretanto, essa concepção e, corolário, o movimento de expansão estatal, entra em crise ao final do século XX, especialmente devido à “influência de duas dinâmicas, uma interna, outra externa, que se conjugaram: (1) a reavaliação do lugar do Estado, da relação Estado/sociedade; e

(2) a internacionalização (globalização) que contribui para minar certas posições conquistadas pelo Estado” (CHEVALLIER, 2009, p. 29), conforme, inclusive, referido anteriormente.

Discute-se, com efeito, uma *soberania pós-moderna*, que considere a complexidade das (des)estruturas institucionais que se superpõem hoje, a qual o modelo de Estado construído na modernidade já não consegue dar conta. Impõe-se repensar o caráter soberano do Estado contemporâneo, que não mais se constitui em uma ordem “toda-poderosa”, absoluta; pelo contrário, tudo aponta para o seu esmaecimento ou, pelo menos, para a sua transformação, mormente quando se trata de apontá-lo como elemento caracterizador do poderio estatal (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 33).

Diante de tudo isso, evidencia-se a necessidade de uma nova (ou, pelo menos, reformulada) Teoria do Estado, que o situe nesse quadro fragmentado de poder. Na linha do que defendem muitos autores, uma tal teoria não pode vir desacompanhada de uma Teoria da Constituição.¹¹ Aliás, a Constituição é indissociável do Estado (“a Constituição é estatal, pois só é possível com o Estado. O Estado é pressuposto pela Constituição [...]”) (BERCOVICI, 2004) e, conforme se pretende demonstrar na sequência, reúne sob o mesmo manto Direito e Política, de modo que as transformações do Estado repercutem inevitavelmente nessas relações.

¹¹ Por todos, BERCOVICI, 2004. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61>>.

4. Ainda sobre as transformações do Estado e da Constituição: implicações para o Direito e a Política

Como Chevallier destaca, as transformações do Estado refletem um quadro mais profundo de transformações da própria sociedade e, assim, também o Direito e a Política haverão de se modificar. “Se é verdade que o poderio soberano do Estado se exprime pelo canal jurídico, a reconfiguração dos aparelhos do Estado é inevitavelmente acompanhada de uma transformação em profundidade do direito.” Logo, “à emergência de um *Estado pós-moderno* corresponde inevitavelmente o surgimento de um *direito pós-moderno*” (2009).

Essa narrativa, desde o início, na verdade, permite a visualização clara de que um novo papel se delineou para a Constituição e o Estado e, assim, para o próprio Direito, especialmente a partir do século passado. Nesse momento, impõe-se lembrar e reforçar a secular relação de alternância de dominação ora do Direito sobre a Política, ora desta sobre aquele, cuja necessidade de equilíbrio (para que o poder fosse ao mesmo tempo racional e exercido de forma limitada) encontrou resposta na Constituição, que é direito positivo (determinado pelo homem e não um dado da natureza), mas também contempla exigências de conteúdo (direitos constitucionais vinculantes) a serem observados (e impõe limites à política) (GRIMM, 2006, p. 3-10, *passim*).

A partir disso pode-se afirmar que a Constituição é, na expressão de Streck, *o elo conteudístico* que une “Política e Direito” na conformação do Estado (2002, p. 105). Na teoria luhmanniana (embora não se tenha nenhuma intenção de aprofundamento dessa matriz teórica, cuja menção deve-se apenas à adequação do exemplo ao dado que se sustenta), a Constituição é exatamente um mecanismo de acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político, embora não seja estrutura de nenhum desses sistemas, e sim faz parte do entorno. Cada sistema observa esse acoplamento a partir de seu código próprio; logo, para o sistema

jurídico, a Constituição é a lei suprema, ao passo que para o sistema político a Constituição constitui um instrumento político, de modo que ambos os sentidos desenvolvem-se separadamente. Além disso, por meio da Constituição se constata um aumento na irritabilidade recíproca entre o sistema jurídico e o político em decorrência da limitação das zonas de contato entre ambos, verificando-se, por outro lado, um aumento nas possibilidades de o sistema jurídico registrar decisões políticas na forma jurídica e de o sistema político servir-se do direito como instrumento de realização dos seus objetivos (SAAVEDRA, 2006, p. 58).

De todo modo, instaura-se uma infinidade de debates acerca da (in)separabilidade desses dois sistemas e das interferências recíprocas que podem ou não ser admitidas. Sem pretensões de proceder ao exame do êxito dessas variadas teses e tentativas, cumpre lembrar que talvez a expressão mais radical dessa tentativa de separação entre o Direito e a Política se deva ao positivismo jurídico, que tem como objetivo central a obtenção de um conceito autônomo de Direito. Nesse sentido, a constatação e a crítica de Barzotto destacam como ideal motivador do positivismo (que tematiza o direito surgido no Estado Liberal) a segurança, que depende da objetividade e previsibilidade na identificação do Direito, este, por sua vez, autônomo em relação à moral (valores) e à política (poder). Ainda assim, “que o positivismo advogue a separação do direito em relação à moral é um truísmo. O que deve causar estranheza ao leitor é o fato de se sustentar que o positivismo defende igualmente a separação do direito da política” (BARZOTTO, 2004, p. 21).

A problemática da (des)vinculação da política e da moral às decisões judiciais é abordada, de certa forma, também por Dworkin, ao apresentar o método que chama de “leitura moral”, enquanto uma forma particular de ler e executar uma Constituição política. Esse método propõe que todos interpretem e apliquem os dispositivos constitucionais abstratos considerando que eles referem princípios morais de decência e justiça e, dessa forma,

insere-se a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. A partir disso, a grande questão torna-se a de decidir quem terá a autoridade suprema para compreender e interpretar esses princípios. Para Dworkin, parece não restar dúvida de que, no sistema estadunidense atual, essa autoridade cabe aos juízes. Em apertada síntese, pode-se dizer que Dworkin objetiva demonstrar que a própria Constituição, através de suas cláusulas, impõe questões morais, as quais podem ser mais adequadamente resolvidas se retiradas da Política e transferidas para a Corte Judicial, cujas decisões são fundadas em princípios e não pelo critério da maioria política de ocasião (2006. p. 1-59, passim [introdução]).

Retomando o contexto do positivismo jurídico, passou-se a considerar “Direito” o que está contido na lei, a qual, na situação atual, é feita segundo o jogo das forças políticas, especialmente considerando-se seu âmbito de origem: o Poder Legislativo. Daí que o termo política incorporou uma conotação muito próxima das ações de natureza político-partidária e a lei, por sua vez, passou a ser a expressão da vontade do grupo que predomina em determinado momento da vida de um povo – a maioria (ainda que seja muitas vezes um instrumento de interesses individuais ou grupais contrários aos do próprio o povo) (DALLARI, 1996, p. 57).

Ressalva que tende a amenizar o receio da ideia de aceitação de uma proximidade entre Direito e Política passa pela consideração de dois níveis: a) o nível da criação do direito, em que não se considera possível esse afastamento (pelo menos não sob as condições do direito positivado); e b) o nível da aplicação do Direito, cuja separação da política é institucional (no sentido de proteger a jurisdição de influências políticas externas, como por parte de órgãos públicos e partidos políticos), mas perfeitamente possível (GRIMM, 2006, p. 11-15, passim).

Essa despolitização interna no momento de aplicação do Direito, contudo, está longe de significar que o procedimento da aplicação judicial do direito seja internamente apolítico, ou seja, não permita decisões constitutivas ou não possa desenvolver nenhum

tipo de efeito político que, inclusive, ultrapasse o efeito político das normas gerais. Tal separação só seria possível se a legislação deliberada pelo legislador pudesse determinar por completo a decisão de todos os fatos isolados, isso é, se todos os casos possíveis de ocorrer estivessem previamente regulamentados em lei. Uma ordem jurídica nesses termos deveria ser livre de lacunas e contradições, além de ser inequívoca na linguagem e independente de mudança social, o que, evidentemente, não é possível. A realidade trata do oposto, isso é, a aplicação das normas jurídicas suscita dúvidas que precisam ser esclarecidas pelo intérprete, tornando inevitáveis as influências da pré-compreensão, da origem e socialização, das preferências políticas (ainda que elas não possam ser determinantes, mas se reconhece a sua influência) e ideológicas dos juízes (GRIMM, 2006, p. 15).

Nesse sentido, assinala-se a problemática implícita trazida pelo paradigma do Estado Democrático de Direito consistente na tensão entre jurisdição e legislação; ocorre que as normas jurídicas e, em especial, as normas constitucionais, em muitos casos não podem ser interpretadas sem o recurso a valorações políticas, porém, tais valorações são, em regra, subjetivas/pessoais (daí a mencionada relação tensionante entre o Direito e a Política) (STRECK, 2002, p. 102).

De outro lado, a separação entre Direito e Política pressupõe uma vinculação legal que se revela problemática no atual estágio de complexidade das relações sociais. Há uma exigência implícita de que a Política forneça realmente programas decisórios à aplicação do Direito, por meio dos quais possam ser resolvidos, no âmbito do Judiciário, os conflitos instaurados. O que se verifica na prática, contudo, é uma extrema dificuldade de se manter essa regulamentação atualizada. Isso se deve, basicamente, a dois fatores: a) o fracasso parcial do autodirecionamento da sociedade por meio do mercado, que precisou ser substituído pela regulamentação estatal (em níveis extremamente altos); e b) a acelerada mudança social, que aumenta a velocidade com a qual o Direito existente

envelhece e reclama substituição (ou atualização). Tais elementos tornam complexa essa atividade estatal, que já não consegue se antecipar por completo e, conseqüentemente, não pode oferecer uma regulamentação de forma normativa (GRIMM, 2006, p. 17-18).

Daí a afirmação, especialmente com relação às alegadas criações do Direito via jurisprudência, de que o limite entre a Política e o Direito não pode ser definido formalmente no Estado contemporâneo, além da justiça moderna não poder ser “apolítica” nesse sentido, devendo-se reconhecer, hoje mais do que nunca, que o Poder Judiciário também é “governo”. Com efeito, sua definição não pode ser encontrada na suposição de que não estabelece regras *erga omnes* ou de que não é “co-legislador”, impondo-se justamente o reconhecimento imediato de que não lhe resta às vezes outro recurso do que sê-lo (ZAFFARONI, 1995, p. 24-25).

Segundo Chevallier, um dos principais aspectos das transformações em curso diz respeito à configuração da sociedade contemporânea como uma verdadeira “sociedade do Direito”, cujo lugar é cada vez mais importante na vida social. “A passagem pela regra jurídica aparece como indispensável para colocar certos princípios fora de risco, estabilizar uma situação, satisfazer algumas reivindicações; o direito tende a tornar-se uma ‘panaceia’ e, assim, é chamado a substituir outros modos de regulação para resolver os diversos problemas da sociedade. “O ‘abuso de direito’ seria a marca de uma ‘sociedade de desconfiança’, na qual cada um tem necessidade de se sentir protegido por uma trama cerrada de regras redutoras da incerteza.” Esse socorro ao Direito pelas relações humanas que antes se submetiam a modo de regulação extrajurídicos e/ou fundados na confiança acarreta uma “juridicização crescente do tecido social” (2009, p. 134).

Nesse sentido, ganha projeção aquilo que se habituou chamar de *judicialização da política*, associada à centralidade e ascensão assumida pela função jurisdicional, particularmente ante o crescimento do seu papel como *jurisdição constitucional*. É o ponto

de partida para a caracterização do que Bolzan de Moraes designa de *crise funcional* do Estado (2011, p. 56-57).¹²

Fazendo uma conexão com outros aspectos de crise vistos anteriormente, a sacralização da jurisdição constitucional assenta-se como “consequência inescapável a um Estado que se apresenta como de bem-estar, mas que se executa como de mal-estar [...]” seja por seus desvios, suas crises e fragilidades, suas desestruturas e incapacidades, ou mesmo pelos limites que decorrem de sua própria base paradoxal, tentando colar uma democracia social a uma economia de exclusão (capitalismo) (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 60).

No contexto brasileiro, especificamente, alterações na forma de atuação do Judiciário, especialmente da jurisdição constitucional, como reflexo dos aspectos vistos começaram a ser percebidas claramente a partir do advento da Constituição Federal de 1988, que coroou o Estado Democrático de Direito no Brasil.

Além disso, os compromissos assumidos por essa Constituição brasileira, destacadamente aqueles previstos em seus três primeiros artigos, faz com que seja classificada, segundo a sua estruturação, como constituição dirigente, por não se reduzir a um mero ordenamento político, mas também contemplar aspectos que a permitam ser vista como ordenamento econômico e social (MOREIRA, 2008).

A propósito, duas são as alternativas que o constitucionalismo contemporâneo (pós-guerra) estabelece à jurisdição constitucional: a garantia dos direitos fixados no

¹² Sobre referida crise funcional: “entendida esta na esteira da multiplicidade dos *loci* de poder, gerando a referida perda de centralidade e exclusividade do Estado, pode ser sentida pelos órgãos incumbidos do desempenho de funções estatais, aos quais são atribuídas tarefas que lhe são inerentes no modelo clássico da tripartição de funções, bem como outras que se conjugam com as demais atribuições públicas estatais, seja pela concorrência que recebem de outras *agências* produtoras de decisões de natureza legislativa, executiva e/ou jurisdicional, seja, a muito mais, pela incapacidade sentida em fazer valer aquelas decisões que produzem com a perspectiva de vê-las suportadas no caráter coercitivo que seria próprio às decisões de Estado, decorrência direta de sua *crise conceitual*” (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 56-57).

ordenamento-macro, sem qualquer capacidade de estabelecer posições jurídicas singulares; ou a vinculação à eticidade substantiva da comunidade, que os autoriza a agir de forma a aproximar a norma da realidade. Sem dúvida, é na segunda hipótese que se encontra a concepção de jurisdição compatível com os objetivos do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2002, p. 34-35).

Assim, uma dimensão política do papel da jurisdição constitucional, que já não pode mais ser negada, desperta a partir da Constituição de 1988, embora não tenha se estabelecido sem resistência ou oposição. Já na década de 1990 constata-se importantes investidas contra esse novo aspecto da justiça constitucional, como, por exemplo, através da chamada reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional 45, pela qual se cogitou, por exemplo, o estabelecimento de um órgão externo de controle do Poder Judiciário (em sede de reformas discutia-se também a privatização de estatais, o fim dos monopólios e a reforma política).

Tal papel político, assim, viu-se realçado, de um lado, pelo processo de modernização econômica, marcado pelo intervencionismo do governo no ordenamento jurídico, em especial por intermédio das medidas provisórias e, por outro, pela vigência de uma nova Constituição – a Constituição de 1988, que ampliou consideravelmente o elenco dos direitos fundamentais e que, repleta de novos direitos e garantias individuais e coletivas, acabou por conferir a importante e difícil missão ao Judiciário de zelar por esses interesses (SADEK, 2001, p. 8).

Daí se afirmar que “o Tribunal começa a migrar, silenciosamente, de uma posição de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano [...] para um de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana” (VIANNA, 1999, p. 53). Diante, então, de um novo contexto para o Estado e para o exercício de sua soberania, cujas transformações restaram evidentes, uma nova realidade contextual apresenta-se às relações entre o Direito e a Política, conduzidas pela Constituição, igualmente inovando as perspectivas, possibilidades e

dificuldades de desenvolvimento e desempenho democrático das instituições que corporificam o Estado de Direito contemporâneo.

5. Considerações finais

As grandes transformações proporcionadas pela chamada globalização têm afetado a configuração tradicional que se tinha em relação ao Estado, especialmente no que tange ao conceito de soberania. Note-se – no que há de se reconhecer razão em Sorensen –, não se trata necessariamente de um enfraquecimento ou fortalecimento do Estado e sua soberania, mas de uma transformação. Aliás, conforme visto, desde sempre o Estado tem evoluído para “formas” (ou melhor, conteúdos) diferentes, o que faz questionar a sua própria colocação em crise.

De qualquer forma, diante de novos atores que surgem na arena internacional e diante da inter-relação mais intensa entre os próprios Estados, diversos polos de Poder surgem, o que, por si só, já rompe com a centralização de poder típica do Estado Moderno. O Poder exercido em concorrência é uma marca do que se pode chamar, inicialmente, de pós-modernidade. Sendo assim, percebe-se que a Teoria do Estado carece de uma releitura, que se ocupe da abordagem e justificação desse novo dado. Paralelamente, essa releitura exige que se repense, também, a própria Teoria da Constituição, o próprio Constitucionalismo, que historicamente se preocupou em conformar e organizar o exercício do Poder.

O que se pode apontar, a título conclusivo e, também, propositivo de futuras pesquisas, é a necessidade de repensar a teoria da Constituição a partir da reconfiguração do próprio Estado. Trata-se da necessidade de uma nova justificação para as relações entre Direito e Política, Constituição e Poder, as quais (como não poderia deixar de ser) acompanharam (construindo e sendo construídas) o Estado ao longo dos séculos até a sua conformação Contemporânea, padecendo das mesmas crises e sofrendo as mesmas críticas. Com efeito, as revisões demandadas, para aparar

de modo satisfatório as arestas da pós-modernidade, não poderão cindir essas imbricações.

6. Referências

ARGUELHES, Diego Werneck. Soberania. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: UNISINOS; Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.

AVELÃS NUNES, António José. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo; uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. Constituição e Política: uma relação difícil. **Revista Lua Nova**. n. 61 – 2004. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61>>. Acesso em: 09 Junho 2012.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madrid: Trotta, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. As crises do Estado. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. v. 25, n° 56, 2002, p. 25-40. Porto Alegre, Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CRUZ, Paulo Marcio. Soberania, Estado, globalização e crise. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Ano VII. n. 15. p. 7-24, dezembro/2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MOREIRA, Nelson Camatta. Dignidade humana na Constituição Dirigente de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 12, dez./jan./fev. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere/edicao/12/>>. Acesso em: 30 Out. 2011.
- SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SADEK, Maria Tereza (Org.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SORENSEN, Georg. **La transformación del Estado – Más allá del mito del repliegue**. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TOURAINÉ, Alain. **Como sair do liberalismo?** Bauru, SP: EDUSC, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck [et. al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário**: crises, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO BRASILEIRO: A ATUAÇÃO REPARADORA DO PODER JUDICIÁRIO

Eloy Pereira Lemos Junior¹

Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy²

1. Introdução

A Constituição Federal faz previsão expressa dos direitos sociais em seu art. 6º. Elenca ainda, o texto constitucional no art. 3º o atendimento de objetivos fundamentais que têm como finalidade alcançar uma sociedade mais igualitária.

O Estado Democrático de Direito trouxe um novo entendimento no que se refere ao entrosamento entre os poderes estatais, possibilitando ao Poder Judiciário uma atuação maior no que se refere à concretização de políticas públicas. Neste sentido é necessário refletir se a concretização dos direitos prestacionais devidos pelo Estado devem ficar a cargo apenas dos Poderes Executivos e Legislativos, e se atuação do Poder Judiciário invade a esfera de independência dos demais poderes, bem como se a participação da sociedade contribui para a efetivação das políticas públicas.

O Brasil, classificado como país de democratização tardia, enfrenta o grave problema de efetivação das políticas públicas. De acordo com o relatório de perspectivas econômicas do Banco Mundial, o Brasil deverá sofrer uma contração de 4% em 2016 e sua recessão deverá continuar em 2017 em meio ao arrocho das políticas, aumento do desemprego, redução da renda real e incerteza política. Isto afeta a realização de políticas públicas voltadas à

¹ Professor Universitário do Mestrado e da Graduação em Direito da Universidade de Itaúna-MG (UIT), FACED (Divinópolis-MG), FADIPA (Ipatinga -MG) e FUPAC - Nova Lima; ex-bolsista CAPES e atual da FUNDEP/UFMG; Coordenador do Projeto Cidade Alteridade em Itaúna; Doutor em Direito Empresarial pela UFMG, Mestre e Especialista em Direito; advogado.

² Mestre em Direitos fundamentais; professora universitária; advogada.

redução do número de pessoas que vivem abaixo da meta estabelecida para a classificação do que é extrema pobreza.³

A realização das políticas públicas obedece uma regra constitucional clara que consiste na elaboração do orçamento, conforme previsto na Constituição Federal em seu artigo 165 e seguintes da Constituição Federal.

A ligação das políticas públicas com os direitos fundamentais é inegável. As políticas públicas estão voltadas à garantia dos denominados direitos de segunda dimensão em que para sua real efetivação são necessárias ações, por parte do Estado, para que a população possa usufruí-los.

Assim, o orçamento caracteriza-se como a peça chave para veicular políticas públicas que devem ser desenvolvidas durante o mandato do administrador. A competência para elaboração do orçamento compete ao Poder Executivo. O Poder Legislativo participa na aprovação do orçamento. O papel do Poder Judiciário, tradicionalmente, ficaria adstrito à análise da legalidade do ato. O objetivo deste trabalho é justamente analisar se é possível um papel ativo, reparador, do Judiciário em face da ausência ou da não realização de políticas públicas já anteriormente previstas no orçamento.

Como forma de alcançar o proposto será utilizada a pesquisa bibliográfica por meio da análise de artigos, doutrinas, legislação e decisões judiciais sobre o tema. O método adotado foi o dedutivo em que se partiu de premissas genéricas até se chegar a conclusões particulares.

2. Caracterização das políticas públicas como direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser classificados como direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta dimensões.

³ Conforme informação retirada em 03/09/2016 no site <http://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2016/06/07/world-bank-cuts-2016-global-growth-forecast>.

Consistem eles, direitos fundamentais, na gama de direitos que não podem ser separados da essência do ser humano.

Didaticamente, a doutrina apresenta uma divisão quanto ao momento histórico em que se manifestaram, remetendo ao valor que representa neste mesmo momento.

Os direitos de primeira geração consistem nos direitos de liberdade, direitos de cunho negativo, que privilegia a liberdade do indivíduo perante o Estado. A relevância desta fase consiste no reconhecimento do ser humano enquanto tal perante o Estado. A liberdade concebida como direito trouxe inúmeras consequências no seio social. Ao lado da autonomia do indivíduo, paralelamente, foi-se acentuando a desigualdade. A ideia de um Estado mínimo, não interventor, que deixa ao arbítrio do mercado regulamentar as relações entre as pessoas não produziu igualdade, mas desigualdade.

No Brasil, a manifestação dos direitos de primeira dimensão, de cunho altamente liberalista, não pode ser considerada vivenciada de fato, pois a cultura política nacional se caracteriza pela confusão entre o público e o privado. Daniel Sarmento (2010, p.15) utilizando-se dos estudos de José Murilo de Carvalho, esclarece que no Brasil, os direitos sociais teriam aparecido antes dos direitos de cunho negativo, pois estes não detinham eficácia real nem no período imperial nem na República Velha.

A manifestação dos direitos de segunda dimensão, marcados pela igualdade entendida sob seu viés material, decorre da absurda desigualdade produzida pelo Estado liberal, marcado apenas pelos direitos de liberdade. Neste momento existe a busca para diminuir a distância entre os que tem e os que não tem. O Estado passa a atuar ativamente no cenário econômico, sendo denominado de *welfare state*. As Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919 podem ser indicadas como marco na mudança do paradigma Estado Liberal para o Estado Social.

Os direitos de terceira dimensão manifestam-se para reconhecer a identidade das massas. A explosão demográfica aliada aos avanços tecnológicos faz surgir grupos antes desconhecidos na

sociedade. Tais direitos visam revitalizar a liberdade e a igualdade de forma a concretizar a detenção dos direitos fundamentais pela coletividade. O princípio da solidariedade é que embasa a busca por este objetivo. Neste sentido, pode-se afirmar que a solidariedade revitaliza a liberdade e a igualdade. (SARMENTO, 2010, p. 35).

2.1 Políticas públicas relacionadas aos direitos de segunda dimensão

Os direitos de segunda dimensão, denominados direitos sociais, associados à ideia de justiça social, estão intimamente ligados ao princípio da igualdade, do qual não podem se separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-lo da razão de ser que os ampara e estimula. (BONAVIDES, 2010, p.564).

Estes direitos buscam demonstrar a injustiça social e visam assegurar os direitos àqueles que não os tem, visando diminuir a distância entre os detentores de direitos e aqueles em situação de exclusão. Ao Estado, então, cabe o cumprimento de prestações positivas por meio do cumprimento de políticas públicas que busque a efetivação da igualdade, considerada sob seu viés material.

Neste momento, existe uma tentativa de composição entre os direitos individuais e os direitos sociais. O Estado Social inicia a busca pela redução absurda de desigualdade entre a população. Luigi Ferrajoli (2011, p. 75) apresenta pesquisa em dados sobre a desigualdade na repartição das riquezas que são apontados nos seguinte números:

A diferença de renda entre a quinta parte da população dos países mais pobres e a quinta parte daquela dos países mais ricos do planeta, que era de 1 a 3 em 1820, de 1 a 11 em 1913, de 1 a 30 em 1960, de 1 a 60 e, 1990 tornou-se de 1 a 74 em 1997 (p. 55 e 19). De outro lado, menos de 300 bilionários (em dólares) possuem mais riquezas que a metade da população mundial, ou seja, de 3 bilhões de pessoas; o patrimônio das três pessoas mais ricas do mundo supera a soma do produto nacional bruto de todos os países menos

desenvolvidos e de se seus 600 milhões de habitantes (Idem, p.55 e 19); além disso um bilhão de pessoas não tem acesso à água e à alimentação básica, o que provoca 15 milhões de mortes por ano, e mais de 17 milhões de pessoas morrem todo o ano pela falta dos medicamentos que os curariam. Segundo Rapporto 2007-2008, cit., p. 49-50, cerca de um bilhão de pessoas vivem com menos de um dólar ao dia e 2,6 bilhões, correspondentes ao 40% da população mundial, vivem com menos de dois dólares ao dia, isto é com uma renda conjunta igual a 5% da renda global; enquanto três quartos da renda mundial é recebida por 20% das pessoas mais ricas. (Human Development Report 1999, trad. It., Rapporto 1999 sullo sviluppo umano, 10. La globalizzazione, Torino: Rosenberg e Sillier, 1999).

A busca pela igualdade, em face da realidade fática, torna-se um dos objetivos mais caros do Estado.

Neste modelo estatal a grande produção legislativa aumenta e é caracterizada pela efemeridade, ao contrário do que ocorria no Estado Liberal em que as leis se pautavam por seu caráter duradouro.

Os direitos sociais, espécie do gênero direitos fundamentais, são direitos subjetivos contra o Estado a prestações fáticas e normativas. E tais direitos impõem ao Poder Legislativo e ao Executivo que atuem para a efetivação de direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência, à greve, à moradia, à segurança, dentre outros.

As políticas públicas, neste contexto, são instrumentos voltados à concretização dos direitos sociais e não se confundem com o direito em si, ou seja, as políticas públicas caracterizam-se por ser um programa de governo para se alcançar a efetivação dos direitos sociais.

Os direitos sociais passam a ser positivados com o objetivo de superar a desigualdade fática, buscando garantir por meio da atuação estatal os ideais conquistados pelo reconhecimento dos direitos humanos. Não se está a afirmar a superação dos direitos denominados de primeira dimensão. Ao contrário, nos direitos de

defesa há a abstenção do Estado com o objetivo de proteger a liberdade do indivíduo que passa a conviver com os direitos prestacionais em que o Estado detém uma postura positiva na esfera econômica e social.⁴

A garantia dos direitos fundamentais, nesta visão, depende da destinação de recursos para sua efetivação. Sarlet (2010, p. 288-289) citando Canotilho afirma que:

[...] ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais.

A garantia dos direitos sociais passa a depender da atuação do Estado por meio da atuação dos Poderes Executivos e Legislativos na implementação das denominadas políticas públicas. A tarefa não é fácil, notadamente se se considerar as mudanças ocorridas após as revoluções tecnológicas e da informação que trouxe nova gama de direitos, os chamados direitos coletivos, que pedem uma nova postura de atuação na consecução das políticas públicas, inclusive pela atuação do Poder Judiciário.

As transformações sociais sofridas pela sociedade é que impulsionam o Estado a reconhecer e encontrar soluções, dentro do arcabouço constitucional, que privilegiem a detenção dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal quando elenca a previsão dos direitos prestacionais, opta em caracterizar o Estado como social

⁴ Conforme leciona Sarlet: [...] não se pode olvidar que também os direitos sociais prestacionais apresentam uma dimensão negativa, porquanto a prestação que constitui seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito, assim como os próprios direitos de defesa podem, consoante já ressaltado, reclamar uma conduta positiva por parte do Estado, como ocorre com determinados direitos fundamentais de cunho procedimental, alguns direitos políticos e direitos que dependem de concretização legislativa, de tal sorte que se aponta corretamente para uma interpretação entre ambos os grupos de direitos fundamentais também no que concerne ao seu objeto. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 283.

(garantidor) e vai além, atribuindo ao Estado Democrático de Direito o papel de promotor de tais direitos. Neste ponto, reside a relevância das políticas públicas e sua consequente efetivação.

2.2 Visão geral de políticas públicas

As políticas públicas podem ser conceituadas como:

O conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário), que visam a realização dos fins primordiais do Estado. Como toda atividade política exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar em qualquer situação, desde que comprovado, o que se convencionou chamar de ‘atos de governo’ ou ‘questões políticas’, sob prisma do atendimento dos fins do Estado. (CANELA JUNIOR, 2008, p. 11-12.

Vale ressaltar que o conceito de políticas públicas, apesar de estar relacionado, não é conceito que pertence exclusivamente ao campo do Direito. Integra, com razão, o estudo das Ciências Políticas e seus consequentes desdobramentos.

Para Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39) as políticas públicas podem ser conceituadas como:

[...] o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

A conceituação do termo, apesar de didaticamente oportuna, pois propicia melhor compreensão da matéria, por si só não resolve o problema da concretização dos direitos fundamentais. Não é simplesmente a identificação da ausência ou má condução de determinada política pública e a consequente atuação do Poder Judiciário que resolverá a questão. É mister investigar as consequências advindas da decisão judicial verificando a finalidade do que está sendo tutelado e sua relação com o conteúdo da decisão judicial que será proferida.

3. O orçamento como instrumento para a elaboração das políticas públicas

Atualmente, o Estado é visto como um grande prestador de serviços públicos, atuando como pessoa jurídica de direito público que deve cumprir com as suas obrigações. Ao Estado cabe, em face de demandas crescentes, garantir a efetivação de direitos fundamentais ao cidadão.

A conciliação do custeio das políticas de saúde, educação, pagamento de aposentadorias, gastos do Poder Judiciário, manutenção e proteção dos bens públicos, pagamento da dívida pública, são algumas hipóteses em que o Estado deve atuar para alcançar objetivos fundamentais preconizados no artigo 3º da Constituição da República.

Para arcar com os gastos decorrentes do Estado Social, caracterizado pelos direitos sociais, conforme discutido no tópico anterior, é necessário que haja recursos financeiros. Sem recursos a garantia dos direitos fundamentais se distancia da realidade, tornando-se meta que não pode ser cumprida. Por isso, o comando legal constante art. 165 e seguintes determina que no orçamento esteja prevista a estimativa de receitas e fixação de despesas do Poder Público, constando nesta última a previsão das políticas públicas.

3.1 O orçamento público

Mesmo havendo a disponibilidade de recursos financeiros, a execução das políticas públicas exige do Poder Público que suas atividades se deem de forma planejada, com alto nível de detalhamento e transparência.

De um lado tem-se o poder do Estado de captar recursos junto às pessoas, físicas ou jurídicas, de outro as necessidades coletivas e do próprio Estado. A gestão das finanças públicas deve primar pelo ótimo equilíbrio entre a obtenção de recursos (receitas) e o atendimento das necessidades coletivas e do Estado (despesas).

Nessa ótica, a Constituição Federal, em seu artigo 165, estabeleceu como principais instrumentos de planejamento público as leis orçamentárias: plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual.

O arcabouço do planejamento do público foi estabelecido com primazia pela Constituição. As leis orçamentárias representam os pilares do planejamento e da gestão na Administração Pública brasileira.

Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/2000, sobretudo com definição de novas funções para a lei de diretrizes orçamentárias, a gestão planejada e transparente teve novos delineamentos. O mérito da lei não se resume a ampliação da responsabilidade dos agentes públicos. A lei cuidou de criar mecanismos que viabilizam a gestão fiscal responsável.

A estabilização da economia e conseqüente aumento do investimento de recursos estrangeiros no país só foi possível graças ao novo paradigma de gestão das finanças públicas, pautado no equilíbrio entre receitas e despesas, no controle e na transparência.

Neste contexto, as leis orçamentárias deixaram de ser meras peças de ficção, tal qual ocorria no período de hiperinflação, e passaram a ser, de fato, os principais instrumentos para

consecução de políticas públicas alinhadas com os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

O orçamento, desta forma, caracteriza-se como instrumento voltado à concretização dos direitos sociais, notadamente os previstos no art. 6º da Constituição Federal, e neste ponto percebe-se a relação entre políticas públicas e lei orçamentária.

3.2 Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Orçamento Anual

A gestão responsável, sob o prisma de não se gastar mais do que se arrecada, sem entrar no mérito de questões afetas à moralidade e probidade, com a “sobra” ou melhor planejamento de gastos, trouxe uma nova perspectiva para a implantação de políticas públicas realmente compatíveis com os direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Assim, gestores públicos da união, dos estados e dos municípios, tiveram a oportunidade de coordenar suas ações de forma que todo planejamento governamental estivesse contemplado nas leis orçamentárias.

O plano plurianual ordena os investimentos e principais programas, conferindo cunho de continuidade à gestão pública – deve representar o plano de governo do eleito. A lei de diretrizes orçamentárias orienta a elaboração do orçamento e estabelece metas e prioridades para o exercício. O orçamento anual, elaborado nesse contexto, cuida da execução das políticas públicas e dos programas de governo.

A forma encontrada para dotar os orçamentos como instrumentos de planejamento é a sistemática do Orçamento Programa.

O paradigma de Orçamento Programa não implica em desprezo à regra básica de que os gastos estão limitados à receita. O orçamento é sim peça de planejamento de governo e tem que ser

respeitada como tal. Assim a responsabilidade fiscal, que se buscou a partir do início deste século, tem que ser alvo dos gestores públicos, sendo um caminho para realização de direitos fundamentais. O equilíbrio nas contas públicas serve de instrumento para oferta de serviços necessários à população, que se caracteriza nos direitos denominados sociais.

Não se pode esquecer que apenas e tão somente o desenvolvimento econômico experimentado nos últimos anos possibilitou a implantação de políticas públicas voltadas à efetivação de direitos fundamentais.

De outra sorte, considerando a relevância da elaboração de peças orçamentárias – Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Orçamento Anual – condizentes com os anseios da sociedade, faz-se necessária além da participação popular o envolvimento sério e comprometido dos representantes das três esferas de poder.

A democratização do orçamento, incluindo a participação do Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário e sociedade, constitui elemento essencial para garantia de políticas públicas eficientes e proporcionais à necessidade da população.

Atualmente, como exemplo de intercâmbio entre os agentes estatais têm-se o amplo e salutar diálogo entre o Poder Executivo e Ministério Público para se buscar adequações no orçamento público incluindo dotações próprias para efetivação de direitos fundamentais, que deve ser incentivado previamente à busca da tutela jurisdicional – excepcionados os casos de tutela de urgência.

Entretanto, um dos pilares básicos da Lei de Responsabilidade Fiscal – a transparência da gestão fiscal, não tem sido observada da forma necessária. As audiências públicas, em grande parte, se limitam a cumprir a formalidade legal. Com a falta de diálogo com a sociedade é comum que peças orçamentárias reflitam a vontade de pessoas ou de grupos, sem congruência no estabelecimento de prioridades que, conseqüentemente, podem

levar ao não atendimento de demandas consagradas como direitos fundamentais do cidadão.

Por questões de ordem cultural ou de caráter técnico, a participação popular na gestão dos recursos públicos não teve o avanço almejado no texto legal, o que fragiliza a concretização dos direitos sociais.

4. A atuação do Poder Judiciário na concretização das políticas públicas

A ausência de política orçamentária assecuratória de direitos, levou o cidadão, seja pessoalmente, seja representado pelo Ministério Público, a acionar o Poder Judiciário visando obrigar o Poder Executivo a atender demandas ou até mesmo a promover a alteração do orçamento público. Prospera a judicialização das políticas públicas.

O Poder Executivo, por sua vez, invoca o princípio da reserva do possível, alegando que a efetivação dos direitos fundamentais sociais está condicionada à disponibilidade de recursos financeiros. Por outro lado, a interferência do Judiciário feriria a clássica repartição dos poderes.

Conforme Ada Pellegrini Grinover (s.n.t.), “durante muito tempo os tribunais autolimitaram-se, entendendo não poder adentrar o mérito do ato administrativo”.

Entretanto, a Lei de Ação Popular trouxe a possibilidade de o Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo tendo como causa de nulidade a lesão, mesmo que não haja ilegalidade. Por sua vez, o artigo 5º, inc. LXXIII, introduziu a possibilidade de controle, via Ação Popular, da moralidade administrativa. Assim, o caminho para o controle do mérito administrativo por parte do Poder Judiciário se abriu (GRINOVER, s.n.t.).

Onda crescente de decisões emanadas nos tribunais passaram a consolidar o entendimento quanto à admissibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas.

À teoria da reserva do possível se contrapõe a garantia do mínimo existencial.

Ada Pellegrini (2010, s.n.t.) destaca os elementos necessários que justificam a atuação jurisdicional na concretização das políticas públicas:

são necessários alguns requisitos, para que o Judiciário possa intervir no controle de políticas públicas: (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade-financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Cumpra alertar para o caráter de excepcionalidade de que deve estar revestida a intervenção do Judiciário. Configurando situação em que haja a ofensa de direitos fundamentais que atinjam o mínimo existencial, legitima-se a atuação do Poder Judiciário.

4.1 A reserva do possível

Como forma de defesa judicial nas demandas envolvendo os direitos prestacionais, comumente, a Administração apresenta a reserva do possível com a finalidade de justificar a ausência de determinada política.

O orçamento relaciona-se com a reserva do possível no sentido de que para se determinar a possibilidade de dada prestação tem-se como necessário a análise das peças orçamentárias. Neste ponto é que se torna relevante o exame da atuação jurisdicional no controle das políticas públicas.

O Poder Judiciário, se acionado, analisará a falta de conformação do orçamento, seja na ineficiência do cumprimento de um programa estabelecido ou mesmo na omissão de determinada política. Via de regra, a atuação do Poder Judiciário na verificação da implementação das políticas públicas ocorre no processo individual.

O atendimento individual decorrente da ausência ou ineficácia das políticas públicas pelo órgão judiciário, conforme tem-se demonstrado a prática forense⁵, tem sido realizada de maneira precisa no sentido de que são resolvidos problemas individuais, com o objetivo de solucionar aquele caso concreto levado à apreciação do Estado. Este fato por si só, conforme já amplamente demonstrado pela doutrina e corroborado pelas decisões dos tribunais, constitui um avanço.

A conclusão de que o não cumprimento dos direitos sociais previstos constitucionalmente autoriza o controle pelo Poder Judiciário no cumprimento ou concretização das políticas públicas, apesar da correção da premissa, não é suficiente para solucionar a demanda pela efetivação dos direitos prestacionais e a crescente incapacidade da Administração em satisfazê-los.

O atendimento judicial pontual de determinada política pública não resolve o problema da efetivação desta mesma política. Faz-se necessária a comunicação entre poderes e sociedade na tarefa dialógica de definição do conteúdo e alcance das normas constitucionais.⁶ A relevância da comunicação e atuação conjunta

⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE n. 545882 AgR/SP, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, Processo eletrônico DJe 231 DIVULG 17/11/2015 PUBLIC 18/11/2015. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ARE 918052 AgR/BA, Relatora: Min. Carmem Lúcia, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, Processo eletrônico DJe 242 DIVUL 30/11/2015 PUBLIC 01/12/2105.

⁶ Neste ponto, é interessante citar o trabalho desenvolvido pela professora Vanice Regina Lírio do Valle, *Desafios à jurisdição em políticas públicas*, em que ressalta o papel da Corte Constitucional colombiana na participação da concretização das políticas públicas. A autora traz os elementos e as teorias (provimentos estruturantes, estado de coisas inconstitucional) criadas pela atuação judiciária na Colômbia comparando com o sistema adotado no Brasil. Conforme a professora: [...] provimentos estruturantes – destinados exatamente ao enfrentamento de uma ausência de programa de ação, ou da ineficiência crônica das políticas públicas incidentes na área. Precede a opção pela adoção de um provimento estruturante, o reconhecimento da existência de um “estado de coisas inconstitucional” – também essa uma relevante categoria desenhada pela Corte Constitucional. Tem-se por caracterizada a situação acima quando é possível identificar uma massiva e sistemática violação a direitos, que se possa associar a deficiências do arranjo institucional do Estado ou por ele provido. Acresce a Corte Constitucional em sua decisão na Sentença T-153/98, que o estado de coisas inconstitucional exige, além da generalidade acima já referida, que as causas da violação à Carta sejam estruturais, do que decorre que a raiz do problema não repousa necessariamente tão-só na autoridade demandada, e a solução exigirá, no mais das vezes, a ação conjunta de várias instâncias administrativas.

dos atores estatais na análise das peças orçamentárias devem traduzir-se em veículos que atendam às necessidades da população.

A Constituição e a legislação infraconstitucional atribuem competência ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo na confecção e aprovação, respectivamente, do orçamento e, conseqüentemente, das políticas públicas, nele inseridas.

O Poder Judiciário, provocado neste contexto, atua para preencher a ausência da política pública específica ou da ineficácia em sua prestação, cabendo a ele um papel reparador na correção da aplicação dos direitos sociais pertencentes ao povo. Reparar significa pôr em bom estado, restaurar, consertar e, neste sentido, se legitima a atuação do Poder Judiciário na correção da aplicação das políticas públicas.

4.2 A atuação reparadora do Poder Judiciário

A visão clássica da tripartição dos poderes no Estado Liberal, em que há predominância da função legislativa e o judiciário se caracteriza apenas como *“bouche de la loi”*, não encontrou guarida no Estado Social e muito menos no Estado Democrático de Direito que tem a obrigação de proporcionar a fruição e gozo dos direitos sociais.

O atendimento de política social omissa ou não realizada prevista no orçamento autoriza a atuação do Poder Judiciário, em conformidade com os ditames constitucionais (art. 3º, art. 165, art. 5º, XXXV) de forma a reparar as atuações executivas e legislativas em caso de ofensa dos direitos prestacionais.

O Supremo Tribunal Federal na ADI 3510/DF, conforme voto do ministro Gilmar Mendes esboçou o seguinte entendimento sobre o assunto:

Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas

com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma "função reparadora" ou, como esclarece Blanco de Morais, "de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade".

O voto do ministro se refere à violação da Lei de Biossegurança especificamente no art. 5º, Lei 11.105 de 24 de março de 2005. Indica que houve violação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano.

Conforme o voto:

[...] pode se extrair a conclusão de que o vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma "função reparadora" ou, como esclarece Blanco de Morais, "de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade". Segundo Blanco de Morais: as clássicas funções de valoração: declaração do valor negativo do acto inconstitucional; pacificação: força de caso julgado da decisão de inconstitucionalidade; e ordenação: força erga omnes da decisão de inconstitucionalidade, juntar-se-ia, também, a função de reparação, ou de restauração corretiva da ordem jurídica afectada pela decisão de inconstitucionalidade. Seguindo a linha de raciocínio até aqui delineada, deve-se conferir ao art. 5º uma interpretação em conformidade com o princípio

responsabilidade, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF. Relator: Min. Carlos Brito. Trecho do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf> >. Acesso em: 04 mar. 2016).

Mesmo no Estado Democrático de Direito, a tripartição dos poderes deve ser respeitada, as exceções desproporcionais na implantação das políticas públicas, por parte do Poder Executivo, e situações que demandam medidas de urgência visando assegurar o atendimento do mínimo existencial, justificam a atuação do Poder Judiciário.

Mas, a atuação jurisdicional deve ser vista como complementação do exercício do poder. Não é apenas uma simples repetição do previsto legalmente. Deve ser entendido como uma das funções integrantes do poder uno e indivisível do Estado.

Neste sentido é que se defende a atuação reparadora do Poder Judiciário na concretização das políticas públicas. Provocado, age para consertar a omissão dos demais poderes.⁷⁻⁸

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MEDICAMENTO DE BAIXO CUSTO. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. 2. O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. 3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. RE 787636 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 23/02/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJE-045DIVULG 09-03-2016 PUBLIC10-03-2016. (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28medicamento%29&base=baseAcordaos>).

⁸Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211,

A complexidade na aplicação das políticas públicas é que autoriza uma postura participativa do Poder Judiciário na construção de soluções jurídicas adequadas, aliando-se ao papel repressivo por ele desempenhado. Isto porque, a aplicação de determinada política pública envolve a discussão sobre aspectos econômicos, político e social e suas consequências na sociedade. Em se tratando da tutela coletiva, a análise destas consequências se amplifica em face das características da demanda coletiva.

Desta forma, a atuação do Poder Judiciário na concretização das políticas públicas lançando mão da participação por meio do envolvimento de todos os envolvidos, inclusive da sociedade civil.

Didier (2016, p. 36) afirma que:

Essa mudança está amplamente amparada pela ótica do Processo Civil do Estado Democrático de Constitucional adotada pelo CPC, a exemplo dos princípios da solução consensual, da primazia do julgamento do mérito, da boa-fé processual objetiva e da cooperação (arts. 3º, 4º, 5º e 6º do CPC), mas é ainda mais necessária para a solução dos problemas surgidos em razão da sindicabilidade judicial de políticas públicas por meio de ações coletivas. A partir daí começaram a surgir na doutrina discussões sobre o modelo experimentalista de reparação, através do qual o juiz abre mão da centralidade no processo, reconhecendo a complexidade do problema da escolha das medidas necessárias,

§ 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, aqueles que foram outorgados pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representam fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia do direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina' (RE nº 410.715/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 3/2/6).

trazendo para o processo a ampla participação de todos os envolvidos, inclusive a sociedade civil, para a delimitação de um programa de resolução do conflito.

A ação do Poder Judiciário, neste sentido, depende da participação no processo da população por meio da realização de audiências públicas e da intervenção do *amicus curiae*, além dos moldes pensados para o processo individual.

Como a decisão, no caso das políticas públicas, caracteriza-se por atingir número significativo de pessoas e pela alta carga de intervenção do Poder Judiciário faz-se necessário repensar a participação de sujeitos no processo, sejam públicos ou privados, com a finalidade de realizar determinada política pública.

A atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas consiste em atividade consoante aos ditames constitucionais pois embasada na perseguição dos objetivos constantes do artigo 3º da Carta Magna e pautada pelos valores que desembocam na proteção do mínimo existencial, inclusive com a aplicação do princípio da proporcionalidade, concretizando, desta forma, a independência e harmonia entre os poderes estatais.

Dinamarco (2013, p.65) neste sentido assevera que:

[...] se de um lado no Estado Moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador, de outro sua participação ativa encontra limites ditados pelo mesmo sistema de legalidade. Todo empenho que se espera do juiz no curso do processo e para sua instrução precisa, pois, por um lado, ser conduzido com a consciência dos objetivos e menos apego às formas como tais ou à letra da lei; mas, por outro, com a preocupação pela integridade do *due process off law*, que representa penhor de segurança aos litigantes[...] O juiz [...] age como canal de comunicação entre a nação e o processo[...].

Nesta esteira de pensamento é que se pode abrir caminho para melhor aplicação das políticas públicas, complementadas neste caso, não apenas da mudança de paradigma na atuação judicial, como também de uma atuação proativada sociedade, por meio das

audiências públicas e intervenção do *amicus curie*, em que seja possível reparar as ações do executivo e legislativo na concretização das políticas públicas.

5. Conclusões

As políticas públicas caracterizam-se como direitos fundamentais prestacionais, ou seja, direitos de segunda dimensão. Isto decorre do fato de que no Estado social são necessárias medidas de cunho positivo que promovam a igualdade material.

O conceito de política pública já demonstra a relação acima estabelecida quando ela se volta à realização dos objetivos necessários, por meio da priorização de atividades que são determinadas como relevantes, considerando o aspecto político e social.

O Estado brasileiro, de cunho altamente social, em face do disposto no art. 3º da Constituição Federal necessita da efetivação dos direitos sociais, previstos no art. 6º também da Constituição Federal, para efetivar a igualdade material entre as pessoas.

Sendo assim, o orçamento se torna peça fundamental do Estado para a realização dos fins previstos constitucionalmente. O conceito de orçamento clássico não encontra amparo em face do aspecto social do Estado brasileiro, necessitando se adequar nas diretrizes do orçamento programa.

A teoria do reserva do possível, por muito tempo adotada, não se mostra compatível com a ideologia da Constituição Federal que conforme já concluído acima, caracteriza o Estado como social. A afirmação da inexistência de recursos não prospera em face da detenção dos direitos sociais pela população, seja considerado individualmente ou coletivamente.

A atuação do Poder Judiciário, desta forma, se mostra necessária, quando há a violação estatal dos direitos fundamentais, seja na ausência ou a omissão de determinada política pública. Alinhada a indicação do princípio da proporcionalidade, pela

doutrina, como vetor de orientação na atuação judiciária, tem-se que a atuação do Poder Judiciário se pauta por uma atuação reparadora com a finalidade de realinhar as demais formas do poder estatal na busca pela igualdade material. Neste sentido, assume relevância a participação de todos os envolvidos, inclusive da sociedade civil, para a implementação de políticas públicas.

6. Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti de. **O direito processual coletivo e a proposta de reforma do sistema das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor no Brasil**. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Curitiba: Editora Bonijuris/J.M. Editora, n. 7, Vol. II, n. 3, p.11-74, set. 2012.
- ALVIM, Teresa Arruda et. al. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. atual. 11 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudências**. Brasília, DF. Acesso em: 20/12/2015.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. 13 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a 'Reserva do Possível': Dimensionamento no Controle Judicial de Políticas Públicas. In:

GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 2ª reimpressão. Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 9 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13 ed. ver e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERRAJOILI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FINK, Daniel et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

GOMES JÚNIOR, Luis Manoel. **Curso de Direitos Processual Coletivo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **O controle de políticas públicas pelo poder judiciário**. Revista de Processo. Ano 33. N 164, São Paulo, RT, out 2008, 9 - 28.

_____. **Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil**. s.n.t.

GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GUSTIN, Miracy B. S; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 4 ed. ver.e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina. **Desafios à jurisdição em políticas públicas: o que se pode aprender com a experiência da Colômbia.**s.n.t.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da Decisão Judicial.** 2 ed. rev. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10 ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SAMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e Relações Privadas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 19. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

A PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O QUE É E COMO APLICÁ-LA

*Luis Clóvis Machado da Rocha Junior*¹

1. Introdução

A proibição de insuficiência, também conhecida como “interdição de déficit”, “proibição de déficit”, “proibição da proteção insuficiente” ou proibição por defeito² e tantas outras denominações derivadas da tradução alemã do termo *Untermassverbot*, é um tema latente no campo da eficácia dos direitos fundamentais e deriva diretamente da ideia de Justiça³. Prefiro o uso do termo “proibição de insuficiência”, por ser a tradução mais literal do vernáculo⁴ – tendo a doutrina acrescentado “proteção” para contextualizar a sua aplicação aos direitos fundamentais. O tema – embora não seja novo – é pouco sistematizado em língua portuguesa. Assim, a presente investigação se volta ao estudo da proibição de insuficiência, enquanto norma de ação e norma de controle⁵ na realização dos

¹ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Graduado com láurea e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor Universitário da Graduação e Pós-Graduação, inclusive da IMED/PF. Professor da ESM/TJRS. Membro do Núcleo de Direito Constitucional da AJURIS. Autor de livros e artigos.

² Essa “proibição por defeito” é, até onde se verificou, exclusivamente apresentada por CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Almedina: Coimbra, 2003. p. 273, em uma referência ao “defeito na concretização dos deveres de proteção do direito fundamental”.

³ MACHETE, Pedro e VIOLANTE, Maria Teresa. *O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência constitucional, também em relação com a jurisprudência dos Tribunais europeus*: in XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais da Espanha, Itália e Portugal. Roma: 2013. p. 6 Disponível em www.tribunalconstitucional.es.

⁴ Decompondo a palavra, de origem tedesca, ter-se-á “abaixo de um grau proibido”, ou seja, insuficiente.

⁵ Há norma de ação, como norma que orienta a conduta do legislador na realização dos mandamentos da Constituição; há normas de controle, que são normas destinadas ao julgador para avaliar as opções legislativas. Sobre a distinção, conferir o criador: FORSTHOFF, Ernest. *Über Maßnahmegesetze*. In *Forshungen und Beriche aus dem öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*. München: G. Olzog, 1955, pp. 221, 233 e 235 e seguintes.

direitos fundamentais como um todo, isto é, tanto na sua dimensão prestacional fática quanto normativa.

2. Classificação da norma: regra, princípio ou metanorma⁶?

2.1 Por que classificar?

A importância da classificação normativa da proibição de insuficiência advém da necessidade de antecipar a compreensão, para garantir certeza e correção na aplicação da norma, pois a utilização indevida, a conceitualização inadequada ou o erro na definição podem levar a problemas de segurança jurídica, na sua dimensão de certeza do Direito. Sendo regra, ou princípio ou postulado – sem critérios seguros de definição – haverá problemas de divergência entre operadores e aplicadores, razão por que CANAS⁷ acerta, relativamente à norma da proibição de excesso, ao referir que a motivação da distinção não é meramente conceitual, mas avança sobre a estrutura normativa, a função e o *modus operandi*. Para ele⁸, o ideal seria uma determinação na Constituição acerca do tipo de norma que se cuida (a proibição de insuficiência). Contudo, ausente essa clareza nos sistemas constitucionais – como na Constituição Brasileira – cumpre à doutrina fazê-lo – e o faz com distinções *fracas* e *fortes* entre as normas.

As distinções fracas utilizam diversos critérios, pouco precisos (mais intuitivos ou ineficientes), tais como: a) princípios

⁶ Metanorma, aqui, é entendida como norma sobre a aplicação de outras normas, que adotamos como sendo um terceiro tipo de normas – além das regras e princípios, na esteira de ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Sobre o conceito de “metanormas”: OST, François. *Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit*. In: “Archives de Philosophie du Droit”. Paris, 1986. p. 154. Em doutrina portuguesa, inclusive com base em OST: QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 200. p. 53 e seguintes.

⁷ CANAS, Vitalino. *A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e otimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios)*. Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.p. 812

⁸ CANAS, Vitalino...p. 812-813.

são normas mais fundamentais e regras menos fundamentais⁹; b) princípios são normas mais gerais do que as regras, que são mais específicas. Essa distinção – embora insuficiente – é já mais avançada do que a visão clássica – de origem no Direito Civil, que contrapunha *normas* e *princípios*, como o fez ESSER¹⁰, tendo por base o critério da possibilidade (ou não) de precisão dos casos de aplicação (regras tem as *hipóteses de aplicação* e princípios não). Entretanto, tanto uma como outra são insuficientes para orientar juízos de aplicação destas normas, porque não se guiam por critérios científicos.

Em relação às distinções fortes, foi DWORKIN quem primeiro apartou regras e princípios, além de *polices*, como espécies normativas, reservando àquelas o caráter de normas derivadas de uma fonte formal (com *pedigree*), de aplicação do modo *tudo ou nada*, isto é, ou elas incidem e resolvem o caso, ou não se aplicam; ao contrário dos princípios, que são aplicáveis por exigências éticas, de Justiça, e que valem por seu conteúdo e não sua origem, tendo uma *dimensão de peso*, na sua aplicação, isto é, peso que deve ser comparado com o de outros princípios, na decisão. De *polices*, uma dimensão política no Direito, ou princípios políticos, como objetivos coletivos de uma sociedade (bem-estar, eliminação da pobreza, etc) não se tratará. Eles (princípios) emanam de uma fonte *não formal* – e são a abertura do Direito à Moral. Note-se que, para DWORKIN, princípios defendem posições individuais, não interesses coletivos, reservados a *polices*¹¹.

⁹ No Brasil, Celso Antônio Bandeira de Melo defende essa visão no seu *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2010.

¹⁰ ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübinguen, 1961.

¹¹ CANAS, Vitalino. p. 821 a 826. Segundo Dworkin (Levando os Direitos a Sério, p. 129), *princípios são proposições normativas que descrevem direitos, e “os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”. “Argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”. Para ele, as políticas são proposições que revelam objetivos, e o direito como política se revela como um “compromisso entre os objetivos e finalidades individuais em busca do bem-estar da comunidade”* (p. 133).

Em território europeu continental – assim como avança no Brasil – a concepção de ALEXY vem se afirmando, porém. Para ele, tomando por base DWORKIN, só há dois tipos de normas: princípios e regras, que são espécies do gênero norma-jurídica. A distinção entre princípios e regras não é uma distinção de grau, mas uma distinção lógica e qualitativa¹². Princípios não estabelecem consequências jurídicas que devem necessariamente ocorrer diante da ocorrência de certas condições fáticas, mas constituem mandamentos para otimização. *São normas que ordenam que algo seja realizado na medida tão alta quanto possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas*¹³. As possibilidades fáticas são dadas pelo caso concreto; as jurídicas, pelos princípios em sentido contrário, que possuem alguma relevância para a questão, legitimando um processo de ponderação entre ambos e, eventualmente, o estabelecimento de uma regra de precedência condicionada, válida apenas para o caso específico¹⁴. Princípios são normas que estabelecem obrigações *prima facie*, portanto, não definitivas e dependentes da ponderação, permitindo-se a complementação do seu conteúdo, que não está pronto no próprio princípio. Por isso, os princípios são razões *prima facie*.

Regras jurídicas, por outro lado, são normas aplicáveis no “modo tudo ou nada”, isto é, ocorrida a hipótese normativa na realidade, ou a regra pertinente é aplicada e é válida, junto com sua consequência, ou não tem relevância para o caso. Regras colidem abstratamente e, em caso de colisão, para se estabelecer a regra válida, ou se inclui uma exceção na regra (em razão da promoção de um princípio) ou uma delas será invalidada¹⁵. As regras fixam obrigações definitivas, ou seja, mandamentos definitivos, depois de

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85-120.

¹³ ALEXY, Robert. *A fórmula peso*. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55-69 e p. 64-65.

¹⁴ Embora seja possível universalizá-la, no sentido de aplicá-la não apenas ao caso particular, mas a todos os casos de colisões de princípios em que os fatos sejam os mesmos.

¹⁵ ALEXY, Robert. 2008, op. cit., p. 103-105.

todas as razões consideradas no caso concreto, o que indicia que também as regras oferecem razões *prima facie* para as normas, mas em um sentido mais forte do que os princípios. Pode haver situações em que as regras instituem apenas razões *prima facie* em sentido estrito, porque como elas possuem a determinação fática e as condições jurídicas pré-estabelecidas por elas próprias¹⁶, essas circunstâncias podem não se verificar, ou, ainda, outras circunstâncias não consideradas pela regra podem ser invocadas num caso qualquer, autorizando a superação da regra ou a sua restrição teleológica. Conforme ALEXY:

O caso das regras é totalmente diverso (dos princípios). Como regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação de extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante das possibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.¹⁷

De outro lado, apresentando uma alternativa a estas visões – compreendendo que as normas não se destinam apenas à regulação de comportamentos, mas à estruturação do sistema jurídico, HUMBERTO ÁVILA distingue-as em princípios, regras e postulados, isto é, normas de diversos níveis e graus e funções, os quais podem ser distinguidos num plano preliminar, *prima facie*, e num plano conclusivo (*all things considered*). Discorre que os critérios *standards* de distinção (caráter hipotético-condicional, modo de aplicação, conflito normativo, fundamento axiológico), que reconhecem apenas regras ou princípios, ou são inadequados, porque não diferenciam as normas (caráter hipotético-condicional e fundamento axiológico) ou são insuficientes, porque demandam a consideração de todas as circunstâncias do caso para, só ao final,

¹⁶ ALEXY, Robert. 2008, op. cit., p. 104-105.

¹⁷ ALEXY, Robert. 2008, op. cit., p. 104.

quando já construída a decisão, poder-se concluir pelo caráter de princípio ou de regra (da norma)¹⁸.

Por isso, ÁVILA assevera que a caracterização da norma, como regra ou como princípio ou, ainda, como postulado normativo (metanorma), depende, em primeiro lugar, da compreensão de que um dispositivo legal pode sustentar quaisquer destas características, embora não ao mesmo tempo e sob a mesma perspectiva: comportamental (regra), finalística (princípio) e metódica (postulado)¹⁹, dependendo das conexões axiológicas e da construção argumentativa do intérprete. Os critérios pelos quais se pode diferenciar princípios e regras devem ser a natureza do comportamento prescrito, o modo de justificação necessário à sua aplicação e medida de sua contribuição para a decisão.

Segundo o primeiro critério, princípios são normas que prescrevem *imediatamente* um estado ideal de coisas (um fim juridicamente relevante e devidamente especificado) que deve ser realizado ou preservado, exigindo-se, para realizar ou concretizar, a adoção de condutas que promovam ou protegem este estado ideal de coisas²⁰. Têm caráter *deontológico-teleológico*, pois estipulam razões para normas, cujo conteúdo são proibições, permissões ou obrigações que promovam ou protegem certo estado ideal de coisas²¹. Já regras são normas imediatamente descritivas dos comportamentos exigidos (obrigações, permissões e proibições), ao determinarem os elementos normatizados (objeto, sujeito, tempo, etc.) de tal forma que dependem menos da influência de outras normas na determinação do seu conteúdo²², isto é, são pré-determinadas conteudisticamente, embora possam carecer de complementação. Assim, têm caráter deontológico-deontológico,

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 2014, op. cit., p. 65-68.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 68-69.

²⁰ ÁVILA, op. cit., p. 71-73.

²¹ AARNIO *apud* ÁVILA, 2014 p. 72.

²² ÁVILA, Humberto.... op. cit., p. 72.

uma vez que estabelecem razões para as normas, cujo conteúdo são proibições, permissões ou obrigações descritos, definidos e determinados para a ação exigida (normas do que deve ser feito)²³. Assim, embora tanto regras quanto princípios façam referência à realização de fins e de comportamentos, o que lhes diferencia é a primariedade do aspecto comportamental ou do aspecto finalístico a ser seguido.

De acordo com o critério do modo de justificação da sua aplicação, isto é, a definição preliminar da forma como se argumentará a aplicação da norma, princípios exigem a correlação entre os efeitos da conduta exigida e a promoção ou proteção do estado ideal de coisas, sempre e em todas as ocasiões, sendo, por isso “estável o ônus argumentativo”²⁴. Logo, conquanto sem descrever qual comportamento, admitem a sua necessidade a partir da demonstração da pertinência do comportamento à promoção ou à proteção do estado ideal de coisas. Já as regras exigem, na sua aplicação, uma argumentação que correlacione a descrição fática da realidade à descrição do enunciado normativo e à finalidade que dá suporte à regra²⁵. O ônus argumentativo é fácil se a descrição factual enquadrar-se perfeitamente na descrição normativa, porque basta demonstrar a correspondência e realizar a subsunção, sem referência à finalidade da regra, porque as razões de autoridade da própria regra bastam para justificá-la. Entretanto, em certos casos, não há essa correspondência direta, sendo necessário, então, buscar na finalidade da regra a possibilidade de sua aplicação a casos não previstos. Ainda, pode ser necessário deixar de aplicar a regra ao caso, pela ponderação entre a razão substancial da regra (que a manda aplicar), junto com a razão de autoridade que a respalda (segurança jurídica, certeza do direito) e outras razões substanciais

²³ AARNIO apud ÁVILA, 2014, p. 152.

²⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. op. cit., p. 74-76.

²⁵ SUMMERS, Robert. apud ÁVILA, p. 73.

de outras normas jurídicas que exigem a não-aplicação da regra.²⁶ De qualquer forma, o ônus argumentativo não é estável e pré-determinado, variando conforme a aplicação da regra e os influxos dos fatos sobre a realidade normativa.

Finalmente, é possível distinguir os princípios das regras com base na forma de sua contribuição para a decisão, isto é, de que forma eles influem sobre o intérprete fixando o conteúdo normativo. Os princípios:

[...] consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão.²⁷

Assim, princípios possuem uma abertura maior à influência de outras normas na definição do seu conteúdo (interdependência) e são, inicialmente, apenas parciais na solução de um caso, visto que outros tantos princípios e regras podem ser considerados e não são pré-excluídos.

Por outro lado, as regras são normas “preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões”²⁸. Apresentam caráter terminativo, pré-determinando os aspectos relevantes para a decisão naquelas hipóteses fáticas normativas, e tem menor interdependência para com as demais normas. Assim, regras são *normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte*

²⁶ ÁVILA, 2014, op. cit., p. 74-75.

²⁷ ÁVILA, 2014, op. cit., p. 76-78.

²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 2014, op. cit., p. 76-78.

ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual descritiva normativa e a construção conceitual dos fatos²⁹.

Por outro lado, princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção³⁰.

Porém, AVILA vaticina que, para além das regras e dos princípios, há normas de segundo grau, ou seja, *normas metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas, dirigidas ao intérprete-aplicador, que não colidem entre si*. Por não colidirem entre si, por não admitirem graus de satisfação e de realização, mas também não admitirem a sua superação nos casos concretos, diferem de regras ou de princípios. São normas para determinar a forma de aplicação de outras normas. Seu objeto são *outras normas*, no caso, regras e princípios, não para definir-lhes o conteúdo, mas a estrutura de aplicação ou controlar-lhe a incidência. Seus destinatários são Legisladores, Juizes e Administradores, não os particulares. Por isso, proporcionalidade, a proibição de excesso e a razoabilidade são *metanormas*, porque, em si, não são ponderáveis com outras normas, não colidem com outras normas, mas são, elas próprias, critérios de solução de conflitos de regras e de princípios.

²⁹ Nessa linha, por exemplo, quando o enunciado normativo do art. 19, número 1 da Constituição Portuguesa estabelece: “Os órgãos de soberania não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição”, ou o art. 25, n.º 1, proíbe a tortura, está-se diante de uma norma-regra, imediatamente descritiva da conduta prescrita ou prosrita, sem necessidade de ponderações subsequentes, pois a conduta é definitiva.

³⁰ É neste sentido que se fala do princípio da liberdade de imprensa ou da princípio do livre desenvolvimento da personalidade, por exemplo, como fins que devem ser realizados, mas cujo conteúdo definitivo deve ser cotejado com outros princípios – o princípio da intimidade ou da educação dos filhos, por exemplo – já que cada um apresenta o comando de realização de um “estado de coisas” diverso e contraditório.

E essa é a visão que adotamos, coerente com a sistemática do ordenamento jurídico. Somente esta tripartição permite-nos admitir a proibição de insuficiência (proibição de proteção insuficiente) como um postulado, ou seja, uma metanorma – nem regra nem princípio jurídico, na definição hodierna. *Cuida-se de uma norma diferente, nova e única*. Ele não é *mandamento de otimização*, ponderado com outros princípios para definição do seu conteúdo – pois seu conteúdo é pré-determinado, quanto ao dever-ser que impõe (recorde-se o caráter complementar do conteúdo dos princípios, definido na interação/ponderação com os outros princípios), além de não ser indefinido quanto às condutas que exige para sua realização – pois o conteúdo estrutural está definido, tal como qualquer outro postulado. Logo, ainda que *literalmente* a Constituição possa denominá-la de *princípio*, ela o faz em sentido *fraco*, como uma “ideia geral e abstrata importante no ordenamento jurídico”. Ela não pode ser aplicada como *princípio* no sentido alexyano, dworkiniano ou outro.

Igualmente, proibição de insuficiência não é uma regra³¹, porque é da natureza das regras a derrotabilidade – a sua não-aplicação em situações excepcionais, que permitem a sua superação, mesmo que hipoteticamente (cita-se, por exemplo, as regras de competência administrativa em tempos de crise financeira; ou a vedação à tortura pode ser derrotada em uma situação de legítima defesa, por exemplo). Ademais, ela não é *razão quase-definitiva* para norma, mas é, ela própria, um comando pré-determinado e definitivo de aplicação (não afastável). Embora seja aplicável à maneira de regra – pelo caráter cogente e necessário da sua aplicação (quase ao estilo “tudo ou nada”), ao contrário das regras, ela não pode ser desprezada, sob pena de irracionalidade.

³¹ Por exemplo, ALEXY, na nota de rodapé, no livro citado (Teoria dos Direitos Fundamentais), admite a “proporcionalidade” como regra. Porém, ela a chama de “princípio”, algumas vezes, embora sem sentido técnico, quer dizer, contraria a sua própria nomenclatura. Neste sentido CANAS, Vitalino...p. 875.

Por conseguinte, conclusivamente, a *proibição de proteção insuficiente* ou proteção de insuficiência é *postulado normativo – metanorma – porque orienta a aplicação/interpretação das normas de direito fundamental, estabelecendo o controle da realização (eficácia) destas, independentemente da interposição legislativa, para definição do conteúdo da prestação em sentido estrito (material) e/ou do conteúdo da prestação normativa (dever de proteção) que a Constituição exige, a fim de controlar a constitucionalidade da omissão estatal.*³² É, mais ainda, postulado inespecífico, porque não estabelece de forma precisa as condições gerais de sua aplicação – razão pela qual exige um maior esforço argumentativa, o que pretendo desenvolver.

3.2 Distinções fundamentais

3.2.1 A identificação da proibição de insuficiência com a proporcionalidade ou a proibição do excesso

Para esta corrente, majoritária na doutrina, a proibição de insuficiência não seria outra coisa que a própria manifestação do postulado da proporcionalidade, ou seja, como se houvesse uma dupla face do princípio da proporcionalidade³³, dividida entre proibição de excesso na restrição ao direito fundamental e proibição de insuficiência na sua realização³⁴. A negação da autonomia da proibição de insuficiência presume que o cumprimento da proporcionalidade implica já a proteção suficiente. Assim, uma medida “X” que protege um direito “D”, se for adequada, necessária

³² Se chamam de “princípio” à proibição de insuficiência é porque admitem uma distinção *fraca* entre princípios e regras – e se admite a noção de princípio como “norma importante do ordenamento jurídico”, não material e funcionalmente como tal.

³³ SARLET, Ingo. *Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais*. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 328.

³⁴ STRECK, Lênio Luis. *Bem Jurídico e Constituição: Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra nº 80, p. 314. Coimbra: Coimbra, 2004.

e proporcional em sentido estrito (respeitar a proporcionalidade), seria, também, a realização da proteção suficiente que a Constituição exige³⁵. Em outras palavras:

“...o resultado alcançado, através da análise de um regime legal de proteção de direitos fundamentais, à luz do princípio da proibição do déficit, não pode ser diferente daquele que se chega por meio do exame desse mesmo regime em conformidade com o princípio da proibição do excesso”³⁶.

MIRANDA parece adotar tal posição e entende que o “princípio” da proibição de excesso seria aplicável na seara restritiva de direitos fundamentais, ao passo que a proteção insuficiente estaria na realização dos direitos fundamentais. Contudo, parece derivar, nos dois casos, o controle do excesso e do déficit a partir do princípio da proporcionalidade³⁷. Outros, como SARLET e STRECK, apresentam o postulado da proibição de excesso e da proibição de insuficiência como faces da mesma moeda, vinculados à proporcionalidade³⁸. Em outras palavras, todos os “princípios” teriam a mesma função e a mesma finalidade, divergindo, apenas, no contexto da sua aplicação – no controle do “de mais”, na restrição ou no “de menos” na promoção dos direitos fundamentais. Nenhum distinguem, contudo, *estruturalmente* a proporcionalidade do controle do excesso ou do insuficiência na promoção dos direitos fundamentais, razão pela qual pecam na sua proposta, geram incerteza e falta de sentido pragmático na sua proposta.

³⁵ TZEMOS, Vi. *Das Untermaßverbot*. Frankfurt, 2004. p. 74

³⁶ DA SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de Proteção dos Direitos Fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 595-596

³⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 5ª edição. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 309

³⁸ Lembre-se de que a proporcionalidade em sentido amplo é subdividida em adequação, em necessidade e em proporcionalidade em sentido estrito – segundo majoritária doutrina brasileira e alemão.

Outrossim, o espanhol BERNAL PULIDO³⁹ vê *no juízo de proporcionalidade*, com respeito ao triplo juízo de idoneidade (adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito implica a proteção suficiente, em si mesma. Essa visão compreende os direitos fundamentais em “*permanente estado de restrição*”, ao ser omitida qualquer medida de sua realização. Com isso, verificar-se-ia em que medida uma omissão vulnera o direito fundamental, à luz da proporcionalidade, ou não. Logo, em primeiro lugar, analisa-se se a omissão total ou parcial do Poder Público guarda nexos de causalidade com a não-realização de um direito fundamental (idoneidade) e a realização de outro; se a medida (omissão) é adequada à promoção de outros direitos fundamentais, portanto, a partir de uma escolha política. Em segundo lugar, deve-se analisar se a omissão da promoção de um é necessária, isto é, se não existem outras medidas igualmente eficazes para outros direitos que promovam mais, sem omitir tanto a proteção daquele outro. Em terceiro lugar, quando o grau de favorecimento do outro fim legislativo é inferior ao grau de não-realização ao direito fundamental que exige proteção.

De fato, essa “tese da congruência dos resultados”⁴⁰ não afirma a congruência estrutural (estrutura de aplicação), mas ainda assim está incorreta.

Em primeiro lugar, a impossibilidade de identificação absoluta entre proporcionalidade e proibição de insuficiência decorre da diferença estrutural. DA SILVA⁴¹ diz que é decisivo para a *inexistência de congruência estrutural* a questão da inaplicabilidade dos subpreceitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito às omissões. Noutras palavras, não é factível aplicar os subcritérios da proporcionalidade à

³⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. pp. 807-811.

⁴⁰ DA SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de Proteção dos Direitos Fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

⁴¹ DA SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de Proteção dos Direitos Fundamentais*. p. 196

proibição de insuficiência. Por exemplo, estes *subpreceitos* estão orientados para a relação meio-fim com eficiência do meio utilizado (visando ao maior resultado), não para a mensuração de uma “omissão”, se o fim foi atingido simplesmente pelo meio. É que, no plano da necessidade, quando se consideraria “a omissão de uma medida”, como meio, enquanto a proibição de insuficiência trabalha com a ideia de efetividade *do resultado* adotado (ele é eficiente e suficiente na concretização) para promover o direito, a proibição de excesso trabalha com a *eficiência*, no sentido de que “*deve-se adotar o meio que promova igualmente o fim, de maneira menos restritiva*”. Há, portanto, uma perspectiva comparativa com outros meios na proibição de excesso, que não há na insuficiência (a qual se contenta com a simples efetividade).

Em segundo lugar, notadamente no campo do controle das *omissões* na realização dos direitos fundamentais, se adotados os mesmos “critérios” da proporcionalidade, presumir-se-ia que o Estado *teria* que justificar a omissão das outras ações alternativas não eleitas, a partir da conexa realização dos princípios colidentes⁴². Melhor explicando, presume-se que necessariamente o Estado estaria a omitir a realização de um direito fundamental “X”, porque estaria a realizar outros (Y, Z, A) – ou seja, presume que a omissão está justificada pela ação positiva que realizaria outro direito.

Entretanto, essa visão é inadequada, pois que não há um “sistema equilibrado de realizações dos direitos fundamentais”, eficiente e já otimizado, harmônico entre si, que seria necessariamente afetado quando o Judiciário, ao controlar a suficiência da concretização de um direito fundamental, exigisse novas ações do Estado. Como se sabe, as políticas públicas e as ações normativas não estão “em equilíbrio”, pois oscilam por questões econômicas, sociais (problemas sociais que exigem maior ou menor proteção) e naturais, e em grande medida são objeto de decisões dos diferentes governos e ideologias. Logo, nem sempre há conflito –

⁴² DA SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de Proteção dos Direitos Fundamentais*. p. 195

isto é, não se “*retira de um direito fundamental para se promover outro*”. Eis a falácia argumentativa. Aliás, assumir tal ideia implica, no final, ampliar as hipóteses de omissão do Estado, sempre justificando aqui e acolá a realização insuficiente⁴³.

Em terceiro lugar, como consequência (dogmática) da conexão entre os dois postulados, o Legislador restaria comprimido entre dois níveis de eficácia pré-determinados na Constituição em grau pleno: a “proibição de insuficiência” e a “proibição de excesso” na realização de uma norma de direito fundamental, de forma que cumpriria ao legislador “encontrar” na Constituição o ponto de Arquimedes da proteção – nem mais, nem menos. Ora, desse modo, não haveria medida discricionária ou livre, mas tudo completamente ditada pela Constituição – talvez até o preço do termômetro, como advertiu BÖCKENFORD, na sua crítica à Constituição-material-total, ou FORSTHOFF⁴⁴.

3.2.2 Propostas de distinção parcial entre proporcionalidade e proibição de insuficiência e de excesso.

NOVAIS⁴⁵ defende a distinção parcial entre os postulados, a que ele chama de princípios e sub-princípios, ciente da divergências de nomenclatura na doutrina internacional. A proibição de excesso (proporcionalidade em sentido amplo) e proibição de insuficiência (autônomo) seriam postulados distintos, mas haveria identificação parcial entre a proporcionalidade e a proibição de excesso, na verdade aquela seria apenas um dos

⁴³ Nem sempre as verbas orçamentárias são destinadas de um direito fundamental a outro, podendo servir, por exemplo, para cobrir défices orçamentários, fazer poupança exterior, quitar dívidas públicas. O discurso de “deixar de realizar um direito, para outro” é, portanto, falacioso e não-necessário.

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. posfácio. p. 58o e seguintes.

⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª edição. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010. p. 729 e seguintes..

subpreceitos desta. Aliás, NOVAIS⁴⁶, adotando o entendimento de LERCHE, identifica a proibição de excesso como o preceito geral (mais amplo) do controle dos atos estatais, no qual se encontrariam os subpreceitos da idoneidade, da necessidade, da proporcionalidade, além da razoabilidade da análise no caso concreto. Então, a “proporcionalidade em sentido amplo” seria subdividida nestes preceitos (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), de modo que a sua proposta estrutural da “proibição do excesso” seria mais abrangente, mais ampla e mais adequada quando usada no controle das restrições às liberdades e aos direitos fundamentais⁴⁷.

Ainda, há a tese da diferença de garantias e de proteção, defendida por CANNARIS⁴⁸ e seus “imperativos de tutela” e proibição “de intervenção”, como funções ou mandamentos dos direitos fundamentais. Para ele, a eficácia de imperativo de tutela/proibição de insuficiência é *substancialmente mais fraca* do que a função dos direitos fundamentais de proibição de intervenção/excesso, sendo garantias diferentes. Há, neste pensamento, a influência da distinção entre o dever de agir, que permitiria diversas ações para que o Estado se desincumbia da obrigação – e o dever de omitir, que exige a omissão de todas as ações possíveis e imagináveis, como forma de satisfação. Assim, o modo do controle exercido pela Jurisdição – assim como a vinculação do Legislador – seriam diferentes: a intervenção (medida adotada pelo Estado, no aspecto positivo – legislativo ou fático) precisa ser justificada e fundamentada, ao passo que a omissão não, já que não há um ônus de argumentar a respeito do porquê muitas

⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis. 2010, p. 731

⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*.p. 161 e seguintes.

⁴⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*.p. 61.

medidas foram omitidas ou porque houve uma completa falta de ação⁴⁹.

Para STORRING, o controle da intervenção (proibição dos excessos) é *ex post* à adoção da medida, ao passo que o da omissão estatal (insuficiência na proteção) seria *ex ante* (pelo Legislador, na proibição de insuficiência)⁵⁰. Mas essa orientação guarda o equívoco de confundir os deveres de proteção com a própria eficácia dos direitos fundamentais. Evidentemente “ (...), *não negando as diferenças, o essencial da questão parece estar apenas no reconhecimento de que as omissões são, em geral, mais difíceis de censurar juridicamente do que as ações*”⁵¹; porém, essa distinção não autoriza uma diferença de *eficácia* entre as proibições de excesso e de insuficiência, mas de *estrutura de controle de tais postulados*.

Ainda assim, o mérito dessa teoria é a crítica à *simples* transposição da proporcionalidade para a seara do controle da “insuficiência”, além de negar a convergência estrutural e de resultados entre proibição de insuficiência e de excesso⁵².

3.2.3 Propostas de distinção total entre proporcionalidade e proibição de insuficiência (e proibição de excesso) – meu ponto de vista.

Entende-se mais adequado aceitar a autonomia dogmática plena/total entre as metanormas da proibição do excesso, da proibição de insuficiência e da proporcionalidade, tal como parte da doutrina⁵³. As razões decorrem da diferença dos âmbitos de aplicação, da estrutura e das consequências jurídicas das normas

⁴⁹ DA SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Proteção dos Direitos Fundamentais*. p. 199.

⁵⁰ DA SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Proteção dos Direitos Fundamentais* – a partir da STORRING – nota 52.

⁵¹ DA SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Proteção dos Direitos Fundamentais*. p. 200.

⁵² DA SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Proteção dos Direitos Fundamentais*. p. 198.

⁵³ AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*

(aplicáveis cumulativamente ou não em alguns casos). Como explica QUEIROZ⁵⁴, conquanto a proibição de excesso e a proibição de insuficiência tenham a mesma *ratio*, há diferença estrutural e de resultados jurídicos, já que o controle da insuficiência é menos intenso do que o do excesso. E, mais ainda, o fato de não se atingir a proteção suficiente não significa que haja violação ao postulado (princípio) da proporcionalidade.

Nesse sentido, a proporcionalidade, como metanorma, destina-se ao controle de uma medida (um ato administrativo, um ato legislativo, um ato judicial) adotada pelo Estado como um *meio* para a promoção de determinado *fim* concreto, tendo relação de causalidade entre este meio e aquele fim. Assim, ela exige a relação “*meio-fim*” e se destina ao controle da medida, na relação entre estes e os princípios colidentes.

Por outro lado, a proibição do excesso, definida como *princípio geral de limitação do poder público* (Acórdão 187/2001 do TC Português)⁵⁵ relaciona-se com os limites à restrição ao direito fundamental e apresenta-se como uma barreira ao aviltamento do seu “núcleo essencial”. Assim há um último estágio, a partir do qual o Estado não pode avançar na restrição aos direitos. É uma proibição à atuação excessiva, mesmo que a medida possa atender à proporcionalidade.

Ademais, não se coloca – na proporcionalidade ou na proibição de excesso – o dever estatal de agir/omitir; avalia-se o que o Estado *já fez*, normativa ou faticamente. Evidentemente que proibição de excesso e proporcionalidade vinculam-se ao âmbito das restrições aos direitos fundamentais, mas outras medidas – não restritivas, podem ser objeto de análise quanto à sua proporcionalidade – medidas administrativas, por exemplo, ainda

⁵⁴ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais...*p. 384 a 385.

⁵⁵ MACHETE, Pedro e VIOLANTE, Maria Teresa. *O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência constitucional, também em relação com a jurisprudência dos Tribunais europeus*: In XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais da Espanha, Itália e Portugal. Roma: 2013. p. 7. Disponível em www.tribunalconstitucional.es

que fora do âmbito dos direitos fundamentais, mas envolvendo outros interesses coletivos restringidos. Já a proibição de excesso cinge-se ao controle no âmbito dos direitos fundamentais. Logo, os postulados podem ter âmbitos de incidência diversos, porém quando tal âmbito for o mesmo o postulado da proporcionalidade opera a partir do núcleo essencial do direito fundamental, ao passo que o da proibição de excesso é a vedação ao atingimento do próprio *core*⁵⁶.

Por outro lado, a proibição da insuficiência constitui postulado relacionado à avaliação da omissão total ou parcial (por ação defeituosa) do Estado, nas medidas de realização de uma prestação de direito fundamental. É uma norma contra a passividade⁵⁷. Ela pressupõe que haja *um dever estatal de proteção/realização* como ficou sedimentado no Acórdão 166/2010 do Tribunal Constitucional Português: “*é tão censurável, para a perspectiva constitucional, que o legislador imponha cargas excessivas aos particulares, quanto o é que adote medidas insuficientes para proteger ou garantir a realização dos seus direitos, caso decorra da Constituição um dever de legislar em ordem a essa proteção ou realização*”. Assim, a proibição de déficit não se aplica a outras normas ou medidas, que não aos direitos fundamentais, ao contrário da proibição de excesso ou da proporcionalidade⁵⁸.

Avalia-se, na proibição de déficit, se a ação do Estado (*normativa ou fática*) foi bastante ou não, e, não chegando a este

⁵⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. p. 189.

⁵⁷ MACHETE, Pedro e VIOLANTE, Maria Teresa. *O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência constitucional, também em relação com a jurisprudência dos Tribunais europeus*: In XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais da Espanha, Itália e Portugal. Roma: 2013. p. 31 Disponível em www.tribunalconstitucional.es

⁵⁸ Discordamos, aqui, que deva existir um dever específico de agir – dever de proteção contra uma ameaça específica, tal como apresentado por MACHETE, Pedro e VIOLANTE, Maria Teresa. *O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência constitucional, também em relação com a jurisprudência dos Tribunais europeus*: in XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais da Espanha, Itália e Portugal. Roma: 2013. p. 31 Disponível em www.tribunalconstitucional.es

mínimo que se exige, a omissão total ou parcial será inconstitucional, devendo ser sancionada/corrigida. No controle da omissão, analisam-se as condutas materiais concretas e as prestações normativas, ou seja, tanto se houve a destinação de recursos à satisfação, por exemplo, da saúde, como se a norma penal incriminadora ou a norma civil que estabelece a nulidade de um ato contrário ao direito fundamental o protegem suficientemente (prestação normativa).

Diferenciam-se os postulados também nas consequências jurídicas. Com o descumprimento do postulado da proporcionalidade, ter-se-á invalidação da norma, tal como na proibição de excesso se elimina o ilícito constitucional pela eliminação da norma⁵⁹; já no âmbito da proibição de insuficiência, o controle jurisdicional levará à inconstitucionalidade por omissão, total ou parcial, na realização/proteção de um direito fundamental, não da ação propriamente dita. Em Portugal e no Brasil a omissão levará à notificação ao Legislativo ou Executivo para colmatar a lacuna da prestação fática ou determinando a edição da norma necessária à tutela. Como se verá, é possível estruturar outras consequências jurídicas ao défice na proteção, seja no plano das insuficiências legislativas, através do diálogo transconstitucional e jurisdicional, seja no plano das insuficiências das prestações fáticas, com bens deferidos diretamente pelo Judiciário, em casos especiais⁶⁰.

⁵⁹ Sobre o tema escrevi em MACHADO DA ROCHA, Luis Clóvis Jr. *A Decisão Sobre os Efeitos do Ato Inconstitucional*. Fabris: Porto Alegre, 2014. Depende, ainda, em que matéria esta-se tratando – pois a insuficiência de Lei penal, não é colmatada; por outro lado, uma interpretação da Lei, que leve à insuficiência penal, pode ser extirpada, sim). Já na insuficiência da legislação civil, por outro lado, permitir-se-ia a aplicação direta do direito fundamental, com fundamento na Constituição, pré-definindo seu conteúdo.

⁶⁰ Assim, no plano das prestações fáticas sociais, por exemplo, haveria um poder de conceder judicialmente a prestação fática (bem da vida) para a concretização do direito fundamental (em geral o direito social), fundamenta-se que os direitos sociais estão relacionados *com a realização da liberdade fática das pessoas, isto é, com a possibilidade mínima de exercer todos os direitos fundamentais, já que sem a liberdade fática não há liberdade jurídica, um mínimo de realização qualquer direito fundamental há de ter. Assim, neste núcleo, por exemplo, estariam um direitos a um mínimo existencial, a uma*

Entretanto, se uma das alternativas aqui apontadas é o reconhecimento de um *direito à prestação originário (prestação fática, em especial para os direitos sociais)*, ela ainda se cuida de tema altamente controvertido, no Brasil e em Portugal⁶¹, mas que se resume à possibilidade de fixação, pelo Juiz, do conteúdo da prestação fática ou normativa que deveria ter sido editada (mas foi omitida).

4. O Conteúdo do postulado da proibição de insuficiência: o estado da técnica

Embora tratados como temas idênticos em alguns casos, a proibição de insuficiência não se resume ao reconhecimento dos *deveres de proteção dos direitos fundamentais*, pelo Estado, e com ela não se confunde, pois ao passo que esta é obrigação estatal, aquela é medida de controle da realização desta mesma obrigação. Entretanto, tanto uma como outra podem ser classificadas como normas de ação e normas de controle, com intensidade distintas⁶².

Como norma de ação, ela é voltada à vinculação do Legislador e do Administrador, na concretização da Constituição e dos direitos fundamentais: *“apesar constituir um instrumento muito útil e incisivo para o controle jurisdicional do cumprimento daqueles deveres, o princípio da proibição de defeito tem também a maior relevância para o próprio legislador, na programação da sua actividade e na selecção das medidas normativas a adotar”*⁶³.

Exemplificativamente, no julgamento do Habeas Corpus nº 104.410, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao discutir a

moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, 510 e seguintes)

⁶¹ Defendendo, por exemplo, a impossibilidade de direitos sociais originários – não previstos pelo legislador ou pela Constituição estão CANOTILHO, MIRANDA e BLANCO DE MORAIS. Por outro lado, defendendo esta eficácia mínima estão NOVAIS e SARLET.

⁶² DA SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres de Proteção*. p. 623

⁶³ DA SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres de Proteção*. p. 624

constitucionalidade da interpretação que excluía a tipicidade penal da conduta de “*portar de arma de fogo desmuniçada*”, considerou que uma tal interpretação contrariava o dever de proteção dos direitos fundamentais da integridade física da sociedade em geral, dirigido também aos Juízes, na interpretação das leis criminalizadoras, além de desconsiderar que, sendo o legislador vinculado ao dever de proteção, ele o tinha feito de maneira suficiente e adequada, por meio de criminalização da posse e do porte de arma de fogo, com ou sem munição, o que deveria ser respeitado também pelo juiz. Idêntica orientação viu-se no julgamento da ADI nº 4424, no voto do Min. Luiz Fux, a respeito da constitucionalidade de um dispositivo normativo que excluía uma série de medidas despenalizantes (suspensão condicional de processo e transação penal) nos casos penais de lesão corporal marcada pela violência no âmbito doméstico ou familiar (Lei Maria da Penha – 11.343/06). Frisou-se que a avaliação do legislador sobre a necessidade de proteção processual suficiente da mulher derivava do cumprimento do comando constitucional, não podendo ser reavaliado pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, enquanto norma de controle pelo jurisdição constitucional, seu papel também é fundamental, conforme destacou em Voto (declaração de voto) a Conselheira Maria Lúcia Amaral, em Portugal: “ (...) *o Tribunal se não pode demitir da tarefa que especificamente lhe cabe, e que é a de julgar quais são as acções de protecção ou de promoção que são adequadas e quais as que o não são. Para tal, é necessário que se tenha algum critério a partir do qual se possa aferir a 'adequação' das acções; é necessário que se tenha algum tópico orientador, algum instrumento conceitual que permita detectar as insuficiências de protecção, caso elas existam.*”⁶⁴

Igualmente, mas no Brasil, no julgamento da ADI 3510 - caso das pesquisas científicas com células tronco - o voto do Ministro

⁶⁴ Acórdão 75/2010. Tribunal Constitucional Português. Declaração de voto de Maria Lúcia Amaral.

Gilmar Mendes vale-se da proporcionalidade – na sua vertente proibição de insuficiência – para concluir pela necessidade do controle da (in)suficiência das medidas legislativas, à luz das regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Analisemos, então, cada uma das eficácias do postulado da proibição de *défice*.

4.1 A proibição de insuficiência como norma de ação

Os direitos fundamentais, como é sabido, são multidimensionais⁶⁵.

⁶⁵ Realizar ou concretizar um direito fundamental significa satisfazer o seu objeto. Há, porém, diversas maneiras de fazê-lo, isto é, de adimplir a obrigação. Para compreender-se essa multiplicidade, é preciso ver os direitos fundamentais como *feixe de posições*, isto é, como um conjunto de posições jurídicas jusfundamentais que o titular ocupa em face do Estado, que se somam, não se excluem, e não são sucessivas (ALEXY, 2008, p. 193). Por isso, há equívoco na distinção de BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. RJ: Campus Elsevier, 2004, por exemplo, que acredita na identificação dos direitos de primeira geração (direitos de liberdade), como satisfazíveis por meio de abstenções, ou os direitos sociais como realizáveis por meio de prestações, sempre. Acerta, porém, NOVAIS (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais...*) ao estabelecer a unidade dos direitos fundamentais a partir da sua dimensão de prestação positiva ou negativa, isto é, enfocando a espécie de prestação do direito – seja ele de liberdade ou social – e aplicando-lhe a unidade de regime constitucional. Entende-se, neste trabalho, a identificação parcial – ou ao menos a não-contradição entre a posição de ALEXY e de NOVAIS, neste ponto. Essa concepção do direito fundamental “completo” - ou total - inclui, ao menos, três posições gerais que geram deveres de agir e de não agir: “*direitos a algo*”, “*liberdades*” e “*competência*”. “Direito a algo” entende-se como a posição em que o sujeito tem perante o destinatário (Estado), a exigir uma ação, em sentido amplo. A ação é constituída por permissões para agir, obrigações de agir e proibições de agir. A ação pode ser positiva ou negativa. No âmbito das *ações negativas*, há um direito a exigir a abstenção do Estado, isto é, não-fazer. ALEXY classifica essas ações negativas em: a) direito a não-embarço no conteúdo dos direitos – significa a pretensão do titular a não ver criados *impedimentos* ou *dificuldades* para o exercício do direito, sejam eles de ordem fática ou jurídica (como proibir juridicamente um ato); b) direito à não-afetação de características ou situações – são as *idiosincrasias* do titular, faticamente, protegidas pelos direitos fundamentais, como conteúdo do próprio direito. Tal direito seria afetado, por exemplo, com a proibição de aquisição de motocicletas, inclusive para os atuais titulares de tal direito, sem qualquer razão jurídica; c) direito à não-eliminação de posições jurídicas – a lei ordinária cria posições (proprietário, credor, etc) para usufruir do direito fundamental, que não podem ser suprimidas, sem qualquer razão constitucional. Por outro lado, as **ações positivas** que compõem os direitos fundamentais são relacionadas às prestações que se pode exigir do Estado. Em sentido amplo, fala-se em direitos a prestações (normativas, fáticas, organizacionais, etc), no âmbito do qual se incluem leis, atos normativos, políticas públicas. Quando se cogita *apenas* das prestações materiais, quer fáticas, quer monetárias, têm-se o *direito à prestação em sentido estrito*. Quando se cogita em direito a prestações em sentido amplo, inclui-se também a edição de normas jurídicas, administrativas ou até mesmo de instituições jurídicas como modo de satisfação: assim, o direito de propriedade é protegido pela ação reivindicatória; o direito de liberdade, pelo *habeas corpus*,

Na sua dimensão positiva de eficácia, significa dizer - enquanto direitos a ações positivas, exigem a concretização por meio de normas, para determinar não apenas o alcance concreto do conteúdo, mas também o objeto integral e pleno, isto é, a sua configuração, já que, em geral as previsões constitucionais destes direitos são ambíguas, vagas e indeterminadas⁶⁶. Grosso modo, são normas-regras que concretizam os direitos fundamentais, nas leis, atos normativos, atos administrativos. Como norma de ação, pois, não vinculam apenas o Legislador, mas também os demais órgãos do Estado, como autoridades administrativas, que devem proteger o direito fundamental de forma suficiente⁶⁷.

Em suma, o postulado da proibição de insuficiência impõe a concretização razoável do direito fundamental - significa dizer, estão vedadas a omissão total, a inação, a não-proteção injustificada, em qualquer medida, pois é dever do Estado dar eficácia aos direitos.

etc. Além do “direito à algo”, todo direito fundamental compreende “liberdades”. ALEXY refere-se não a um conceito filosófico de liberdade, mas à liberdade jurídica, ou seja, liberdades protegidas e não-protegidas, como integrantes de tal liberdade. **A liberdade não-protegida** é como que uma “negação de um dever ser”, em que há permissão para fazer ou para não fazer algo, possibilitando alternativas de ações (agir e não agir), conforme a vontade ou a deliberação do titular do direito. Nesse âmbito inclui-se a faculdade de exercer ou não um direito fundamental, por exemplo, ou de exercê-lo em diversos âmbitos, como a liberdade de religião. Já como liberdade protegida, a liberdade jurídica permite uma ação, protegida pelo direito fundamental, ou seja, há a garantia de que alguém pode realizar determinada ação e há um direito ao não-embaraçamento (incômodo, turbação, impedimento) desta liberdade. Ao lado da liberdade jurídica, há a liberdade fática, cuja importância é subjetiva, pois sem ela os direitos fundamentais nada valem para o *indivíduo*; mas também é objetiva (no sentido de que há uma importância à sociedade que todos tenham essa possibilidade de exercer os direitos sociais). ALEXY fundamenta na liberdade fática a existência dos direitos sociais, o que é válido para a constituição alemão. Finalmente, os direitos fundamentais incluem **competências** no seu conteúdo, entendida como a possibilidade de criação de normas jurídicas individuais ou gerais, como o poder jurídico de conformação dos direitos fundamentais. Reitere-se: todos os direitos fundamentais incluem internamente um espaço de conformação, configuração ou restrição voluntária. É um poder jurídico para alterar ou criar situações jurídicas, por si próprio. São, ainda, espaços de não-competência do Estado. Essa visão ampla dos direitos fundamentais é importante para entender que eles reclamam tanto ações quanto omissões para sua realização, e que a proibição da insuficiência concentra-se nas medidas positivas - ações estatais - que devem ser tomadas, controlando-as quanto à omissão total ou parcial, quanto à sua suficiência. A questão, porém, é saber o *grau de suficiência*.

⁶⁶ SAMPAIO, Jorge Silva. *O controlo*. p. 237.

⁶⁷ DA SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa, 2015. p. 588

Aos que negam, porém, uma eficácia jurisdicional à metanorma, ele se cinge a uma diretiva, a um programa geral e contingente do Estado, na medida que lhe for completamente conveniente e adequado realizar – são as chamadas “normas programáticas”. Neste viés, com conteúdo facultativo e não vinculante, não impõe deveres legislativos objetivos, ou graus mínimos de concretização legislativa e normativa (mínimo de proteção à saúde, à educação, à liberdade, à propriedade, etc), que não sejam aqueles avaliados à opinião do Legislativo, ao interesse dos governos – numa avaliação jurídica e fática que torna a Constituição variável conforme seja o partido político que governo o país.

Contudo, não se pode admitir tal liberdade ampla e indeterminada ao legislador – razão por que a proibição de insuficiência é critério de controle, inclusive para permitir ao Juiz, em casos concretos, colmatar as omissões normativas ou fáticas.

4.2 A proibição de insuficiência como norma de controle

Quando se cogita da proibição de insuficiência como norma de controle, admite-se que ela é instrumento para aferição jurisdicional das prestações fáticas e normativas efetivamente realizadas pelo Estado, ou a sua omissão. Admite-se que a norma de direito fundamental exige um mínimo de realização, previamente fixado pela Constituição, pelas normas nacionais ou transnacionais, a partir do qual deve-se comparar com aquilo que o Poder Público realizou, concluindo-se pelo déficit, ou não, da proteção.

Penso que há duas formas de eficácia da proibição de insuficiência, como norma de controle, que permite ao Juiz a correção de uma proteção insatisfatória, a depender do: déficit interpretativo ou déficit prestacional.

O déficit interpretativo ocorre quando da interpretação realizada pelos Tribunais, ou pela parte processual, decorre uma desproteção do direito fundamental. Exemplificativamente, no caso

do julgamento do RE nº 418.376-5⁶⁸, o STF entendeu que a ampliação das hipóteses de extinção da punibilidade de um crime – por interpretação extensiva ou analógica – violaria a proibição de déficit na proteção da vítima. Do mesmo modo ocorreu nas já citadas ADI 3510 (Lei das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias) e ADI 4424 (Lei Maria da Penha).

O déficit prestacional ocorreria da insuficiência na prestação material reclamada pelo direito, ou seja, no *quantum* oferecido pelo Poder Público. Nestes casos, têm-se cogitado do deferimento judicial das prestações materiais postuladas – medicamentos, casas, tratamentos médicos, construção de rodovias, aumento efetivo de policiais, etc. Os exemplos são inúmeros – bastando pesquisar nas decisões dos Tribunais e, embora sem expressamente invocar o postulado, eles, no fundo, pressupõem que o Estado brasileiro **não realizou os direitos fundamentais a serem protegidos de forma ótima, adequada ou suficiente**.

Para o controle do déficit prestacional, vários são os critérios que podem ser utilizados – e, ressalte-se, a jurisprudência ou a doutrina nacionais não o elencam. Aliás, infelizmente, os Tribunais, com simples base no “texto” constitucional, absolutamente desrespeitando a separação de poderes, costuma deferir “tudo”, ou seja, qualquer pedido, baseando na proteção a um direito fundamental. Contudo, é preciso teorizar para conferir segurança a este controle da realização do direito fundamental.

Assim, compreendo que certos critérios, valendo-se da proposta de SANDRA FREDMAN⁶⁹ expõem variáveis de contexto a contexto que auxiliam no controle da suficiência e de eficiência na realização do direito fundamental, que **deveriam ser adotados pela**

⁶⁸ O caso versava sobre a aplicação de uma causa de extinção da punibilidade do estupro (hoje revogada), qual fosse, o casamento do ofensor com a vítima. Discutiam os ministros se a união estável (instituto equiparado ao casamento pela Constituição brasileira) poderia ser também causa de extinção da punibilidade. Prevaleceu, porém, a tese de que uma tal interpretação extensiva seria inconstitucional, dentre outras razões, por deixar à descoberta.

⁶⁹ FREDMAN, Sandra. *Human Rights Transformed – positive rights and positive duties*, Oxford, 2008. p. 77.

doutrina e pela jurisprudência nacional: a) *a efetividade esperada* – seja qual for o nível de realização, ele deve ocorrer de modo que seja apropriado à promoção do bem jurídico (o meio deve ser adequado – por exemplo, tratamentos médicos solicitados devem comprovadamente proteger a saúde da pessoa); b) *a participação dos afetados na definição do meio de realização*, que contribui para definir se o nível é positivo ou não – por exemplo, podem os postulantes à prestação pagar, colaborar, enfim, ajudar na realização da prestação pedida – por exemplo, deslocar-se de carro, por meios próprios, até o local da cirurgia pretendida e deferida; c) *a responsabilidade e controlo*, ou seja, as autoridades devem estar em posição de conseguir explicar e justificar aquilo que é necessário ou foi feito para efetivar o direito, o que pode aumentar a legitimidade de escolha – e aqui, deve-se questionar o Juiz, o Advogado, o Promotor, o Defensor Público, o Procurador do Estado, no processo: se todas as demais pessoas, em situações iguais, postularem tal prestação (v.g tratamento nos EUA), terá o Estado condições de custear? Não haverá quebra financeira, com gastos irresponsáveis, em se deferir o pedido?; d) *igualdade real ou substantiva*, que exige direcionar os recursos financeiros em maior quantidade aos mais desfavorecidos, ou seja, em compreender que não é possível dar a todos, tudo o que se pede – e que isso não é proteção insuficiente, mas realidade da vida.

Por sua vez, alguns reduzem o controle da insuficiência à garantia do mínimo existencial – isto é, tudo o que for abaixo do *núcleo essencial do direito*, na sua vertente positiva deste mínimo, seria instrumento para definir a “mínima proteção exigida”, que poderia ser corrigida, judicialmente, se não oferecida pelo Estado. Para estes, se é certo que o *mínimo existencial* surge a partir da proteção contra as intervenções do Estado (art. 19, § 2º da Constituição Alemã atual ou art. 18 § 3º da Constituição Portuguesa atual ou art. 53, inciso I, da Constituição Espanhola), o

desenvolvimento de uma teoria do conteúdo mínimo *positivo* deriva de um direito frente ao Estado de um mínimo de direitos⁷⁰.

Finalmente, NOVAIS estabelece um critério duplo para o controle da insuficiência: o *princípio da realização do mínimo* e o princípio da razoabilidade⁷¹. O primeiro, centra na definição do conteúdo mínimo positivo do direito, e a outra centra-se na análise da situação objetiva e subjetiva, desarrazoada, que os potenciais destinatários da medida de ajuda quedariam, em face da não realização daquele dever ou conteúdo. Para NOVAIS, com quem concordamos, a partir do mínimo existencial (social), definem-se as necessidades, salvo por dificuldades financeiras estruturais ou conjunturais absolutamente incapazes de permitir a concessão da tutela; então, avaliam-se as consequências, razoáveis ou não, em que os potenciais destinatários quedarão, sem a prestação reclamada. Concordamos porque tais critérios se somam aos acima apresentados como *instrumento* jurisdicional de controle da (in)suficiência fática.

Por sua vez, SAMPAIO⁷² defende que a definição do (in)suficiente na realização dos direitos fundamentais depende da conjugação do princípio da dignidade humana e do princípio da razoabilidade, em uma espécie de desenvolvimento dos critérios propostos por NOVAIS.

Em primeiro lugar, ele considera que a realização do mínimo social dos direitos fundamentais é já a própria dignidade humana, não podendo se falar em autonomia dogmática de um “princípio de realização do mínimo”, razão por que propõe o referido modelo, que considera mais adequado. Para ele, conquanto haja ambiguidade e a pluralidade de conceitos da dignidade

⁷⁰ ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *O núcleo mínimo dos direitos à educação e à instrução e o papel das Cortes Africanas e Europeia de Direitos Do Homem na sua Garantia*. In *Os Direitos Humanos em África*: Coimbra: Coimbra, 2013. pp. 225-233

⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. p. 307

⁷² SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controlo*. p. 587

humana⁷³, ela é critério que permite verificar a violação à insuficiência sempre que se verificar a não satisfação das necessidades e interesses básicos para a sobrevivência, o que constituiria um conteúdo mínimo absoluto de cada direito fundamental⁷⁴. A dignidade humana, como fim em si mesmo, como valor supremo, confere unidade de sentido aos direitos fundamentais, é a referência valorativa e a base de todos eles, não sendo sujeita à ponderação ou restrição⁷⁵. Aliás, HÄBERLE considera que a essência da dignidade humana é garantir ao sujeito o fato de ser uma pessoa e ter uma identidade pessoal, de ter autonomia e responsabilidade sobre si próprio⁷⁶.

Em segundo lugar, além disso, o princípio da razoabilidade funcionará como controle da insuficiência nas situações em que, mesmo ausente violação à dignidade, o titular do direito fundamental encontre-se em manifesta desrazoabilidade, inaceitável no Estado de Direito⁷⁷.

A razoabilidade, que para alguns integra o controle de proporcionalidade (proibição de excesso)⁷⁸, que para outros confunde-se com a proporcionalidade em sentido estrito⁷⁹, é útil no controle dos atos administrativos, legislativos e até mesmo judiciais. No sentido aqui apresentado, pode ser vista do ponto de vista fraco e do ponto de vista forte⁸⁰. A **razoabilidade em sentido fraco** corresponde ao modelo americano da “*rational basis test*”, ou seja,

⁷³ SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controlo...* p. 596. O que implica considerar que o conteúdo definitivo da dignidade sempre dependerá de cada caso concreto.

⁷⁴ SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controlo* p. 590.

⁷⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito...* vol. IV, pp. 180 e seguintes.

⁷⁶ HÄBERLE, Peter. *La dignità umana come fondamento della comunità Statale*. In Peter Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 2 e seguintes.

⁷⁷ SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controlo...* p. 601.

⁷⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições não expressamente autorizadas*. p. 765.

⁷⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo e MATOS, André Salgado. *Direito Administrativo...* vol I, p. 214 e seguintes.

⁸⁰ SADURSKI, Wojciech. *Reasonableness and Value Pluralism in Law and Politics*. In SAMPAIO, nota p. 704.

uma razoabilidade utilizada como sinônimo de racionalidade, quando não há conexão alguma entre os fins perseguidos e os meios utilizados para tal fim. Em outras palavras, é um teste para excluir decisões administrativas ou judiciais ou legislativas manifestamente arbitrárias ou irracionais, conferindo uma grande deferência às opções dos agentes políticos. A **razoabilidade em sentido forte** permite um escrutínio mais severo, relacionado com o balanceamento dos diversos valores e interesses, dos meios à disposição do Poder Público e dos efetivamente empregados, em um juízo de eficiência das escolhas, o que leva a um controle não apenas de racionalidade – para excluir aquilo que for manifestamente irracional – mas também a um controle da melhor escolha⁸¹. E, considerando que o déficit é um limite proibitivo de ineficácia, há se adotar a razoabilidade em sentido forte, como método de controle, para ser coerente a sua teoria.

Especificamente no campo dos direitos sociais e das suas prestações, SAMPAIO adere a NOVAIS, utilizando os critérios de controle da suficiência ou da insuficiência a partir dos apresentados pela jurisprudência do Tribunal Constitucional da África do Sul nos casos *Republic of South vs Grootboom and Others* (2000), *Minister of Health vs Treatment Action Campaign* (2002) e *Khosa & Others vs Minister of Social Development and Others* (2004). A jurisprudência do Tribunal Constitucional Sulafricano considera que sempre é legítimo ao poder público realizar opções não inconstitucionais, mas isso não exclui a possibilidade de controle das decisões pelos Tribunais, à luz da razoabilidade⁸².

⁸¹ Exemplo hipotético da diferença neste controle da razoabilidade pode ser aplicado ao campo dos atos administrativos: Um concurso público para aquisição de microcomputadores para escolas públicas pela melhor proposta oferecida é realizado por uma entidade pública e esta decide adquirir computadores de modelo “A” por um preço X, que atende às qualificações técnicas exigidas. Ora, se “A” serve aos fins e é adequado, então passa no teste de racionalidade em sentido fraco. Mas, em havendo um teste forte de racionalidade, pode-se controlar a escolha, isto é, se houver “B”, minimamente mais caro, porém muito mais potente e mais qualificado, com assistência técnica, etc, então a decisão administrativa de contratar pode ser revista.

⁸² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. p. 212.

Embora rejeitando a existência de um núcleo mínimo de eficácia, porque as necessidades dos titulares são heterogêneas, porque as circunstâncias sociais de cada grupo variam, porque seria incompatível com o princípio da separação dos poderes a fixação constitucional deste mínimo, dentre outras razões⁸³, a Corte Constitucional fixou que a depender da circunstância concreta “a *desrazoabilidade de uma eventual omissão estatal de prestações sociais mínimas, com a consequente imposição judicial das prestações devidas*” é sempre possível⁸⁴. Porém, no caso relativo ao direito fundamental social à habitação (*Grootboom*), o Tribunal alterou parcialmente seu entendimento, reconhecendo um direito a prestação fática, qual fosse, a construção de moradias dignas a uma determinada comunidade, que havia sido despejada do seu local inicial e não seria atendida de forma razoável pelo programa nacional de habitação, da forma progressiva como prevista, em tempo suficiente de evitar os danos⁸⁵. Assim, para além do controle da política pública adotada, sob o prisma dos deveres exigidos pelo direito fundamental, o Tribunal Constitucional passou a considera a situação objetiva em que se encontravam os cidadãos, em face da omissão do Estado, ou seja, em que situação eles se quedam em face da não-realização do direito: “*Os particulares têm de ficar numa situação de manifesta vulnerabilidade, não se vislumbrando hipótese de resolverem, sozinhos, o concreto problema que os assola (e, obviamente, no caso de o Estado ter essa capacidade)*”⁸⁶.

Há, em suma, múltiplos critérios para controle da insuficiência, conforme a jurisprudência e a literatura evidenciam, mas, seguramente, nem doutrina, nem jurisprudência, nem advogados, procuradores ou promotores adotam-nos de forma

⁸³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* p. 214.

⁸⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. p. 214.

⁸⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. p. 216.

⁸⁶ SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controlo*.p. 609.

estruturada ou coerente, de forma que a realização dos direitos fundamentais realiza-se sem qualquer coerência e sistematicidade.

4.3 O problema da teoria do mínimo existencial ou social como critério de controle da insuficiência

Para alguns⁸⁷, a proibição de insuficiência se resumiria à tutela do mínimo existencial positivo ou conteúdo essencial do direito – sendo a “mesma coisa”. Sabidamente o “conteúdo essencial” ou “mínimo existencial” é multifuncional na dogmática dos direitos fundamentais e amplamente trabalhado na doutrina⁸⁸, contando com consagração constitucional em Portugal. Porém, cuida-se apenas de um elemento inicial e auxiliar na definição da proteção insuficiente, porque ele está relacionado com realização dos direitos fundamentais em grau suficiente em uma determinada situação histórico-concreta – dependendo de outros fatores econômicos, sociais e políticos que o complementam, o que significa algo distinto de construir um mínimo conteúdo *inflexível, permanente, imutável e abstrato*.

É cediço que as funções do mínimo existencial são variadas e múltiplas na dogmática dos direitos fundamentais: ser uma barreira contra restrições legais, na dimensão de defesa; assegurar uma dimensão de eficácia prestacional nos direitos sociais; garantir a proteção à arbitrariedade e atos atentatórios à dignidade humana nas relações entre particulares e definir, ainda, um mínimo de liberdade real garantido, no âmbito dos deveres de proteção⁸⁹. Identificam-no como o *elemento de dignidade humana presente em todos os direitos fundamentais*, ou o núcleo vital e inviolável de proteção, relacionada com o mínimo existencial, com o mínimo

⁸⁷ SAMPAIO, Jorge Silva. *O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias*. Coimbra: Coimbra, 2012.

⁸⁸ Sobre o tema ver, por exemplo, no Brasil, MENDES, Gilmar. *Direito Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁸⁹ DA SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de Proteção*.....p. 606.

vital, necessário para a existência biológica. Vincula-se ao núcleo essencial na dimensão prestacional ou negativa⁹⁰. De fato, o conteúdo real de um direito pode ser até maior do que o essencial, nunca, porém, menor.

Ora, em alguns casos, a Constituição – ou por fórmula negativa ou por fórmula positiva – estabelece esse conteúdo mínimo: ao proibir penas cruéis, desumanas, a censura à liberdade de expressão, fixa um conteúdo mínimo negativo, por exemplo⁹¹. Entretanto, via de regra, é necessário um *trabalho mais árduo e melindroso* para definir-se o conteúdo essencial. Para isso, ensina MIRANDA, cumpre ao intérprete-aplicador considerar as finalidades e os valores que justificam o direito, com o “*conhecimento da sua formação histórica (do direito), do cotejo comparativo (com outros ordenamentos), da jurisprudência, do desenvolvimento da cultura cívica e constitucional*”⁹². Por isso, em si, a proteção do conteúdo mínimo não é, sozinha, suficiente para proibir uma proteção deficitária dos direitos fundamentais⁹³.

5. Alguns critérios para aplicar a proibição de insuficiência e controlar a realização dos direitos fundamentais de maneira suficiente

⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁹¹ MIRANDA, Jorge. *O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais*. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Edições Almedina S.A: Lisboa, 2010. p. 500.

⁹² MIRANDA, Jorge. *O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais*. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Edições Almedina S.A: Lisboa, 2010. p. 500

⁹³ No próprio âmbito do “conteúdo mínimo” há divergências entre os teóricos objetivos e subjetivos de um mínimo, isto é, teóricos de um mínimo geral e constante e teóricos de um mínimo vinculados a cada caso concreto. Ainda nessa linha de definição do núcleo essencial (núcleo duro) – na dimensão prestacional positiva, de um lado, colocam-se os defensores do núcleo essencial absoluto – um conteúdo mínimo fixo e permanente em cada direito fundamental, definível abstratamente e de outro lado, há os que defendem um núcleo essencial relativo – mutável – definível na colisão, em concreto, com os demais direitos fundamentais, de modo que a realização do mínimo, suficiente, dependeria do contexto de realização conjunta de outros direitos fundamentais.

Ora, no campo das prestações – positivas e negativas – exigidas pelos direitos fundamentais, é bom recordar, os direitos tanto de liberdade como sociais, não apresentam uma única estrutura de realização, razão por que a proibição de insuficiência serve como parâmetro de controle das eficácias de qualquer direito fundamental, mas depende do tipo de prestação positiva – normativa ou fática, ou da prestação negativa.

Quanto ao controle da (in)suficiência das prestações normativas (normas penais, civis, administrativas, etc), ele deve iniciar-se **(1)** na análise dos textos constitucionais, para se verificar se o conteúdo suficiente vêm definido por meio de normas-regras (posição definitiva) – como no art. 206, inciso IV da Constituição, que determina a gratuidade do ensino primário; o art. 7º, inciso XVII, sobre as férias remuneradas com 1/3 a mais, etc; ou **(2)** se há um mandamento de proteção definido na Constituição, que deve ser considerado como dimensão de peso para interpretação em favor dos direitos fundamentais – quando há, via de regra, princípios que determinam um estado de coisas a ser promovido, primariamente.

Ao depois, ausente tal previsão definitiva (norma-regra), **(3)** é possível valer-se de convenções, de tratados, de declarações universais para buscar o nível de proteção adequado – nível este dado pela abertura material dos direitos fundamentais, nas Constituições portuguesa e brasileira, em face da eficácia multinível dos *Grundrechte*. Finalmente, **(4)** ausente tais definições, então prevalecerá a liberdade conformadora do Legislador, não se podendo falar de proteção insuficiente, quando, por exemplo, estabelece-se um nível de proteção que o Juiz, o Advogado, o Defensor Público, o Promotor ou Procurador do Estado “acham” errado, injusto, insuficiente ou baseando em qualquer outra perspectiva subjetiva ou naturalística.

Quanto ao controle da (in)suficiência da prestação fática, semelhantemente, deve-se principiar pela Constituição nacional **(1)**, se fixa a posição definitiva da proteção exigida; ao depois **(2)**, utilizando-se da definição do *conteúdo mínimo* prestacional (o

mínimo de saúde, de educação, de liberdade, etc), que a Constituição impõe para o direito seja usufruível, definido com a ajuda das ciências humanas, matemáticas, biológicas, sociais, pode-se **(3)** verificar se naquela situação fática concreta o titular do direito fundamental apresenta déficit irrazoável de sua proteção: por exemplo, qual o mínimo para se viver dignamente? Qual o mínimo na saúde, na educação, no trabalho? Observa-se, aqui, o diálogo com as ciências empíricas, para definir-se a razoabilidade ou não da situação concreta do cidadão que defende haver “proteção insuficiente”.

Para compreender a razoabilidade **(3)**, ou não da situação, proponho que os Juízes devem **(4)** analisar as possibilidades fáticas de quem reclama a prestação material, isto é, em primeiro lugar, se a pessoa não tem condições de, por si própria, realizar o direito fundamental que reclama: saúde, educação, trabalho, propriedade, etc. Após, **(5)** há que se verificar, ainda, as disponibilidades financeiras do Ente Público de quem se reclama a proteção, pois há limites financeiros que não podem ser ignorados – em geral dados pela prova cabal da insuficiência financeira; finalmente **(6)**, deve-se analisar a igualdade na prestação, isto é, possibilidade de universalização da prestação considerada como suficiente – por exemplo, pode-se conferir o tratamento médico experimental nos EUA a todos que postularem? A vaga na universidade, pedida em juízo, pode ser conferida a todos que pedirem, em iguais circunstâncias?

Uma interpretação ou decisão jurídica deve sempre ter atenção ao dever de universalização, isto é, à possibilidade de que ela seja aceitável como decisão ou interpretação para outros casos idênticos, tantos quantos o forem⁹⁴. Se, por um lado, os intérpretes e os tribunais estão obrigados a considerar as possíveis consequências das suas decisões, por outro lado, não podem apenas

⁹⁴ Sobre o tema escrevi pormenorizadamente em MACHADO DA ROCHA JR, Luis Clóvis. *A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional*. Porto Alegre: Fabris, 2014

decidir assumindo as consequências fáticas como premissas de argumentação *ad hoc*, sem compromisso com a integridade do ordenamento jurídico constitucional ou com a *justiça formal*. Ensina MACCORMICK que uma decisão jurídica, para ser racional e aceitável, consubstancia-se: a) universalizável; b) consistente e coerente com as normas jurídicas do sistema e c) admissível do ponto de vista de suas consequências normativas⁹⁵.

Deve ser universalizável porque precisa valer e vincular não apenas para aquele caso pontual em que é discutida, mas para todos os outros casos semelhantes, no futuro, que possam vir a surgir e sejam iguais nas características⁹⁶. Trata-se de antiga regra kantiana de racionalidade nas deliberações práticas que, posteriormente, ganhou força com a filosofia moral de HARE e que também é apresentada como indispensável para a correção da argumentação jurídica segundo as regras procedimentais desenvolvidas por ALEXY⁹⁷. Como decorrência desse caráter universal da norma de decisão, argumentações *ad hoc* ou *ad hominem* não devem ser admitidas⁹⁸. Assim, não se pode ou admitir ou não admitir a razoabilidade da situação tendo em vista

⁹⁵ Requisitos extraídos de MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006., capítulo V. p. 127-195. Um resumo deles encontra-se em ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Teoria da argumentação jurídica. 3^a ed. São Paulo: Landy, 2006. p. 126-135.

⁹⁶ A igualdade de casos, na modulação de efeitos, para fins deste trabalho é tão somente o pedido de modulação de efeitos da sanção de invalidade, após uma decisão do Supremo Tribunal Federal, baseando-se o pedido em qualquer norma constitucional supostamente violada com a eficácia retroativa da sanção.

⁹⁷ ALEXY, Robert. (*Teoria da Argumentação*.1989, p. 79-82) descreve as lições da filosofia moral de HARE, acerca do que chama de princípio da universalidade, aplicável não apenas a proposições descritivas como prescritivas. Universalidade consiste, em linhas gerais, na necessidade (para a correção de uma juízo moral ou jurídico) de afirmar-se que se existe uma certa qualidade (a) em B e, se B=C, então (a) também está presente em C. Portanto, relaciona-se com a possibilidade de que uma decisão transcenda um caso específico e seja capaz de reger tantos casos semelhantes quanto surgirem. Não se tem um problema de concretude ou generalidade (grau da prescrição jurídica em relação a um grupo maior ou menor de pessoas sujeitas à decisão), mas uma diferença lógica. Além disso, a universalidade é condição necessária, mas não suficiente da racionalidade de um discurso, de uma fundamentação jurídica. Também MACCORMICK (*Argumentação Jurídica...2006*. p. 99-100) adota a posição de Hare, ao destacar que universal diferencia-se de geral.

⁹⁸ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 197.

circunstâncias não-rationais (filiação partidária, sexo, cor, raça, etc), ou seja, na pessoa do postulante. Todo e qualquer critério que constitua “irrazoabilidade” ou “razoabilidade” deve ser de tal maneira objetivo que valha para casos similares, futuros.

Além disso, toda decisão que implica uma norma jurídica que regula o caso em julgamento e, também, os futuros, deve ser coerente, porque entre as duas decisões jurídicas possíveis no caso, deve-se construir uma solução que não contradiga normas válidas⁹⁹, estabelecida pela ordem jurídica, isto é, seja uma decisão jurídica consistente¹⁰⁰. Logo, hipoteticamente, se uma Lei ou Ato Administrativo ou norma constitucional proíbe a concessão de prestação fática a alguém (exemplo: fornecimento de medicamento a quem perceba mais de 10 salários-mínimos), não pode o Julgador considerá-la violadora da proteção insuficiente. Por outro lado, se – ao formular uma interpretação – o julgador não puder aplicá-la a casos similares ou assemelhados, por força das consequências nefastas aos cofres públicos, por exemplo, ou às regras orçamentárias, então a decisão é inadmissível e a razoabilidade estará mal-aplicada.

Finalmente, verificada a omissão da proteção insuficiente, na situação concreta, defende-se a possibilidade de conferir-se judicialmente a prestação acima do insuficiente, como consequência da violação à metanorma, ou seja, a concessão do *direito à prestação positiva material* de forma originária, porque não prevista em Lei ou na Constituição, mas por ação do Juiz. Tudo para se garantir a eficácia suficiente, a vedando-se a tutela deficitária das normas de direito fundamental.

7. Referências

⁹⁹ MACCORMICK, Neil. *Retórica*. 2008, o. cit., p. 139-148.

¹⁰⁰ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica*. 2006, op. cit., 135 e Capítulo VIII.

ALEXANDRINO, José de Melo. **A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXY, Robert. **A fórmula peso**. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático**. In Neoconstitucionalismo. Miguel Carbonell (Org.). Trotta Editorial, 4ª Ed, 2009.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Forense, 2012.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. **O núcleo mínimo dos direitos à educação e à instrução e o papel das Cortes Africanas e Europeia de Direitos Do Homem na sua Garantia**. In Os Direitos Humanos em África: Coimbra: Coimbra, 2013

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: 2003.

CANAS, Vitalino. **A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e otimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios)**. Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Almedina: Coimbra, 2003.

_____. **“Brançosos” e interconstitucionalidade - itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2ª edição. Lisboa: Almedina, 2012.

ESSER, *Josef*. **Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts**. Tübingen, 1961.

FORSTHOFF, Ernest. **Über Maßnahmegesetze**. In *Forshungen und Beriche aus dem öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*. München: G. Olzog, 1955.

FREDMAN, Sandra. **Human Rights Transformed – positive rights and positive duties**. OUP, Oxford, 2008.

GUASTINI, Ricardo. **La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano**. In *Neoconstitucionalismo*, Madrid. Editorial Trotta, 2009.

HÄBERLE, Peter. **La dignità umana come fondamento della comunità Statale**”. In Peter Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*. Milano: Giuffrè, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos**. In: *Um Ensaio Sobre a Constituição da Europa*. Lisboa: Edições 70 Ltda.

HERMES, G. **Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit – Schutzpflicht und Schutzanpruch aus Art 2º Satz 1 GG**. Heidelberg, 1987.

HESSE, Konrad. **Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland**, in *EuGRZ* 1978.

HOLLENBACH, A. **Grundrechtsschutz im Arzt-Patienten-Verhältniss**. Berlin: Berlin, 2003.

JELLINEK, Gerg. **System der Subjektiven Öffentlichen Rechte**. Tübingen: JCB MOHR, 1919

KELSEN, Hans. **Allgemeine Theorie der Normen**. Teoria Geral das Normas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulkenbian, 2014.

LERCHE, Peter. **Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze de Verhältnismässigkeit un der Erforderlichkeit.** 2.ª ed. Keip, Goldbach, 1999, p. 60 e seguintes.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales.** 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MACHADO DA ROCHA, Luis Clóvis Junior. **A Decisão Sobre os Efeitos do Ato Inconstitucional.** Fabris: Porto Alegre, 2014

MACHADO, Jónatas E. M. **Direito da União Europeia.** 2º Edição. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 54 e seguintes.

MACHETE, Pedro e VIOLANTE, Maria Teresa. **O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência constitucional, também em relação com a jurisprudência dos Tribunais europeus:** in XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais da Espanha, Itália e Portugal. Roma: 2013. Disponível em www.tribunalconstitucional.es

MARTINS, Ana Guerra. **A Proteção dos Direitos Fundamentais em Portugal e a Constituição Europeia.** Revista de Estudos Europeus, Ano 1, nº 2, julho-dezembro de 2007.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán** (1904). Buenos Aires: Depalma, 1982 .

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Direitos Fundamentais. Tomo IV, 5º Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. **O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais.** In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Edições Almedina S.A: Lisboa, 2010. p. 497

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional.** Tomo II. 2º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011

_____. **Curso de Direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra, 2015.

MORAIS, José Luiz Bolzan; VIEIRA, Gustavo de Oliveira. **O Futuro dos Direitos Humanos e o Constitucionalismo do Futuro**. In Direito das Futuras Gerações. São Paulo: Academia Brasileira de Direitos Humanos, 2013.

NABAIS, Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almeidina, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª edição. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010.

_____. **Contributos para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almeidina, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in the European Union**. In European Law Review 27. 2002.

PETERSMANN, Ernest-Ulrich. **Multilevel Governance of Interdependent Public Goods in the 21st Century: From National To Multilevel and Cosmopolitan Constitutionalism?** In Direito das Futuras Gerações. São Paulo: Academia Brasileira de Direitos Humanos, 2013.

PISARELLO, Gerardo. **Los Derechos Sociales y sus Garantías: Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais: Teoria Geral**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Sobre epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 200.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais**. Coimbra: Coimbra, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. **Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2005.

SCHMITT, Carl. **Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung**, 1931.

SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de Proteção dos Direitos Fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

SMEND, Rudolf. **Constituicion y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985

STRECK, Lênio Luis. **Bem Jurídico e Constituição: Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra nº 80. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 315

SUSTEIN, Cass R. ; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes**. New York: W.W Norton & Company, 2000

TEUBNER, Gunther. **A Bukovina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional**. In Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas, vol. 14, § 33. Piracicaba: Unimep, 2003

TORRES, Jesus García e JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. **Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares**. 1. ed. Madrid: Civitas, 1986.

TZEMOS, Vi. **Das Untermaßverbot**. Frankfurt, 2004.

VANDENHOLE, Wouter. **Conflicting Economic And Social Rights: The Proportionality Plus.** in E. BREMS (ed.), Conflicts between Fundamental Rights, Antwerp, Intersentia, 2008, 559-589.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 5ª Edição. Lisboa: Almedina, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustav. **El Derecho Dúctil.** Madrid: Editorial Trotta, 2009.

O CARÁTER FUNDAMENTAL DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Guilherme Pavan Machado¹

José Carlos Kraemer Bortoloti²

1. Introdução

Os direitos (fundamentais) sociais na Constituição Federal de 1988, no âmbito jurídico-dogmático, não têm discurso uníssono quanto ao seu caráter fundamental. As objeções a seu *status* fundamental residem em argumentos acerca de uma interpretação restritiva da CF/88, um apego a uma classificação ultrapassada de direitos fundamentais, já rechaçada por Novais quando se fala em um Estado Democrático de Direito contemporâneo, bem como a aspectos políticos ligados ao planejamento orçamentário estatal.

Destarte, o caminhar dos direitos fundamentais no Brasil é muito recente e imaturo, em razão do período pré-Constituição de 1988 ser marcado pelo regime ditatorial, com uma gama ínfima de direitos fundamentais (se é que eram efetivados), e pós-constituição de 1988, o Brasil tem um texto constitucional audacioso e que promete mudar o contexto social, abrangendo uma gama muito maior e complexa de direitos fundamentais³.

¹ Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional IMED, na linha de pesquisa Fundamentais do Direito e Democracia. Membro do Grupo de Pesquisa: Direitos Fundamentais, hermenêutica e proporcionalidade: crítica ao desenvolvimento prático-teórico do dever de proteção aos Direitos Fundamentais, do Programa Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade IMED. Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional IMED. Advogado. E-mail: g.pavan.machado@gmail.com.

² Doutor em Direito (UNESA/RJ), com Doutorado Sanduíche junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (orientação Prof. Dr. Jorge Miranda) financiado pelo PDSE/CAPES. Mestre em Direito (ULBRA/RS). Advogado. Atualmente faz parte do Corpo Docente da Escola de Direito da Faculdade Meridional - IMED, na Coordenação do NUJUR e no NDE do Curso. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa Dignidade, Estado e Direito e do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos, ambos do PPGD Stricto Sensu da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ); membro do Centro de Estudos e Pesquisas em Estado, Jurisdição e Direitos Fundamentais (CEPEJuD) da Escola de Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). E-mail: jose.bortoloti@imed.edu.br.

³ Sobre esse espírito da Constituição Brasileira de 1988, Vieira aponta que “[...] a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de *compromisso*

Na Alemanha, por exemplo, o caminhar de uma teoria de direitos fundamentais é mais maduro, vem desde 1949 com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn (também promulgada posteriormente ao período nazista-fascista na Alemanha, que trouxe enormes sequelas ao povo), que não contempla direitos não contempla direitos sociais, econômicos e culturais expressamente positivados mas consegue ter um índice satisfatório de efetividade desses direitos, muito maior que o Brasil.

Entre a teoria de direitos fundamentais brasileira e alemã existem pontos de convergência, a exemplo de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais e utilização do princípio da proporcionalidade (LIMA, 2007), e pontos discrepantes, como a positivação de um amplo rol de direitos fundamentais na Constituição de 1988, o que não se encontra na Lei Fundamental de Bonn.

Entretanto, cumpre ressaltar que a teoria germânica de direitos fundamentais tem mais de 50 anos, e muito bem consolidada juridicamente e socialmente, e no Brasil, essa teoria é prematura, e marcado por um “um grande descompasso entre a norma constitucional e a realidade socioeconômica brasileira” (LIMA, 2007, p. 140).

Isso justifica a remissão a um período histórico do reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais, que segundo Novais (2010), surgiu na Alemanha, por meio de um fenômeno chamado “*paraconstitucionalização*”, onde, mesmo não positivados os direitos sociais, eles o eram efetivados em razão do ideal de Estado Social assumido pela Alemanha, calcado também no princípio da dignidade humana.

A situação dos direitos fundamentais em solo brasileiro é preocupante e precária, e a análise do difícil reconhecimento dos direitos sociais enquanto fundamentais no Brasil tem o intento de

tentar esclarecer o seu caráter fundamental bem como a sua (in)efetividade no plano prático. Nesse espectro, será tratado nesse trabalho esse perspectiva do difícil reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais no prisma dogmático-jurídico, e uma abordagem política da crise sanitária brasileira e um cenário sócio-econômico, que também obsta a efetividade desses direitos.

Cumpra apontar que esse artigo não esgota o tema, e também não tem o condão de dar uma solução a esse problema (pois, no atual contexto brasileiro, uma solução é uma tarefa demasiadamente complicada e complexa), mas sim discutir o tema e buscar elucidar questões relevantes sobre essa discussão de grande importância no cenário jurídico brasileiro.

2. Direitos sociais: historicidade e problematização

Para começar a trilhar o desenvolvimento desse trabalho, uma breve revisão sobre a historicidade dos direitos fundamentais mostra-se necessário, apontando os aspectos emblemáticos de enlevo ao mundo jurídico.

A transição do Estado Liberal para o Estado Social trouxe ao mundo jurídico uma grande mudança, uma vez que o posicionamento estatal no período liberal era de se abster de intervir na vida de seus cidadãos e não primava pela promoção de ações destinadas ao bem-estar social. A sociedade, em virtude dessa abstenção, ficou coberta por desigualdades sociais, discrepâncias sociais e o desconhecimento de uma justiça social. Nesse panorama surge o Estado Social, objetivando a promoção do bem-estar social, buscando uma melhora de vida da sociedade com a promoção de direitos como direito à educação, à liberdade e a saúde.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais surgem nesse cenário, como meio de transformação social e garantia de um princípio da dignidade da pessoa humana, buscando romper um passado repleto de desigualdades sociais e nula justiça social.

Nesse transcorrer histórico, os direitos fundamentais foram evoluindo, e é comum encontrar em escritos as expressões “dimensões” e “gerações” de direitos fundamentais como modo de classificar – equivocadamente – esses direitos, como conceitos fechados e determinados onde um direito fundamental apresente apenas uma natureza negativa, e outro apenas a positiva.

De certo, adota-se a classificação de Canotilho e Alexy que divide, em um primeiro momento, os direitos fundamentais em direitos negativos e direitos positivos, e esse último grupo, em direitos positivos em sentido amplo e em sentido estrito. Esses conceitos serão vistos mais a frente, mas o que importa asseverar é que ainda que estejam assim divididos, são interdependentes porque os direitos negativos podem possuir uma seara positiva e vice-versa.

Assim, os direitos sociais encontram dificuldades para esse reconhecimento como fundamentais, em razão de interpretação ainda liberal-individualista pré-Constituição de 1988 (onde os direitos de segunda e terceira geração eram opcionais), em descompasso com o novo constitucionalismo inerente a Constituição de 1988 e as características e direcionamentos que trouxe consigo.

2.1 O Reconhecimento dos Direitos Sociais enquanto Fundamentais: Involução Histórica

A discussão sobre a jusfundamentalidade dos direitos sociais, segundo Novais, ganhou contornos na Alemanha, no pós-segunda guerra mundial, onde o legislador alemão “optou por não consagrar explicitamente os direitos sociais” (NOVAIS, 2010, p. 75-76) no rol de garantias fundamentais da Lei Fundamental de 1949, a chamada *Grundgesetz*. Nesse sentido, a efetivação dos direitos sociais partia muito mais de uma vontade política oriunda do ideal da constituição do que da vontade do legislador propriamente dita.

Buscava-se, portanto, face “um fundo de recusa de uma consideração plena dos direitos sociais como direitos fundamentais”

(NOVAIS, 2010, p. 76-77), efetivá-los baseados em uma fundamentação subsidiária, ou seja, com base em outros princípios basilares para a formação da identidade constitucional alemã, como por exemplo o princípio do Estado Social.

A exploração da primeira via – dedução dos direitos sociais como direitos constitucionais através de uma interpretação/concretização criativas do princípio Estado Social – permitia deduzir deveres e tarefas ou encargos objectivos que o legislador e os órgãos políticos estariam obrigados a realizar, mas dificilmente permitia conferir a esses comandos constitucionais uma vinculatividade justiciável; a formula era muito mais consentânea com abertura e flexibilidade próprias da realização política com fins constitucionais genericamente enunciados do que vinculatividade jurídica estrita. (NOVAIS, 2010, p. 77).

Nesse passo, ainda que fundamentados subsidiariamente, faltava força jurisdicional aos direitos sociais intrínsecos à *Grundgesetz*, criando outro impasse, portanto, no plano jurídico para o reconhecimento dos direitos (fundamentais) sociais. Entretanto, muitas vezes o Estado Alemão necessitou intervir em situações imersas na tutela de um direito social, fazendo com que a jurisprudência alemã fosse pioneira ao reconhecer, formalmente, a “existência de um direito constitucional a um mínimo vital” (NOVAIS, 2010, p. 77), no Brasil conhecido como mínimo existencial.

Assim, nota-se que, não encontrando uma fundamentação para a efetividade dos direitos (fundamentais) sociais no plano jurídico, subsidiariamente, encontrava-se argumentos no plano político, baseado nos princípios, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana. estrutura e perfil estatal. Destarte, Novais pondera que o plano político e jurídico relativo aos direitos sociais, ainda que suscitem a uma interpretação conjunta, são autônomos e há “necessidade de uma separação clara entre plano político e plano jurídico na compreensão da natureza dos direitos sociais como direitos fundamentais” (NOVAIS, 2010, p. 81).

Ademais, inevitável afirmar que os direitos sociais derivam problemas políticos, assim como problemas jurídicos, entretanto, os argumentos usados para os debates e discursos em cada situação específica, seja política ou jurídica, são diferentes e não se podem confundir. No presente trabalho, será abordado os direitos sociais como problema jurídico, ressaltando as consequências decorrentes desse status de direito fundamental.

Assim, a natureza fundamental dos direitos sociais estaria vinculada a atuação do legislador, ainda, em um momento em que se buscava a observância pelo Poder Público das garantias e direitos constitucionais, especificamente dos direitos sociais, que dependem por parte do Estado grande esforço econômico, a vinculatividade estaria inerente a boa vontade do legislador em abarcar os direitos sociais no rol dos direitos fundamentais nas Constituições.

Destarte, no cenário constitucional mundial, há discrepância quanto essa positividade dos direitos sociais nas Constituições, a exemplo dos textos constitucionais da Alemanha e dos Estados Unidos que “mantém os direitos sociais afastados de acolhimento positivo” (NOVAIS, 2010, p. 77), há também o contraponto, qual seja a Constituição Brasileira que agloba grande gama de direitos sociais no seu texto constitucional.

Destarte a não constitucionalização dos direitos sociais na Lei Fundamental de 1949, os direitos sociais não ficaram carentes de efetividade no plano jurídico. Buscou-se, portanto, suprir a ausência de amparo constitucional dos direitos fundamentais em questões principiológicas do Estado Social de Direito, políticas públicas bem como as jurisprudências, que compensaram o déficit no rol de direitos fundamentais desses sociais, consubstanciando-se esse fenômeno então, em uma paraconstitucionalização dos direitos sociais.

É conclusivo, portanto, que a ausência dos direitos sociais no texto constitucional alemão – mesmo as várias Constituições dos Länder anteriormente tivessem positivados esses direitos como fundamentais – não obstruiu a sua efetividade no plano prático

jurídico. No entanto, essa efetividade era baseada em primeiro momento, numa vontade política e posteriormente amparado no perfil de Estado Social, buscando-se fundamentar de modo diverso a recepção constitucional dos direitos sociais, não através de um fundamento jurídico propriamente dito.

De facto, a discussão germânica sobre os direitos sociais enquanto fundamentais era fortemente condicionada pela necessidade de, no contexto específico do sistema constitucional alemão pós-guerra, responder à questão fundamental da efetividade ou normatividade dos direitos fundamentais: podiam ou não as eventuais violações dos ditos direitos sociais ser judicialmente sindicáveis, designadamente pelo Tribunal Constitucional através da queixa constitucional directa? [...] (NOVAIS, 2010, p. 78).

Para esse questionamento, os “adversários” dos direitos sociais enquanto fundamentais defendiam a posição de que não podiam ser judiciáveis em função de não serem direitos fundamentais, mas sim normas programáticas sociais, no entanto, até mesmo os contrários ao carácter fundamental dos direitos sociais asseguravam que, quando houvessem situações extremas de violação dos direitos sociais (acende-se a centelha da proteção de um mínimo existencial inerente ao indivíduo) – aqui embasado na dignidade humana – aí sim caberia uma intervenção judicial estatal, como direito subjetivo do cidadão.

Nessa lavra, a congruência entre a efetividade de direitos sociais entre Alemanha e Brasil, em uma análise sintética desse item, é que ambas (em um primeiro momento) buscam alcançar uma expectativa satisfação de direitos sociais, como o direito à saúde, através de uma vontade política e de uma prática legiferante. Ao passo que, a omissão do Estado na promoção desses direitos, dá ensejo ao Judiciário atuar na defesa e efetividade dos direitos sociais, como guardião de um texto constitucional e do perfil de um Estado Democrático (Social) de Direito.

No próximo subitem, os direitos sociais e seu reconhecimento como direitos fundamentais serão especificamente

no Brasil, tentando esclarecer a posição desses direitos enquanto problema jurídico, e, na sequência, os reflexos desse difícil reconhecimento em razão do problema político.

2.2 Os Direitos (Fundamentais) Sociais no Brasil: Reconhecimento enquanto Problema Jurídico e Político

Duas perspectivas serão aqui trabalhadas: os direitos fundamentais sociais e seu problema jurídico de reconhecimento como tais, assentado no âmbito dogmático-jurídico, e os problemas políticos à sua efetividade, tratando da crise brasileira, a escassez de recursos financeiros e a precariedade da saúde.

1.2.1 Problema Jurídico de Reconhecimento dos Direitos Sociais enquanto Fundamentais

O discurso que envolve o problema jurídico de reconhecimento dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais será agora trazido ao Brasil, buscando a análise de pontos circunstanciais dessa análise a fim de esclarecer o caráter dos direitos (fundamentais) sociais na Constituição Federal de 1988.

De maneira introdutória, importante frisar um conceito de direitos sociais no contexto constitucional, para, em momento seguinte, apontar e contrapor as objeções a esse reconhecimento da fundamentalidade material dos direitos sociais. Serão trabalhadas quatro objeções centrais: uma primeira quanto o caráter positivo dos direitos (fundamentais) sociais; segundo, a sua indeterminabilidade de conteúdo constitucional; a terceira objeção diz respeito a sua dependência de recursos financeiros para sua promoção e a reserva do (financeiramente) possível; e, por fim, a negativa do regime jurídico privilegiado aos direitos (fundamentais) sociais.

Adotando uma análise conceitual de Novais, direitos sociais, para iniciar os debates, são aqueles direitos fundamentais

que geram ao Estado o dever de respeitar, proteger e realizar os bens (jurídicos) inerentes à sociedade como um todo, quais sejam, por exemplo, o direito à saúde e o direito à educação. Desse conceito, analiticamente se extrai uma concepção de uma seara negativa dos direitos sociais, ao passo que, de acordo com esse conceito de Novais, o Estado tem o dever de proteger os direitos sociais. Ao analisar semanticamente o conceito de “proteger”, pode-se atribuir sinônimos como “preservar”, “cuidar”, por exemplo, corroborando, portanto, a classificação defendida por Canotilho e Alexy de dois grupos de direitos.

Embasado nessa concepção, os direitos sociais, de maneira não exclusiva, evidenciam aspectos de prestações positivas por parte do Estado para a sua promoção, ou seja, é dizer que exigem do Estado a dispensa de orçamento e ações para sua manutenção, além de também possuir uma dimensão negativa, que enseja ao Estado uma postura de abstenção, de não intervenção.

Preliminarmente, importante dedicar atenção para uma classificação antiquada de direitos fundamentais ainda defendida. Atualmente, defender uma classificação dos direitos fundamentais com base nas suas dimensões (ou gerações) é incompatível com as avançadas teorias do Direito e de uma concepção de Estado Democrático (Social) de Direito. Os direitos fundamentais, inseridos em uma ordem constitucional, devem ser compreendidos como um rol único e direcionado em um mesmo objetivo, em razão de que não se pode mais falar em direitos fundamentais unicamente negativos ou positivos, pois essas possibilidades de natureza se confundem, são interdependentes, como falado anteriormente.

[...] trata-se de uma classificação que, além de inconvincente, historicamente indemonstrável e juridicamente infundada, ainda tem servido de válvula de escape para que muitos governos, descomprometidos com a efetivação dos direitos sociais, nada façam para concretizá-los, a pretexto de que o mais importante é cuidar dos direitos civis e políticos — o que eles já “fazem” —, até porque, para observá-los, na quase-totalidade dos casos, basta

"não fazer nada", ou seja, não cometer violências contra os cidadãos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 759-760).

Nesse sentido, o rol de direitos fundamentais deve ser visto a partir do prisma de um único rol, sem classificações partidas e separatistas, defendendo, a classificação de Canotilho e Alexy, que classificaram os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos positivos, interdependentes. Aqui, nessa discussão quanto a natureza positiva e negativa dos direitos sociais, bem como da (negativa) de uma dupla dimensão a esses direitos, objetiva e subjetiva, aponta o tema da (in)justiciabilidade dos direitos sociais. Ou seja, não podem ser objetos de tutela jurisdicional os direitos sociais, por serem considerados direitos da sociedade, ao passo que apenas os direitos individuais poderiam ser objetos de demandas ao Judiciário, sendo essa concepção muito engendrada numa concepção liberal-individualista de de Teoria Consitucional do Estado, onde direitos econômicos, sociais e culturais ficavam em segundo plano, inadequada com a Constituição de 1988.

Nesse sentido, os direitos sociais, segundo Cibelle Gralha Mateus e Konrad Hesse (MATEUS, 2008, p. 61), podem ser arquitetados em dupla dimensão (simultâneas), uma objetiva e outra subjetiva. Enquanto a primeira dimensão diz respeito a um "limite do poder e como diretriz para a sua ação" (MENDES, 2014) em um Estado Democrático de Direito, a segunda, dimensão subjetiva, "[...] engloba a possibilidade de o titular do direito fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades, ou mesmo o direito à ação ou ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora de um direito fundamental [...]" (SARLET, 2014, p. 309).

Nesse sentido, os direitos sociais, enquanto fundamentais, e, por consequência, dotados de uma dupla dimensão, objetiva e subjetiva, podem ser objeto de tutelas de demandas judiciais e/ou administrativas individuais ou coletivas (aqui outro debate efervescente quanto à titularidade individual ou transindividual dos

direitos sociais, e sua tutela jurisdicional adequada, individual ou coletiva).

Uma compreensão de Estado Democrático e Social de Direito deve-se partir da premissa de que todos os direitos fundamentais estão no mesmo degrau da escada e possuem destaque no ordenamento constitucional brasileiro, bem como não pode ser entendidos e ensinados como conceitos fechados, pois demonstraram-se, com a evolução do direito, complexos e ramificados, não podendo dar vazão a um entendimento heterogêneo de direitos fundamentais, mas sim homogêneo⁴.

Avançando o diálogo, a indeterminabilidade do conteúdo constitucional diz respeito a alguns fatores como a (não) consideração dos direitos (fundamentais) sociais nos limites de reforma constitucional do artigo 60, § 4º da CF/88, bem como a sua realização condicionada a um orçamento estatal disponível para concretização desse direito, partindo de uma vontade política executora (configurando problema político também, que será abordado mais a frente), a atribuição de uma aplicabilidade imediata a esses direitos fundamentais sociais. Essas questões acima suscitadas, em grande parte, dizem respeito a uma fundamentalidade material desses direitos, ou seja, situações referentes a seu conteúdo, e serão a seguir abordadas.

O artigo 60, § 4º da Constituição Federal de 1988⁵ dispõe que os direitos e garantidas fundamentais não serão objetos de

⁴ Jairo Schäfer elenca postulados para uma compreensão unitária dos direitos fundamentais, consubstanciados em um “caráter incindível dos direitos fundamentais [...]”, “Inexistência de diferenças estruturais entre os distintos tipos de direitos fundamentais, dada a presença das diferenças expectativas [...]”, “Interligação [...] entre todas as espécies de direitos fundamentais [...]”, o entendimento dos direitos fundamentais como “mandados de otimização”, adotando a ideia de Alexy na perspectiva da realização na maior medida possível, e, por fim, “Inadequação das teorias classificatórias que tenham por embasamento teórico a compartimentalização estanque dos direitos fundamentais”. SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pg. 95-96.

⁵ Art. 60. [...]§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

emenda constitucional, constituindo-se assim limites materiais à reforma constitucional, portanto, cláusulas pétreas. Importante – tentar – delimitar o que seriam os direitos e garantias individuais consagrados na Constituição Brasileira de 1988.

Precípua é apontar o Título II do texto constitucional, intitulado como “Dos direitos e garantias fundamentais” apresenta um vasto rol de direitos fundamentais, a exemplo dos direitos fundamentais individuais no artigo 5º, direitos sociais no 6º, direito dos trabalhadores no 7º e direitos de nacionalidade, em razão da sua abertura constitucional disposta no artigo 5º, § 2º que não exclui outros direitos e garantias “[...] decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). O que se afirma para obstacular os direitos sociais serem reconhecidos como direitos fundamentais nesse aspecto é que o inciso IV do § 4º do artigo 6º da CF/88 trata apenas das garantias individuais do capítulo III do Título II do texto constitucional, não incluindo os direitos sociais (inseridos no capítulo II do Título II da CF/88), e caso o legislador realmente quisesse consagrá-los como limites materiais a CF/88 assim teria expressamente feito, no entanto, a leitura e interpretação constitucional, principalmente do título específico que trata dos direitos fundamentais, mostra a intenção do legislador em elencar inúmeros direitos como fundamentais, não só o rol do artigo 5º e incisos da CF/88.

O que se aduz dessa argumentação é uma interpretação restritiva as normas constitucionais, em especial do referido artigo, devido a uma concepção liberal-individualista (onde os direitos econômicos, sociais e culturais ficavam em segundo plano para a atuação estatal), em disparidade com a que a Constituição de 1988 foi promulgada, ou seja, com base no novo constitucionalismo. Partindo de uma concepção exegética-restritiva constitucional, o artigo 6º, § 4º, IV da CF/88 apenas contemplaria como cláusulas

pétreas os direitos individuais do artigo 5º. No entanto, na esteira de Sarlet (2008, p. 15-19), três postulados derrubam tal edifício limitador dos direitos fundamentais sociais: a) a Constituição Brasileira de 1988, já em seu preâmbulo, assume o perfil – também – do Estado Social, assumindo perante os cidadãos sua obrigação na realização dos direitos sociais, ou seja, a vinculação dos direitos fundamentais sociais a uma concepção de Estado constituem identidade constitucional brasileira, sendo limites materiais da reforma constitucional; b) Outro aspecto, é que mesmo sendo considerados – os direitos sociais – direitos da sociedade, possuem titularidade individual e transindividual, assim como tantos outros direitos da coletividade como por exemplo o meio ambiente, os direitos dos trabalhadores, direitos de nacionalidade possuem uma titularidade individual, mesmo sendo considerados direitos do todo; c) E, reforçando o dizer nos parágrafos anteriores acerca da característica dúplice dos direitos fundamentais (dupla expectativa, positiva e negativa, bem como dimensão objetiva e subjetiva) atrelada na compreensão de um rol de direitos fundamentais homogêneo, não estanque, pode-se concluir que também os direitos fundamentais sociais são cláusulas pétreas constitucionais brasileiras.

Outro aspecto que deriva de direitos sociais positivos ou direitos a prestações em sentido estrito, é que estes dependem de recursos financeiros, de um planejamento orçamentário estatal e da dispensa de grande esforço financeiro para a efetividade desses direitos, seja na sua injeção em políticas públicas, como o Sistema Único de Saúde brasileiro (SUS), ou então nas condenações em tutelas judiciais de saúde, por exemplo, em que o Poder Judiciário impõe ao Estado o fornecimento de um fármaco a determinado cidadão.

Nesse contexto, Sarlet bem enfatiza que, em razão dessa dispensa de esforço econômico pelo Estado, o caráter fundamental dos direitos sociais é posto em xeque.

[...] bastou fossem contemplados nas Constituições os denominados direitos sociais, especialmente [...] a saúde [...], enfim, todos os direitos fundamentais que dependem, para sua efetividade, do aporte de recursos materiais e humanos, para que se começasse a questionar até mesmo a própria condição de direitos fundamentais destas posições jurídicas. (SARLET, 2002, p. 2)

E nesse mesmo linear Travincas enfatiza que “[...] o argumento dos custos constitui um dos mais enfatizados critérios de diferenciação entre direitos de liberdade e direitos sociais, comprometendo a fundamentalidade destes últimos [...]”(TRAVINCAS, 2010, p. 206), o que ratifica a ideia de que, a partir do momento que a efetividade dos direitos sociais necessita de forte orçamento estatal, as objeções residem no fato de que os direitos de liberdade não dependem desse esforço econômico, o que já se refuta, pois como visto anteriormente, também os direitos de liberdade possuem dimensão positiva e implicam em custos ao Estado, claro, de maneira mais branda e não tão escancarada.

Por conseguinte, essa dimensão positiva (não exclusiva) dos direitos (fundamentais) sociais dependeram o surgimento do instituto da reserva do (financeiramente) possível, originada na Alemanha⁶. O significado desse instituto pode ser construído a partir de três aspectos pontuais: a) a disponibilidade fática de recursos para efetividade dos direitos fundamentais; b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, aqui entendida como a equação entre competências tributárias, planejamento orçamentário; c) proporcionalidade e razoabilidade na prestação ao titular do direito fundamental (SARLET, 2008, p. 24).

⁶ Surgiu na Alemanha em 1970, consistindo na prestação dos direitos sociais positivos condicionada a real disponibilidade de recursos e capacidade financeira do Estado em fornecer a prestação pretendida pelo indivíduo. SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em 26 de julho de 2016.

As discussões sobre o instituto da reserva do (financeiramente) possível estão sendo cada vez mais tecidos e mais sólidos no intento de entender o tema, que enseja grandes diálogos nos âmbitos dogmático-jurídico e até político. Portanto, o que importa apontar nesse trabalho sobre o tema, de maneira sucinta, buscando sanar tal ponto importante, é que esse instituto não é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas atua como “*limite jurídico e fático*” (FIGUEIREDO; SARLET, 2007, p. 189) desses direitos.

Limite fático, pois, diz respeito as condições reais para efetivação dos direitos fundamentais, qual sejam, a disponibilidade de recursos financeiros. Já o limite jurídico pode repousar em dois aspectos: um primeiro aponta para as questões de receita, planejamento orçamentário, competências dentro do sistema constitucional brasileiro, e um segundo sobre a proporcionalidade da prestação da prestação no caso concreto, calcada em parâmetros de adequação, necessidade de proporcionalidade em sentido estrito, a conhecida máxima de proporcionalidade de Alexy (ALEXY, 2015).

Entretanto, a reserva do (financeiramente) possível não pode obstar a efetividade dos direitos sociais, a exemplo do direito à saúde, intimamente ligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Tal direito fundamental prevalece frente a reserva do possível na maior parte das condições em que são postos. O recente entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entende que a reserva do possível não pode constituir óbice a prestação do direito à saúde quando a efetividade de tal direito fundamental não se dá por políticas

públicas, fruto de uma gestão ineficiente⁷, nem tampouco, em razão de tal teoria eximir o ente estatal da pretensão a que é obrigado constitucionalmente.

E, de modo a tratar da última objeção aqui trabalhada, os argumentos que negam uma fundamentalidade aos direitos sociais associam a esses um regime jurídico diferenciado daquele dos direitos de liberdade, lhe destituindo desse regime jurídico privilegiado aos direitos fundamentais, qual seja a aplicabilidade imediata, eficácia plena, a vinculatividade e observância por todos os órgãos e entes do Estado.

Nessa contextualização, para iniciar o diálogo acerca do regime jurídico privilegiado dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, importante atentar para a abertura para um rol sem número – previamente – de direitos fundamentais assim defendidos pela Constituição, em razão da abertura do artigo 5º, § 2º da Constituição⁸. Nesse espectro, como visto anteriormente, tal

⁷ APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. **DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.** 1. A assistência à saúde é direito de todos garantido constitucionalmente, devendo o Poder Público custear os medicamentos e tratamentos aos necessitados. Inteligência do art. 196 da CF. 2. Em razão da responsabilidade solidária estabelecida entre os Entes Federados para o atendimento integral à saúde, qualquer um deles possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda que busca o acesso à saúde assegurado pela Constituição. 3. O fato do tratamento não constar na lista de competência do Município não é óbice à concessão do provimento postulado na demanda, pois tal argumento viola direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. 4. **A ausência de previsão orçamentária e reserva do possível, são argumentos que não constituem óbice ao dever da administração de prestar assistência à saúde, não podendo ser utilizados para justificar gestões ineficientes, pois as políticas públicas que não concretizam os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana desatendem o mínimo existencial, assegurado pela Carta Magna.** 5. Deve ser reduzido o valor dos honorários advocatícios arbitrados em favor do FADEP, para adequar aos parâmetros adotados pela Câmara, observados os critérios do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC, correspondente ao artigo 85, §§ 2º e 8º do NCP. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. CONFIRMADA A SENTENÇA, NO MAIS, EM REMESSA NECESSÁRIA. (Apelação e Reexame Necessário N° 70070061353, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 21/07/2016)(grifo nosso).

⁸Art. 5º. [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição 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.

norma constitucional ratifica de sobremaneira o caráter fundamental dos direitos sociais, pois reconhece “a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais [...]” (SARLET, 2012, p. 57), além daqueles elencados no artigo quinto.

Por conseguinte, o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal define que as normas de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, acentuando Sarlet que tal característica é ponto diferencial e de deferência dos direitos fundamentais, pois atribui aos direitos fundamentais uma “*juridicidade reforçada*” (SARLET, 2012, p. 58), diferenciando-os das demais normas constitucionais, e causando destaque no sistema constitucional brasileiro. Ainda, em razão desse princípio (da aplicabilidade imediata) enseja uma juridicidade diretamente aplicável, da mesma forma, como ocorre, então com o direito fundamental social à saúde, que em ineficiência (omissão ou ação insuficiente) das políticas públicas, enseja uma tutela jurisdicional de tal direito (daí também porque podem os direitos fundamentais ser justiciáveis).

Por derradeiro cumpre pontuar a vinculação do Poder Público às normas de direitos fundamentais. A Constituição não previu expressamente essa vinculatividade no texto constitucional, ao contrário do que fez a Lei Fundamental Alemã de 1949, no seu artigo 1º, inciso III⁹. Assim, os direitos fundamentais sociais, dotados das características acima expostas, asseguram uma observância por todo Poder Público e uma atuação destinada à sua efetivação e não a sua discricionariedade administrativa ou política, pois, se suscetíveis de discricionariedade pelo ente público, os direitos fundamentais seriam fórmulas vazias, sem qualquer peso e valor constitucional. E quando assim realizados – de maneira

⁹ Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos –Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] [...] (3) **Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.** Disponível em < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 02 de agosto de 2016.

discricionária, a via judicial é a melhor maneira de almejar a efetividade do direito fundamental.

Ainda, essa observância e direção de ações dos poderes do Estado com base na Constituição e nos direitos fundamentais surge com o novo constitucionalismo, ou neoconstitucionalismo, onde as Constituições ganham caráter normativo “[...] como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado [...]” (CADEMARTORI; CANUT, 2011, p. 12). À guisa dessa concepção neoconstitucional, os poderes públicos estão amarrados pelo que dispõe a Constituição e pelo seu *ethos*, superando o pensamento liberal-individualista pré-Constituição de 1988 (onde direitos de segunda e terceira dimensão eram desconhecidos), e uma concepção de Constituição como documento político, significando opções de atuação do Poder Público.

Com base nos argumentos ora ventilados, os direitos sociais previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988 são direitos fundamentais, e, portanto, comungam de um regime jurídico privilegiado em razão da aplicabilidade imediata, vinculatividade do Poder Público, ratificada pelo entendimento do Ministro do STF, Gilmar Mendes¹⁰, às suas disposições e sua atuação, via políticas públicas rumo a efetivação.

Esse último ponto considera-se nefrágico, pois as políticas públicas brasileiras são ineficientes, atuam de maneira insatisfatória, não proporcionando, em alguns casos, sequer o mínimo existencial ou a proteção do núcleo essencial¹¹ do direito à

¹⁰ Gilmar Mendes ressalta em sua obra *Curso de Direito Constitucional* acerca da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. Nesse sentido, especificamente no que tange o Poder Legislativo, deve o legislador dar ensejo a concretização dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que deve promulgar e editar normas infraconstitucionais que estejam emolduradas nos direitos fundamentais positivados pela Constituição Federal Brasileira. No entanto, pontua também que, mesmo que sem regulamentação infraconstitucional, ainda assim teriam aplicabilidade imediata, pelo simples fato de serem normas constitucionais. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹ Também tal princípio foi devidamente positivado na Lei Fundamental de Bonn de 1949, no artigo 19, inciso 2: “(2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”.

saúde, por exemplo, o que contribui negativamente para o agravamento da crise sanitária que assola o Brasil.

2.2.2 Problema Político do Reconhecimento dos Direitos Fundamentais Sociais

É de conhecimento majoritário que o Brasil vivencia um grande crise econômica, política e social. Cada vez ouve-se com mais frequência os noticiários de desvios de dinheiro por parte dos políticos brasileiro, esquemas fraudulentos de tributos e, o que mais afeta ao tema do trabalho, fraudes dentro do sistema de saúde do Brasil (aqui pode-se citar a máfia das próteses¹², a superfaturamento para reforma/construção de hospitais, superfaturamento de orçamentos para realização de cirurgias, onde o paciente paga até dez vezes mais do que realmente devia, etc.). Um retrato da atual situação caótica da saúde no Brasil pode ser elucidado por Marcus Vinícius Poglinano, que ressalta a “[...]escassez de recursos financeiros, materiais e humanos para manter os serviços de saúde operando com eficácia e eficiência[...]” (POGLINANO, p. 1), insuficiência de leitos hospitalares, equipamentos, falta de

Disponível em < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/8o2o8o0o.pdf>>. Acesso em 02 de agosto de 2016.

¹² O esquema Máfia das Próteses era organizado por médicos e fabricantes de próteses ortopédicas, onde os cirurgiões realizam cirurgias desnecessárias para a instalação de próteses nos pacientes, ou então os pacientes com problemas e que necessitavam de próteses eram aconselhados a buscar no Poder Judiciário a realização da cirurgia para colocamento da prótese, no entanto esse procedimento era superfaturado e, posteriormente cobrado do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul (IPE), vindo a causar um rombo de, aproximadamente, um milhão de reais. Disponível em <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/02/cpi-sobre-mafia-das-protese-e-concluida-com-sete-indiciados-no-rs.html>> e <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/06/policia-do-rs-indicia-12-pessoas-por-envolvimento-na-mafia-das-protese.html>>. Acesso em 24 de julho de 2016.

médicos¹³, má gestão do SUS, além de outros problemas que obstam a efetividade da promoção do direito à saúde à população.

O mais impactante, em termos de efetividade e eficácia do direito à saúde é a seara econômica. O setor econômico brasileiro alavanca todo o funcionamento das políticas públicas direcionadas a promoção do direito (fundamental social) à saúde, pois como tratado anteriormente, trata-se de um direito que possui como dimensão principal – e não exclusiva – a positiva, ou nas palavras de Alexy, um direito a prestações em sentido estrito, que exige do Estado o despende econômico.

Nesse diapasão, Virgílio Afonso da Silva ressalta uma perspectiva interessante e relevante ao analisar a falta de efetividade dos direitos sociais, e em especial do direito à saúde, podendo ser atrelada a um panorama econômico estatal concomitante, uma vez que diz os investimentos e gastos com o sistema de saúde brasileiros, tal como a contratação de médicos, compra de equipamentos, manutenção e construção de hospitais, só “é aproveitado para a realização de um único direito social, o direito à saúde” (SILVA, 2005, p. 319-320).

O que se permite aferir é que a promoção com efetividade – frise-se – exige do Estado a dispensa de um esforço econômico considerável, bem como somente será aproveitado para aquele direito, ou seja, é caro efetivar de maneira suficiente e satisfatória o direito à saúde. Contudo, tais constatações não são justificativas para a ineficácia e insuficiência das políticas públicas brasileiras e da situação deplorável da saúde brasileira.

¹³ Uma medida tomada e em andamento para suprir a falta de médicos nos postos de saúde e nos hospitais é o Programa Mais Médicos, que consiste em “busca resolver a questão emergencial do atendimento básico ao cidadão, mas também cria condições para continuar a garantir um atendimento qualificado no futuro para aqueles que acessam cotidianamente o SUS. Além de estender o acesso, o programa provoca melhorias na qualidade e humaniza o atendimento, com médicos que criam vínculos com seus pacientes e com a comunidade”, com a vinda – provisória – de médicos cubanos para ajudar na crise sanitária brasileira. Disponível em <<http://maismedicos.gov.br/conheca-programa>>. Acesso em 24 de julho de 2016.

Decerto, avançando nesse raciocínio, assim como as ações estatais voltadas para a efetividade do direito à saúde, direito social trabalhado, também “os serviços de saúde são prestados de maneira individual a quem deles necessite, e a infraestrutura para a prestação do referido serviço não pode ser compartilhada para sua oferta a todos indistintamente” (MANICA, p. 10).

Não se almeja o entendimento da ideia de que os serviços públicos de saúde são pra alguns, certo é que não é esse o objetivo do Sistema Único de Saúde (que um dos seus princípios é a universalidade), muito pelo contrário, os serviços de saúde são para toda a sociedade, no entanto são prestados de forma individualizada, porque o Estado “deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão” (BRASIL, 2008, p. 6), e isso gera a “insuficiência de sua prestação pelo Estado” (MANICA, p. 11).

Na atual conjuntura do cenário econômico-político-social brasileiro, o fato mais impactante aos direitos fundamentais sociais é a escassez de recursos públicos (aptos) para a busca de sua efetividade. O Brasil imergiu em uma crise tão grande, que medidas trágicas estão sendo ensaiadas, como por exemplo o PEC 241/2016¹⁴, chamada de “Novo Regime Fiscal”, que, um de seus objetivos, é alterar o financiamento da saúde de piso para teto, ou seja, ao invés de estabelecerem um percentual mínimo de investimento no segmento no exercício seguinte, instituem um teto máximo a ser gasto.

¹⁴ A PEC 241/16 busca transformar o gasto mínimo com a saúde, prevista no artigo 198, § 2º, I da CF/88, que dispõe que a União deve dispor de, no mínimo, 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro para esse financiamento. No entanto, a redação do projeto objetiva que “A partir do exercício financeiro de 2017, as aplicações mínimas de recursos a que se referem o inciso I do § 2º e o § 3º do art. 98 e o caput do art. 212, ambos da Constituição, corresponderão, em cada exercício financeiro, às aplicações mínimas referentes ao exercício anterior corrigidas na forma estabelecida pelo inciso II do § 3º e do § 5º do art. 102 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. BRASIL. PEC 241/16. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=35A6D5C32D1E5DB17B9FC81C1A38BAD8.proposicoesWeb1?codteor=1468431&filename=Tramitacao-PEC+241/2016>. Acesso em 02 de agosto de 2016.

De maneira sucinta, o *ethos* do projeto é o reajuste fiscal para redirecionamento das verbas orçamentárias, objetivando a retomada de crescimento econômico e frentamento da inflação. A consequência, com enfoque importante para a saúde, é a delimitação do gasto com o segmento, não haverá um mínimo a ser gasto, mas um gasto máximo, baseado no exercício anterior atualizado da inflação. Ou seja, um sistema já deficiente, em falência, é proposto e desenhado para atuar sempre com base em um limite, o que no caso da saúde, ainda mais brasileira, onde respira desigualdades sociais e atendimento à saúde precário, parece ser inviável.

Premissas basilares aqui devem ser apontadas para o debate: a) todos os direitos fundamentais exigem, direta ou indiretamente do Estado (*latu sensu*) gastos públicos¹⁵; b) a vinculatividade do direito fundamental social por todos os órgãos do Estado, em todas as esferas, sejam eles Executivo, Legislativo e Judiciário; e c) no atual cenário brasileiro, na esteira de Calabresi e Bobbit (CALABRESI; BOBBIT, 1978), devem ser feitas “escolhas trágicas”.

Nesse sentido, as escolhas orçamentárias do Estado, por meio do Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, previstas no texto constitucional, tem o papel de organizar todo o desempenho econômico estatal para o exercício seguinte, além de objetivar a efetividade dos direitos fundamentais.

[...] fixa prioridades dos gastos públicos, permitindo maior controle, efetividade, segurança e, acima de tudo, uma maior democratização na escolha do destino das verbas públicas que serão alocadas, inclusive, no que tange à efetivação dos direitos

¹⁵ Aqui já ressaltado no presente trabalho a dual perspectiva dos direitos fundamentais, dotados de uma dimensão positiva e negativa. Um exemplo de direito individual na dimensão negativa é o direito à propriedade, onde o Estado aparelha sua polícia para que, em caso de violação, consiga garantir esse direito. Tal direito individual, de maneira indireta, acarreta gastos ao Estado. SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York: W.W. Norton & Company, 1999.

fundamentais, dentre os quais, o direito à saúde (NETO, 2012, p. 117).

Nessa passagem de Neto, pode-se acentuar que uma boa gestão e escolhas pelos representantes do povo na construção do planejamento orçamentário Estatal (em todos os entes federativos) influenciam drasticamente a realização e efetividade dos direitos fundamentais, que devem ser prioridades na composição desse programa, o que se percebe, empiricamente (até pela PEC antes apresentada e outras decisões políticas tateis no cotidiano), que não acontece.

Ao passo que as políticas públicas não engrenam, não proporcionando um atendimento aceitável à população, tendo em vista a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais¹⁶, o acesso à justiça torna-se meio subsidiário de ter o direito fundamental tutelado¹⁷. Consequentemente, as demandas judiciais para a tutela de medicamentos, por exemplo, aumentam, e o Estado-Juiz, frente a um nítido direito fundamental social, analisando outras variáveis do caso, profere em maior escala sentenças procedentes, condenando o ente federado ao fornecimento ou prestação do tratamento pleiteado. Isso gera, em razão da quantidade de demandas individuais ajuizadas, um descompasso orçamentário, agravando ainda mais a crise do Brasil, talvez o maior “doente” de todo esse cenário.

3. Considerações finais

¹⁶ Nesse aspecto, Barroso assevera que ao atribuir as normas a sua máxima densidade normativa, forte a aplicabilidade direta e imediata, também assim, mediante a violação do direito, tem o cidadão a faculdade de requerer o provimento jurisdicional para reparar a lesão ou ter efetivado seu direito. BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos**. In: RDE. Revista de Direito do Estado, v. 10, p. 25-66, 2008.

¹⁷ FERREIRA relaciona a judicialização à saúde, como tal fenômeno é denominado, a “inserção no texto constitucional associada à doutrina da efetividade dos direitos sociais, como indicadora do reforço de sua qualificação enquanto direito fundamental”. FERREIRA, Marina Costa. **Direito à proteção da saúde pela via judicial: em busca de efetividade e equidade**. Revista de Estudos Jurídicos Unesp, ano 15, n. 22, jul-dez de 2011, p. 235-263.

Na perspectiva de trabalho desse artigo, onde foram abordadas três ramificações do reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais, qual sejam a histórica, jurídica e política, cabe salientar que as discussões suscitadas não esgotam o tema, que tem um espaço cada vez maior nos ambientes acadêmicos-dogmáticos.

A Constituição de 1988 surgiu como futuro garantidor de direitos fundamentais, amparada em uma teoria neoconstitucional, onde os direitos fundamentais são o centro da atuação estatal, no sentido de dirigi-la e limitá-la, bem como teve um aumento da jurisdição constitucional e uma constitucionalização do Direito (BARROSO, p. 16).

Um dos grandes problemas para a falta de efetividade constitucional vem amparada na teoria da “baixa constitucionalidade” de Lênio Streck (STRECK, 2014, p. 83), onde postula que a Constituição de 1988 ainda é vista com olhos do passado, e então não foram criadas condições e possibilidades para a efetividade de suas disposições.

A teoria Constitucional Brasileira ainda tem resquícios de um pensamento liberal-individualista, onde os direitos econômicos, sociais e culturais não tinham espaço no atuar estatal e jurídico, e a negativa de fundamentalidade dos direitos sociais é eivo dessa teoria antiquada do Direito Constitucional Brasileiro.

Por fim, à guisa de todo exposto, no Brasil, os direitos sociais são direitos fundamentais, em caráter formal de maneira absoluta, no entanto, ao tratar da seara material, de conteúdo e alcance, as visões são partídes, muito em razão de uma atuação executiva de políticas públicas ineficientes, bem como de um abismo enorme entre Constituição Federal de 1988 e atual cenário brasileiro, demonstrado no trabalho pelo direito fundamental à saúde.

4. Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Disponível em < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2016.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilad.o.htm>. Acesso em 09 de agosto de 2016.
- _____, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n. 278, Relator Ministro Presidente Gilmar Mendes, decisão proferida em 22 de outubro de 2008**. Disponível em < http://s.conjur.com.br/dl/suspensao_tutela_antecipada_mabthera.pdf>. Acesso em 24 de julho de 2016.
- CADEMARTORI, Sergio; CANUT, Letícia. **Neoconstitucionalismo e direito à saúde: algumas cautelas para análise da exigibilidade judicial**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 12, n. 1, março-junho 2011, p. 9-40.
- CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices**. New York: W.W. Norton & Company, 1978.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: Revista Direitos Fundamentais e Justiça, n. 1, outubro-dezembro 2007.
- HABER NETO, Michel. **A tributação e o financiamento do direito à saúde no Brasil**. 238 folhas. Dissertação. Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-14062013-132237/pt-br.php>>. Acesso em 02 de agosto de 2016.
- LIMA, George Marmelstein. **Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha**. 149 páginas. Tese. Universidade Federal Fluminense, 2007.

MANICA, Fernando Borges. **Saúde: um direito fundamental social individual.**

Disponível em < http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/saude_um_direito_fundamental_social_individual.pdf>. Acesso em 24 de julho de 2016.

MATEUS, Cibelle Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. rev. e atual.

São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo

Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais**

enquanto direitos fundamentais. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

POGLINANO, Marcus Vinicius. **História das políticas de saúde no Brasil – uma**

pequena visão. Disponível em < http://www.uff.br/higienesocial/images/stories/arquivos/aulas/Texto_d_e_apoio_3_-_HS-Historia_Saude_no_Brasil.pdf >. Acesso em 22 de julho de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria**

geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988.**

Revista Diálogo Jurídico. Salvador, número 10, janeiro de 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em 26 de julho de 2016.

_____. **Curso de direito constitucional.** 3^a ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2014

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. Disponível em < <http://www.udf.edu.br/wp-content/uploads/2016/01/Texto-Bibliogr%C3%A1fico-I-Ingo-Wolfgang-SARLET.pdf>>. Acesso em 14 de julho de 2016.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2005. Tese (Professor Titular) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em Terrae Brasilis**. Revista Sequência, Florianópolis, n. 69, p.83-108, dezembro 2014.

TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Revista Direitos Fundamentais e Justiça, n. 11, p. 203-213, abril-junho 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo, vol. 4, p. 441-463, jul-dez 2008.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E RESERVA DO POSSÍVEL: BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Alexandre Atualpa Selayaran¹

José Paulo Schneider²

Fausto Santos de Moraes³

1. Introdução

A estipulação constitucional, em 1988, que concedeu à Saúde o status de Direito Fundamental-Social criou um amplo debate no âmbito nacional. A partir daquele momento, havia a determinação de que o Estado deveria tutelar a saúde de todos os cidadãos indistintamente.

Entretanto, no cenário prático jurídico, ou seja, na questão interpretativa e aplicativa ocorreram vários debates acerca da concretização deste Direito Fundamental. Vale lembrar, por exemplo, os debates obsoletos ocorridos no tocante à sua fundamentalidade e aplicação imediata.

Por outro lado, a concretização do Direito à Saúde - entre outros Direitos Fundamentais-Sociais - ainda está atrelada a debates em relação ao problema das questões orçamentárias, visto que a Administração Pública é obrigada a fazer determinadas escolhas, por vezes trágicas, para atender os reclames sociais.

¹ Advogado OAB/RS 107.465. Membro e bolsista voluntário do grupo de estudo “Direitos Fundamentais, hermenêutica e proporcionalidade: crítica ao desenvolvimento prático-teórico do dever de proteção aos Direitos Fundamentais”, da Escola de Direito da Faculdade Meridional, Passo Fundo/RS. E-mail: a_selayaran@hotmail.com.

² Mestrando em Direito, Democracia e Sustentabilidade do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional – IMED de Passo Fundo/RS. Bolsista PROSUP/CAPES. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade IDC de Porto Alegre/RS. Graduado em Direito pela Faculdade Meridional – IMED de Passo Fundo/RS. Pesquisador científico FAPERGS (2012-2015). Advogado. E-mail: josepauloschneider@yahoo.com.br.

³ Doutor em Direito Público pela UNISINOS/RS. Docente do Programa Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional (PPGD/IMED/RS). Pesquisador com apoio da Fundação Meridional. Advogado. E-mail: faustosmoraes@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2028518764749733>.

Tendo em vista a referida temática, pode-se dizer que, por vezes, o Estado (*lato sensu*) não possui condições financeiras para atender todas as demandas sociais relativas à saúde pública no maior nível de concretização.

Diante disso, tem-se a discussão relacionada à intervenção do Poder Judiciário na realização dos Direitos Sociais. Isto é, diante de várias demandas ao Poder Público e sua ineficácia (omissão), o judiciário é instado pelo cidadão, visto que é a forma de obter seu Direito à Saúde.

Esta judicialização está associada ao caráter subjetivo do Direito à Saúde, dimensão que permite ao cidadão postular no Poder Judiciário a concretização individual de seu direito, tendo em vista a denegação por parte do Estado. Sendo assim. Não é demais, então, dizer que existe uma judicialização excessiva.

Em sede desta judicialização excessiva do Direito à saúde, não são raras as argumentações empreendidas, pelo Poder Público, no sentido de inexistência de recursos econômico-financeiros para fins de obstar o pleito judicial. Atualmente, este argumento está associado à temática da reserva do possível.

Considerando, então, tal temática, questiona-se aqui, a partir de Robert Alexy, se o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a reserva do possível e o fornecimento judicial de medicamentos, entende o Direito Fundamental à saúde como *prima facie* ou definitivo.

A hipótese que conduziu o desenvolvimento desta pesquisa é a de que o Direito à saúde mostra-se como definitivo, mesmo quando analisada a argumentação acerca da reserva do possível, no âmbito do STF.

Então, pretende-se aqui, de maneira geral, apresentar o Direito Fundamental à Saúde sob o constructo teórico de Robert Alexy, especialmente no que concerne aos Direitos Sociais (prestações em sentido estrito).

Em virtude das pretensões acima mencionadas, o presente trabalho foi estruturado em três pontos principais, que se

consubstanciam nos objetivos específicos da pesquisa. Primeiramente, será apresentada a teorização de Robert Alexy quanto aos Direitos Sociais. Noutro momento, apresentar-se-á a ideia de reserva do possível e, por fim, analisar-se-ão decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal.

Considerando toda a estrutura deste trabalho, a metodologia procedimental utilizada está associada à ideia da fenomenologia-hermenêutica e aliada à revisão bibliográfica e jurisprudencial. Também, assume-se para fins científicos o método de abordagem hipotético-dedutivo.

Por último, não é exagero afirmar que a relevância desta pesquisa está associada ao seu viés teórico e prático, visto que ainda se faz necessário pesquisas quanto a teorias que permitam o adequado posicionamento judicial nesta sensível temática.

2. Os direitos sociais na perspectiva de Robert Alexy

Conforme já adiantado, nesta seção será trabalhado o constructo teórico de Robert Alexy no que se refere aos Direitos Sociais. Para melhor compreensão desta seção, faz-se necessária certa sistematização acerca da teoria do autor germânico.

Desse modo, num primeiro momento, serão abordadas as premissas necessárias para a compreensão da estrutura normativa dos Direitos Sociais desenvolvida pelo autor. Após, adentrar-se-á na exposição da concepção de Direitos a prestações positivas do autor.

As premissas, acima mencionadas, referem-se tão somente a diferenciação proposta pelo autor em relação às normas jurídicas de Direitos Fundamentais (princípios x regras). Entende-se, então, que a compreensão acerca da concepção de Direitos Sociais do autor com a exposição destes conceitos restará mais clara.

Nesse cenário, ressalta Alexy que o principal estudo relacionado à estrutura dos Direitos Fundamentais refere-se à diferenciação entre regras e princípios. Ademais, esta diferenciação, segundo o próprio autor, configura-se a “base da teoria da

fundamentação no âmbito dos Direitos Fundamentais” e é essencial na resolução dos problemas atrelados a estes como, por exemplo, a questão sobre restrições aos Direitos Fundamentais e, também, colisões entre tais normas jurídicas (p. 2008, 85).

Percebe-se, portanto, a preocupação do autor em relação à distinção de tais normas jurídicas. Desse modo, verifica-se que para Alexy a diferenciação entre regras e princípios ocorre em virtude de um critério qualitativo e não de grau (ALEXY, 2008, p. 91). Em seguida, esta diferenciação será demonstrada de maneira mais clara.

Na teorização de Alexy, os Direitos Fundamentais com natureza de princípios jurídicos configuram-se em mandamentos de otimização que para a sua concretização demandam a análise das condições fáticas e jurídicas, ou seja, os princípios determinam a concretização de algo na maior medida possível (ALEXY, 2008, p. 90).

Por outro lado, as regras de Direitos Fundamentais são normas jurídicas que sempre deverão ser aplicadas. Isto quer dizer que as regras possuem uma característica de “tudo ou nada”, eis que se aplica tal disposição normativa ou não (ALEXY, 2008, p. 90).

Em razão disso, os princípios contêm um mandamento *prima facie*, haja vista que estes não possuem a extensão de seu conteúdo de maneira pré-estabelecida, motivo pelo qual se caracterizam como razões *prima facie*. Portanto, a aplicabilidade do princípio X poderá ser afastada por razões principiológicas distintas (ALEXY, 2008, p. 104 - 106).

Ao contrário dos princípios, as normas jurídicas com natureza de regra caracterizam-se como razões (*prima facie*) definitivas, tendo em vista que possuem em si a extensão do seu conteúdo e, sendo assim, a disposição que as regras possuem valem por si só (ALEXY, 2008, p. 104 - 106). Isto quer dizer que as regras possuem em si as condições fáticas e jurídicas para a sua aplicação. Sendo assim, se a norma é válida, ela deve ser aplicada.

Com base nisso, entende Morais que a caracterização das regras para Alexy está atrelada à clássica visão da teoria do suporte

fático. Isto porque, quando a regras preencherem a sua condição fática pré-estabelecida – suporte fático –, o processo de aplicação da consequência jurídica dar-se-á pela subsunção (MORAIS, 2016, p. 47 – 48).

Vale frisar, conquanto, que os Direitos Fundamentais de natureza principiológica realizam uma função modificadora e superadora (sic) das regras, visto que poderão ser apresentadas razões suficientes para tanto (ALEXY, 2008, p. 558).

Isto ocorrerá quando há certo princípio que entre em conflito com o princípio que sustenta a regra. Neste caso, faz-se necessário que aquele princípio seja considerado de peso superior ao princípio que sustenta a indigitada regra e, também, que os princípios formais que a sustentam sejam afastados⁴ (ALEXY, 2008, p. 105)

De acordo com Alexy, esta distinção entre regras e princípios mostra-se mais evidente com a demonstração da solução para os casos de colisões entre princípios e os conflitos entre regras (2008, p. 91).

Dessa maneira, é mencionado que a solução do conflito entre regras somente ocorrerá com a declaração da invalidade de uma das regras conflitantes ou com a inserção de uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Ademais, em casos de impossibilidade de inserção de uma cláusula de restrição, a declaração de invalidade de uma das regras, ora conflitantes, dar-se-á mediante o uso das regras de antinomias (ALEXY, 2008, p. 92 – 93).

Já a solução em casos de colisões entre princípios ocorre de maneira totalmente diversa, eis que em casos de princípios colidentes a solução ocorrerá na dimensão do peso (ALEXY, 2008, p. 94).

⁴ Com base em Almeida, importante esclarecer que a derrotabilidade de regras em face de princípios só ocorrerá em casos excepcionais. Tais situações estão adstritas aos casos em que se verifique por meio do balanceamento razões suficientemente fortes para afastar a consequência jurídica imputada pela regra sob questão (2014, p. 66).

Em outras palavras, na colisão de princípios não se faz necessária a exclusão de um dos princípios colidentes do ordenamento jurídico, ou seja, deverá ser estabelecida uma relação de precedência que não culminará na exclusão do princípio de menor valor (ALEXY, 2008, p. 93 - 94).

Infere-se, então, que em casos de colisões entre princípios haverá a estipulação de uma precedência entres estes em virtude das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Desse modo, caso ocorra nova colisão entre os mesmos princípios e sob outras condições, a harmonização destes - relação de precedência - poderá ser realizada de maneira diversa (ALEXY, 2008, p. 93).

Em resumo: depreende-se que a solução das colisões entre princípios é realizada na dimensão do peso - precedência condicionada -, enquanto a solução de colisões entre regras, por sua vez, ocorre na dimensão da validade - exclusão da regra ou inserção de cláusula de restrição - (ALEXY, 2008, p. 94).

Considerando, portanto, que o conflito entre princípios ocorre na dimensão do peso, Alexy desenvolve a denominada “Lei de colisão”. Esta lei corresponde ao seguinte enunciado: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 2008, p. 99).

O indigitado enunciado refere-se à ideia de que com o resultado do sopesamento entre os princípios colidentes tem-se a formulação de uma regra de precedência condicionada e, ainda, de uma norma de Direito Fundamental atribuída ao texto Constitucional, motivo pelo qual em novos casos, com as mesmas condições fáticas e jurídicas, esta regra será aplicada mediante a utilização da subsunção (ALEXY, 2008, p. 102).

Esta operação de aplicabilidade dos princípios jurídicos irá estabelecer as condições fáticas e jurídicas que se consubstancia no suporte fático de um Direito Fundamental com estrutura de regra jurídica condicionada e atribuída ao texto Constitucional, esclarece

Morais (2016, p. 59).

Nessa esteira, concluí o referido autor que os princípios no saber de Alexy são normas jurídicas ideais que deverão ser aplicadas na maior medida possível por meio do sopesamento, o qual transformará o ideal de comando máximo numa regra – perspectiva real – condicionada aos elementos fáticos e jurídicos (MORAIS, 2016, p. 61).

Portanto, com base na diferenciação acima referida, pode-se dizer que a distinção estrutural das normas jurídicas está intimamente relacionada com a questão da aplicabilidade. Como visto, a aplicabilidade das regras é realizada por meio da subsunção e dos princípios pela ponderação que estabelece uma precedência condicionada entre eles.

Com o intuito de estipular esta relação de precedência, Alexy formula a máxima da proporcionalidade. Isto é, para fins de aplicação dos princípios e, conseqüentemente, a estipulação da relação de precedência o autor germânico irá apostar na regra da máxima da proporcionalidade.

Dessa maneira, a máxima da proporcionalidade na teorização de Alexy corresponde à caracterização dos princípios jurídicos como mandamentos de otimização, eis, pois, a proporcionalidade em *lato sensu* objetiva a aplicação ao máximo possível destas normas jurídicas. Em suma, a máxima da proporcionalidade⁵ exprime o dever *prima facie* da aplicação dos princípios jurídicos na maior medida possível (MORAIS, 2016, p. 55).

Tendo em vista que a aplicação dos princípios está condicionada as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto,

⁵ Neste ponto, importante esclarecer que a máxima da proporcionalidade, nos termos propostos por Alexy, não poderá ser empregado no âmbito jurídico como sinônimo do princípio da razoabilidade (SILVA, 2002, p. 28 - 29). Esta confusão terminológica, segundo Silva, é algo costumeiro tanto na doutrina como jurisprudência. Em poucas palavras, pode-se afirmar, então, que a proporcionalidade e razoabilidade diferenciam-se não só em razão da sua origem, mas, também, pela sua estrutura (SILVA, 2002, p. 28 - 29).

o dever *prima facie* da proporcionalidade (*lato sensu*) será realizado de forma gradual em função da relação de precedência, sendo esta estipulada pelas submáximas da proporcionalidade (MORAIS, 2016, p. 55 - 58).

A aplicação na maior medida possível dos Direitos Fundamentais sob a estrutura de princípios requer a utilização da máxima da proporcionalidade, para ser mais claro. Esta aplicação, por sua vez, ocorre com a análise de três submáximas. Quais sejam? Submáximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (MORAIS, 2016, p. 55 - 58).

É necessário destacar, ainda, que o desenvolvimento da proporcionalidade (*lato sensu*) por Alexy dá-se sob duas óticas, haja vista a classificação clássica entre Direitos de liberdade e Direitos de igualdade. Sendo assim, a proporcionalidade em sentido amplo deve ser entendida como critério de aplicação dos princípios sob o viés da proibição de excesso - *Übermassverbot* - e proibição de proteção deficiente - *Untermassverbot* - (MICHAEL, 2010, p.196).

Desse modo, Grimm ressalta que, quando se trata de uma ação negativa por parte do Estado, deverá ser analisado se o Legislador não ultrapassou os limites constitucionais. Por outro lado, quando se trata de uma ação positiva, analisa-se se o legislador não agiu de maneira insuficiente para salvaguardar o Direito Fundamental sob questão (2007, p. 162).

Com a apresentação dos conceitos acima, os quais são indispensáveis para a compreensão dos Direitos Sociais, entende-se que a primeira pretensão desta seção foi atendida. Dessa forma, em seguida, será esboçada a teorização de Robert Alexy em relação aos Direitos Sociais - Direitos a prestação em sentido estrito -.

2.1. O conceito de direito a prestações estatais

Ao trabalhar com os Direitos Sociais, Alexy irá formular uma “ideia-guia”, a qual considera as críticas empreendidas em face dos Direitos Sociais e conduz ao entendimento geral acerca dos

Direitos a prestações em sentido amplo. Esta “ideia-guia” pode ser apresentada com baseno seguinte enunciado geral sobre Direitos a prestações:

Todos os cidadãos possuem Direitos a ações positivas em função dos Direitos Fundamentais e tais prestações configuram-se de suma importância e por tal motivo a decisão sobre tal temática não poderá ser deixada ao alvedrio da maioria parlamentar simples (2008, p. 450).

Portanto, é a partir dessa ideia que Alexy teorizará acerca dos Direitos Sociais. Adiante no pensamento do autor, verifica-se que para este os Direitos Sociais são prestações estatais amplas, ou seja, todo agir Estatal configura-se como Direito a prestações. Desse modo, o agir estatal engloba tanto prestações normativas quanto fáticas (ALEXY, 2008, p. 442-444).

Existindo, assim, prestações estatais relacionadas ao Direito de proteção do cidadão em relação aos outros particulares, o Direito a normas de organização/procedimento e até mesmo prestações pecuniárias (ALEXY, 2008, p. 442-444).

Por isso, o autor germânico classifica os Direitos a prestações positivas em três categorias: (a) Direitos à proteção; (b) Direitos à organização e procedimento; e (c) Direitos a prestações em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 442).

Segundo o autor, tais classificações possuem distinções no que concerne a sua estrutura. Porém, existe um denominador comum entre ambos. Qual seja? Todos requerem uma proteção positiva do Estado para a sua concreção (ALEXY, 2009, p. 50).

Para a presente pesquisa apenas a categoria de Direitos a prestações em sentido estrito importará, haja vista ser esta categoria que se associa ao Direito Fundamental à saúde aqui estudado. Isto é, o Direito a prestações medicamentosas.

O Direito à prestação em sentido estrito – verdadeiro Direito Social -, de acordo com Alexy, é o Direito Fundamental do

cidadão à determinada prestação estatal, a qual poderia ser obtida, também, de particulares, caso este dispusesse de condições econômico-financeiras e se houvesse oferta privada suficiente (2008, p. 449).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o fornecimento de medicamentos pelo aparato público (Direito à saúde ou Direito ao fornecimento de medicamentos) está vinculado com a ideia de Direito a prestações em sentido estrito, haja vista que tal Direito também poderia ser obtido de particulares (farmácias e/ou planos de saúde, por exemplo).

Após Alexy conceituar os Direitos a prestações em sentido estrito, o autor desenvolve a classificação destes Direitos com base em três critérios principais. Sendo eles: (a) critério quanto à vinculação ou não; (b) quanto à subjetividade ou objetividade; (c) quanto ao caráter *prima facie* ou definitivo (ALEXY, 2008, p. 501).

Com a combinação destes critérios, poderão ser auferidos 8 (oito) possíveis tipos de normas jurídicas referentes ao Direito a prestações em sentido estrito. Estas 8 (oito) normas possíveis são depreendidas pela ilustração abaixo.

Quadro 1 – Direito a prestações em sentido estrito

Vinculante				Não-Vinculante			
Subjetivo		Objetivo		Subjetivo		Objetivo	
Definitivo	Prima facie	Definitivo	Prima facie	Definitivo	Prima facie	Definitivo	Prima facie

Fonte (Alexy, 2008, p. 501).

Em síntese: os Direitos a prestações em sentido estrito são classificados, num primeiro momento, em vinculantes ou não vinculantes. Após, serão classificados em Direito vinculante ou não e subjetivo ou objetivo. Por fim, diante dessas combinações, os Direitos podem ser considerados como definitivos ou *prima facie*.

Nesse contexto, faz-se oportuno a elucidação em relação a tais critérios. Assim, em relação ao critério da vinculação ou não-vinculação, Alexy menciona que o Direito Social configura-se como

vinculante quando o Tribunal Constitucional puder constatar a violação deste Direito. O Direito Social não-vinculante, por sua vez, diz respeito a normas constitucionais programáticas (2008, p. 501).

Borowski, ao tratar sobre estas características, ressalta que considerar os Direitos Sociais como meras normas programáticas ou não-vinculantes ocasionaria a possibilidade dos Poderes políticos, especialmente o legislativo, não concretizar tais Direitos em virtude de ponderações de conveniência meramente política. Por isso, não se mostra constitucionalmente adequado este pensamento, ou seja, o autor perfilha que os Direitos Sociais são normas jurídicas vinculantes (2013, p. 26).

Quanto ao critério de subjetividade, pode-se dizer que este deverá ser compreendido como relações “triádicas”. Noutras palavras, relações entre um cidadão (titular do direito), o Estado e a respectiva prestação estatal, razão pela qual, quando se verificar a referida relação, o cidadão poderá exigir judicialmente a ação estatal (ALEXY, 2008, p. 445). O caráter objetivo das normas jurídicas, por outro lado, obrigam o agir Estatal apenas de maneira objetiva (ALEXY, 2008, p. 501).

A respeito da caracterização dos Direitos Sociais sob a dimensão objetiva, Borowski diz que a constatação da violação deste Direito só será possível por meio de processos relativos ao controle de constitucionalidade ou processos pré-judiciais (2013, p. 29).

No que se refere às normas jurídicas caracterizadas por Direitos *prima facie* ou definitivos, este critério condiz com a tese de Alexy relativa à distinta estrutura das normas jurídicas, ou melhor, normas de Direitos Fundamentais apresentadas no tópico anterior.

Assim, o Direito Social caracterizado como *prima facie* possui a estrutura de princípio, enquanto aquela ação estatal - em sentido estrito - caracterizada como definitiva diz respeito à estrutura de regra (ALEXY, 2008, p. 501).

Sobre esta questão, salienta Borowski que os Direitos Sociais não podem ser compreendidos como “posições definitivas de amplo alcance”. Muito embora a referida explanação, o autor deixa

claro que existem posições mínimas que deverão ser consideradas como definitivas (regras) no que se refere ao seu conteúdo. Estas posições definitivas não poderão ser objetos de restrições, segundo o autor (2013, p. 29).

A transformação do conteúdo dos Direitos Sociais, ou seja, a passagem do caráter *prima facie* ao definitivo dar-se-á com a aplicação da proporcionalidade no seu viés de proibição de proteção insuficiente (BOROWSKI, 2013, p. 31).

Para Borowski, portanto, os Direitos Sociais configuram-se em normas jurídicas vinculantes, subjetivos e de caráter *prima facie*, os quais protegem a liberdade fática dos cidadãos (2013, p. 48).

Retomando o entendimento de Alexy, interessante destacar que para este a “proteção mais intensa é garantida pelas normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos[...]”, sendo que a “proteção mais fraca, pelas normas não-vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações[...]” (2008, p. 501).

O referido autor ressalta, também, que os Direitos Sociais com caráter *prima facie* ou princípios possuem em si um conteúdo mais amplo do que as prestações estatais em sentido estrito com caráter definitivo ou de regra. Isto é, aquilo que é devido pelo Estado com base numa norma prestacional com natureza de princípio é mais amplo do que a prestação devida em virtude de um Direito Social definitivo (ALEXY, 2008, p. 514).

Para fins de fecho deste tópico, entende-se, então, que o Direito à saúde assemelha-se a uma norma jurídica vinculante, subjetivado e com estrutura de princípio. Oportuno reforçar que a configuração em estrutura de regra dar-se-á somente com a aplicabilidade deste Direito, sob as condições fáticas e jurídicas, por intermédio da máxima da proporcionalidade na ótica de proibição de proteção deficiente. Então, as questões atinentes à disponibilidade econômico-financeira do Estado mostra-se como uma das condições fáticas.

Diante da apresentação da teoria de Alexy acerca dos Direitos Sociais, entende-se que as pretensões desta seção foram cumpridas. Portanto, na próxima seção será apresentada a temática da reserva do possível.

3. Reserva do possível – “der vorbehalt dès möglichen”

A reserva do possível foi originalmente teorizada pelo Tribunal Constitucional alemão na década de setenta na decisão denominada *numerusclausus* (BVerfGE 33, 303). Nesta decisão, o Tribunal Constitucional foi instado a decidir a respeito da disponibilidade de vagas para a admissão no curso superior de medicina. O objeto da presente ação consubstanciava-se na (im)possibilidade da regulamentação das Universidades de Hamburg e Munique em restringir o ingresso neste curso (MARTINS, 2005, p. 656).

O que importa para a presente pesquisa é apresentar tão somente a questão da reserva do possível. Por isso não se dará atenção a decisão em si, ou seja, se as regulamentações eram ou não compatíveis com a Grundgesetz (Constituição alemã).

Na referida decisão, portanto, foi perfilhado que os Direitos Sociais não são de início restringidos (*sic*), isto é, os Direitos Sociais não são limitados de maneira apriorística. No entanto, estariam submetidos à Reserva do Possível (MARTINS, 2005, p. 662 – 663).

Assim, a reserva do Possível implicaria o que pode o indivíduo “racionalmente” exigir da sociedade. Ademais, compete ao legislador - própria responsabilidade - analisar tal questão, eis que o agente político possui as condições mais adequadas para promover uma proteção ao Direito Social consoante com o seu orçamento e os interesses coletivos (MARTINS, 2005, p. 663).

Para Alexy, nesta decisão, a Corte Constitucional deixa claro que o indivíduo - candidato que preencha todos os requisitos exigíveis para adentrar ao curso superior - possui um Direito abstrato (*prima facie*) de escolher o curso de sua preferência. No

entanto, o indigitado Direito estaria submetido à Reserva do Possível – no sentido daquilo que pode o cidadão exigir de maneira racional da sociedade – (2008, p. 439).

Noutras palavras, segundo Alexy, o Tribunal consolidou o entendimento de que todo indivíduo que conclui o ensino médio possui “em si” o direito de ingresso ao ensino superior, mas isso é antes de serem consideradas as razões colidentes (2008, p. 439).

Em que pese à referida explanação da Corte Constitucional Alemã, no Brasil a Reserva do Possível passou a ser conceituada simplesmente como a possibilidade econômico-financeira da Administração Pública na concretização dos Direitos Sociais (MORAIS; REDIN, 2011, p. 277).

A respeito desta ruptura, vale dizer que no Brasil a categoria da reserva do possível impõe a discussão de duas questões diferentes. Isto quer dizer, no Brasil há uma classificação da Reserva do Possível em duas óticas. Quais sejam? A classificação sob o ângulo da questão fática e jurídica (MOREIRA, 2011, p. 89 – 90).

Do ponto de vista fático, entende-se a Reserva do Possível diante do problema da existência ou não de recursos públicos para fins de realização dos direitos sociais. Quanto ao ponto de vista jurídico, discute-se a higidez das leis orçamentárias, representativas dos objetivos ou fins priorizados pelas escolhas públicas, notadamente pelo Poder Executivo e Legislativo (MOREIRA, 2011, p. 89 – 90).

Com base nestas questões, Moreira afirma que tanto a face fática quanto a jurídica poderá servir de fundamento para que determinado Direito Social não fosse realizado, implicando, por consequência, numa justificativa para a restrição à concretização de tais Direitos (2011, p. 90).

Por outro lado, de acordo com Figueiredo e Sarlet, a Reserva do Possível possui três dimensões. Sendo elas: (a) disponibilidade fática de recursos; (b) disponibilidade jurídica de recursos; (c) proporcionalidade/razoabilidade - exigibilidade da prestação -. Além disso, entende que a Reserva do Possível não é

integrante aos Direitos Sociais, mas configura-se como um limite fático e jurídico dos referidos Direitos de 2ª dimensão (2013, p. 27 – 30).

Ademais, ressalta Sarlet, que o princípio da reserva do possível não é absoluto, pois, caso seja sustentado isto, estar-se-á comungando da ideia de que o Direito à saúde caracteriza-se como mera norma programática (2007, p. 13).

Sarmento, no entanto, entende que a Reserva do Possível fática configura-se na razoabilidade da universalização da prestação exigida, tendo em vista os recursos efetivamente existentes pela Administração Pública (2010, p. 411).

Quanto à dimensão jurídica, enfatiza que se deve ter um “meio termo”, eis que o Poder Judiciário não pode desconsiderar as leis orçamentárias. Não obstante, afirma, também, que tais leis não podem ser inflexíveis, sendo que poderão ser eventualmente desconsideradas/superadas nas peculiaridades do caso concreto (SARMENTO, 2010)

Portanto, conforme demonstrado acima, o conceito de reserva do possível no Brasil está associado, principalmente, se não apenas, com a ideia de inexistência de recursos públicos para a concretização dos Direitos Sociais.

Dessa maneira, Leal destaca que o simples argumento de inexistência de recursos públicos não poderá configurar num esvaziamento dos Direitos Fundamentais Sociais, sobretudo ao Direito à Saúde, eis, pois, está diretamente ligado à vida humana – dignidade da vida humana – (2009, p. 83).

Nesse cenário, esclarece Sarmento (2010) que a reserva do possível não se afigura na impossibilidade da tutela jurisdicional dos Direitos Sociais, mas como um critério para a parametrização de tais Direitos.

Necessário, ainda, elucidar o posicionamento de Novais acerca da indigitada temática. O autor frisa que a reserva do possível – razoabilidade da pretensão – deverá ser averiguada no caso

concreto, de acordo com as “condições materiais” do indivíduo (2010, p. 90 – 91).

Afirma, também, que o controle da reserva do possível deverá ser averiguado, além dos Poderes Políticos, por parte do Judiciário, caso contrário a característica de jusfundamentalidade dos Direitos Sociais restaria comprometida (NOVAIS, 2010, p. 92 – 93).

Consigna, ademais, que a reserva do possível está intrinsecamente ligada aos Direitos Sociais, ou seja, tal categoria condiciona a concretização de tais Direitos. Nesse sentido, a reserva do possível não necessita estar expressamente positivada no texto constitucional, pois, de acordo com o autor, a reserva do possível é uma categoria implícita na Constituição (NOVAIS, 2010, p. 100).

Sendo assim, só haverá violação aos Direitos Sociais quando o Estado dispuser de recursos financeiros e não aplicar tais verbas públicas na concretização dos referidos Direitos Fundamentais (NOVAIS, 2010, p.101).

Não obstante, o autor aduz que a categoria da reserva do possível não é aplicada – não condiciona a aplicabilidade dos Direitos Sociais – quando o Poder Constituinte positivou um Direito Social definitivo – regra - (NOVAIS, 2010, p. 107).

No que concernem às questões orçamentárias, frisa Novais que são de responsabilidade do Poder Político e o juiz deverá obedecer às escolhas prioritárias realizadas pelo legislador. Diante disso, apenas ocorrerá a violação aos Direitos Sociais nos casos em que o Estado possua recursos financeiros para a concretização dos referidos Direitos (2010, p. 108 - 113).

Quanto às pretensões individuais via judiciário, entende o autor que cabe ao Juiz verificar a dificuldade do Estado (lato sensu) a fim de analisar se tal inexistência de recursos é capaz de obstruir a pretensão sob questão. Em suma, o juiz deverá analisar se o argumento de escassez é suficientemente relevante para denegar o pedido individual à determinada prestação social – Direito Social – (NOVAIS, 2010, p. 117).

Krell, por sua vez, entende que o argumento da reserva do possível não será capaz de impedir a efetivação judicial das normas constitucionais. Entretanto, o autor ressalta que o controle jurisdicional deverá ater-se em relação à escolha estatal de agir ou não agir e não sobre a questão de como agir (KRELL, 2013, p. 164 - 165).

Em resumo: a despeito da existência de divergências no Brasil em torno da reserva do possível, pode-se afirmar que esta se configura como um limite aos Direitos Sociais em função da escassez de recursos financeiros e poderá ser utilizada como critério judicial para condenar o Estado (lato sensu) a prestações sociais.

Com a conceituação da reserva do possível, dar-se-á prosseguimento aos objetivos desta seção. Assim, na sequência, será apresentado o critério denominado como mínimo existencial.

4. Análise jurisprudencial

Nesta seção, serão analisadas decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas com a concretização do Direito à Saúde e a utilização da reserva do Possível como argumento/razão para a não realização das medidas solicitadas por meio da ação judicial.

Para tanto, esta seção trará um relato sobre a decisão proferida na ADPF 45 – tida como paradigmática no trato do assunto da reserva do possível – para, logo após, apresentar as demais decisões obtidas com a pesquisa jurisprudencial no STF.

Primeiramente, faz-se necessário destacar que na pesquisa jurisprudencial utilizou-se a ferramenta do próprio sítio do STF, denominada “Pesquisa de Jurisprudência”. Nessa busca, foram utilizadas palavras chaves como “direito à saúde” e “reserva do possível”, arbitrando-se um lapso temporal de 01/01/2005 a 01/01/2014. O referido lapso temporal justifica-se em razão de abarcar decisões proferidas após a decisão da ADPF 45.

Impende ressaltar, ainda, que na presente pesquisa foram encontrados 7 acórdãos, 43 decisões monocráticas e 22 decisões da presidência. A partir das decisões encontradas, tornou-se necessário delimitar quais seriam analisadas.

Assim, arbitrou-se por analisar somente as decisões que possuíam o objeto em relação a pedidos de medicamentos e/ou tratamentos. Primou-se, também, por excluir decisões repetidas por ministro relator, visto que a fundamentação obtida acabava recaindo numa redundância. Logo restaram seis decisões a serem analisadas.

Além disso, mostrou-se indispensável o descarte das decisões proferidas no ARE 761454/RJ, AI 810115/RS, RE 628293/DF e AgRE 730104/PI, eis que as decisões não enfrentaram amiúde o tema do fornecimento de medicamentos/tratamentos pelo aparato estatal e da reserva do possível, discutindo-se, na maioria, tão apenas questões processuais.

Na sequência, realizar-se-á a análise das decisões. O primeiro caso a ser analisado é a ADPF/45, tendo como relator o Min. Celso de Mello (BRASIL, 2004). Nesse caso de controle de constitucionalidade abstrato, proposto pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB –, o objeto apreciado era o veto parcial do Presidente da República em alguns artigos da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2004.

O arguente sustentava que o veto do Presidente da República implicava numa violação (desrespeito a preceito fundamental) à EC nº 29/2000, pois não garantia a aplicação de recursos mínimos às políticas públicas relacionadas ao Direito à Saúde.

A despeito da perda do objeto desta ação, visto que o Presidente da República retratou-se do veto, o Min. Celso de Mello aduziu razões relevantes sobre o tema ao apreciar o pedido liminar.

O ministro entendeu que a Reserva do Possível possui dois elementos e que para a sua normatividade (aplicação) estaria dependente destes. Sendo eles: **a)** a razoabilidade da pretensão do

indivíduo; **b**) a existência e disponibilidade de recursos para efetivar tal pretensão.

Ademais, pelo voto proferido, fica evidente a atenção atribuída pelo ministro ao dever do Estado de prestar os meios necessários à realização do Direito Fundamental Social – no caso, à Saúde – desde que o pleito seja suportado pela razoabilidade daquilo que se pede.

Após a decisão paradigmática, identificou-se na pesquisa jurisprudencial a decisão proferida na STA nº 175/CE (BRASIL, 2010). O presente caso trata-se do julgamento do agravo regimental na STA 175/CE interposto pela União a fim de suspender o deferimento, por parte do Tribunal Regional da 5ª Região, de antecipação de tutela antecipada que determinava o fornecimento pela União, Estado do Ceará e o Município de Fortaleza do medicamento Zavesca-Miglustat para uma jovem portadora da patologia rara denominada Niemann-Pick tipo C.

O custo do medicamento era de R\$ 52.000,00 mil mensais, sendo que a justificativa para o fornecimento da droga era em função de que seria o único tratamento capaz de melhorar e gerar o aumento de vida da jovem.

Para fins de suspender a decisão do juízo *ad quo*, a União argumentou que: (a) tem-se a ilegitimidade passiva ao condenar à União, tendo em vista não ser o ente responsável pela dispensação deste tipo de medicamento; (b) o medicamento não foi incluso na política de assistência farmacêutica; (c) o medicamento não possuía registro na ANVISA; (d) a decisão violou o princípio da separação dos poderes; e (e) a decisão geraria grave lesão ao SUS e às finanças públicas;

Tendo em vista a judicialização excessiva de casos análogos, o Min. relator Gilmar Mendes convocou Audiência Pública com a finalidade de formular critérios para a adequada ingerência judicial em casos de fornecimento de medicamentos. Desse modo, serão apresentados, em seguida, os critérios colhidos nesta oportunidade.

Pois bem. De acordo com o voto do Min. rel., a primeira questão a ser analisada é a (in)existência de políticas públicas. Isto é, se a pretensão do cidadão está (ou não) abarcada por política estatal. Tal questão é relevante em razão de que se a pretensão pleiteada estiver incluída na política estatal pode-se afirmar que o judiciário está somente determinando a execução do programa. Nesses casos, o Tribunal entende que há de fato a existência de um Direito subjetivo público do cidadão.

Por outro lado, em se tratando de pretensões a medicamentos que não estão abarcadas por políticas públicas, faz-se necessária a verificação do motivo desta prestação à saúde não estar inclusa nos programas estatais. O Tribunal lista três razões, as quais deverão ser verificadas no caso. Deverá, portanto, ser verificado se a não inclusão do medicamento dá-se em virtude de: (a) omissão legislativa ou administrativa; (b) decisão administrativa de não fornecer; ou (c) vedação legal.

Neste cenário, foi ressaltado, primeiramente, sobre a necessidade de o medicamento pleiteado estar registrado na ANVISA, haja vista que, além de estar previsto na legislação, o registro sanitário do medicamento atesta a segurança e eficácia deste. De regra⁶, portanto, o Estado não pode ser compelido a fornecer fármaco que não esteja registrado na ANVISA⁷.

Nos casos em que a decisão administrativa está fundamentada na questão de inexistência de bases científicas sólidas

⁶ A exceção desta regra prevista no art. 8º, §5º da Lei 9.782/99. Conforme dispõe o referido dispositivo legal, “A Agência poderá dispensar de registro os imunobiológicos, inseticidas, medicamentos e outros insumos estratégicos quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas.” (BRASIL, 1999).

⁷ Muito embora seja este o entendimento consolidado acerca da necessidade do medicamento pleiteado estar registrado na ANVISA para fins de condenação ao ente público, no julgamento do RE n.º 566.471 e n.º 657.718 de relatoria do Min. Marco Aurélio foi ventilada a possibilidade de o Estado fornecer medicamentos sem o devido registro sanitário. No RE n.º 566.471 tal entendimento foi ventilado nos votos do relator, do Min. Luís Roberto Barroso e do Min. Luiz Edson Facchin. Já no RE n.º 657.718 esta possibilidade foi aventada no voto do Min. Barroso. Há de ser ressaltado, ainda, que ambos os indigitados recursos não foram julgados em definitivo.

para a inclusão do medicamento na política de assistência farmacêutica, o Tribunal mencionou duas situações que poderão ocorrer.

A primeira situação refere-se ao fornecimento de medicamento para a patologia “C”, por exemplo, mas este não é adequado para determinado cidadão acometido pela doença. Em tal caso, embora a regra seja a predileção pelo medicamento constante na política estatal, o judiciário poderá condenar o Estado ao fornecimento de medicamento distinto, desde que seja comprovada a ineficácia do medicamento previsto na lista oficial.

A outra situação diz respeito à inexistência de medicamentos para a patologia “C”. Em tal situação, têm-se duas questões relevantes. A primeira refere-se aos medicamentos experimentais e a segunda aos medicamentos ainda não analisados pelo SUS.

No que tange aos medicamentos experimentais, restou consolidado que o Estado não poderá ser compelido ao fornecimento destes, tendo em vista, sobretudo, a inexistência de comprovação científica acerca da eficácia do medicamento.

Em relação aos novos medicamentos ainda não contemplados pela assistência farmacêutica, entendeu o Tribunal que é necessário muito cuidado nesta apreciação, eis que a evolução científica nesse ponto é de evolução rápida e a decisão administrativa de inclusão de novos medicamentos leva em consideração a questão de recursos financeiros disponíveis.

Por conta disso, a inclusão de novos medicamentos “não pode significar violação ao princípio da integralidade⁸”. Contudo, a revisão da lista oficial de medicamentos ofertados pelo Estado poderá ser objeto em ações individuais ou coletivas. Nesses casos, faz-se necessária a realização de uma adequada instrução processual

⁸ Importante deixar claro que o princípio da integralidade equivale-se à diretriz do SUS da integralidade. Para maiores esclarecimentos acerca da compreensão deste princípio ou diretriz, ver o item 1.1.2 deste capítulo.

– com ampla produção de provas, o que, por sua vez, poderá inviabilizar o deferimento de antecipação de tutela.

Com base em tais critérios, o plenário da corte, por unanimidade dos votos, decidiu por não acolher os argumentos sustentados pela União para a suspensão da tutela antecipada e, sendo assim, pelo não provimento do presente recurso.

O último caso a ser analisado é a SS 4304/CE, cuja relatoria foi do Min. Cezar Peluso. O caso tinha como objeto o fornecimento do medicamento Soliris (Eculizumabe), por pleito de Monique Sobreira de Carvalho Moreira e Tiago Moura Sobreira Bezerra, ambos portadores de patologia rara denominada Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN) (BRASIL, 2011).

Nesta suspensão, o Estado sustentou que o fornecimento ensejaria numa grave lesão à ordem, à economia e à saúde, eis que o tratamento foi avaliado, aproximadamente, em R\$ 1.857.202,95 e que não havia previsão orçamentária para o fornecimento do referido medicamento.

Sustentou, também, que o cumprimento da obrigação violaria os princípios da Reserva do Possível e da separação dos poderes, além de inexistir comprovação da ineficácia do medicamento disponibilizado pelo SUS.

Importante ressaltar que o medicamento pleiteado não possuía registro na ANVISA. Contudo, o Min. relator (presidente) destaca que de acordo com o Ministério Público há nos autos provas documentais que comprovam ser este medicamento o único eficaz no tratamento da doença.

Diante disso, o Min. afastou, nesse caso, o parâmetro construído na decisão STA 175 (suprarreferida) em razão das provas mencionadas pelo *Parquet*. Ademais, registrou, na decisão, que o elevado custo do medicamento não seria argumento (suficiente/plausível) para implicar numa grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública e, portanto, a decisão deu-se no sentido de manter a segurança.

Após analisar os indigitados casos jurídicos encontrados na jurisprudência do STF, buscando apresentar o seu posicionamento no tocante ao fornecimento de medicamentos/tratamentos em conjunto com a utilização do argumento da reserva do possível, passar-se-á às considerações finais da presente pesquisa.

5. Conclusão

O presente estudo procurou demonstrar a forma com que o Supremo Tribunal Federal aborda as questões envolvendo o Direito à Saúde e sua perfectibilização mediante a observância da reserva do possível. Para isto, partiu-se do pressuposto de que o Direito à Saúde é um direito subjetivo dos cidadãos e possui caráter *prima facie*, tal como estas características são definidas por Robert Alexy na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

No tocante à reserva do possível, apurou-se que a sua noção originária (*Der Volberhalt Dês Möglichen*) é empregada pela doutrina brasileira de forma diferente da alemã. Aqui é associada enfaticamente à escassez de recursos para a efetivação dos Direitos Sociais, enquanto lá se propõe a definir até que ponto o indivíduo possui determinado direito subjetivo.

No âmbito jurisprudencial, identificou-se que nas demandas por medicamentos em que a reserva do possível surge como argumento, o Supremo Tribunal Federal entende que a alegação realizada pela administração pública, de inexistência de recursos, por si só, não obsta a promoção do Direito à Saúde.

Nesse sentido, inferiu-se, então, que apenas com a comprovação efetiva pelo ente estatal da real inexistência de recursos aliada a uma demanda além do razoável (ADPF 45) o pleito judicial poderia ser prejudicado.

Verifica-se, no entanto, a inexistência de uma dogmática madura. Isto é, o Supremo Tribunal Federal não conseguiu tratar o referido tema de forma crítica em casos concretos (solicitações de

medicamentos), tendo em vista que apenas na ADPF há certa análise crítica em relação ao tema.

Em relação à hipótese deste trabalho, pode-se dizer que esta não foi confirmada com a análise da ADPF 45 e STA 175 em razão de haver condicionantes fáticas e jurídicas nestes julgados.

Todavia, ao se analisar a SS 4304, infere-se que a hipótese desta pesquisa foi confirmada, visto que, na oportunidade, o Min. entendeu pela não delimitação do Direito à saúde em razão do alto custo de medicamentos (reserva do possível à brasileira).

6. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. **Direitos Fundamentais Sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle jurídico racional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editora, 2014.

BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental da Alemanha. In: TOLEDO, Claudia [org]. **Direitos Sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 15 – 48.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175**. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de Março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 18 abr. 2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Arguente: PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de Abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDe talhe.asp?s1=000072044&ba se=baseMonocraticas>>. Acesso em: 18 Abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança 4304/Ceará**. Requerente: Estado do Ceará. Requerido: Ministério Público do Estado do Ceará. Relator: Ministro Cezar Peluso (Presidente). Brasília, 19 de Abril de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDeTalhe.asp?s1=000143682&base=baseP_residencia>. Acesso em: 18 Abr. 2014.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: BARCELLOS, Ana Paula de; SARLET, Ingo Wolfgang (org); TIMM, Luciano Benetti (org) [et al.]. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2. Ed, 2013. p. 13 - 50.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza [org]; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 149 - 166.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos direitos difusos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2 ed, 2013.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, 2005.

MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade - para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 189 - 206.

MORAIS, Fausto Santos De. **Ponderação e arbitrariedade - A inadequada recepção Alexy pelo STF**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MORAIS, Fausto Santos; REDIN, Giuliana. **O controle Judicial da Efetividade dos Direitos Sociais: A perspectiva da teoria filosófico-política da condição humana e espaço público e da crítica hermenêutica do direito.** Revista de Estudos Jurídicos, a. 15, n. 22, 2011.

MOREIRA, Alinie da Motta. **As restrições em torno da Reserva do Possível: Uma análise crítica.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à saúde na Constituição.** Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, setembro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos Direitos Sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MODERNIDADE E COLONIALIDADES NO CONCEITO JURÍDICO DE CIDADANIA: UMA PERSPECTIVA DECOLONIAL PARA A (RE)INTERPRETAÇÃO DA CIDADANIA NO ESPAÇO PÚBLICO

Tamiris Alessandra Gervasoni¹

1. Introdução

Abordar o tema da modernidade requer a análise de uma série de fatores e consequências históricas que o seu próprio termo faz referência. Em geral compreendida como um fenômeno europeu, o presente estudo pretende lançar uma mirada distinta sobre o seu significado e seus efeitos em termos mundiais, não reduzindo a sua expressão a uma perspectiva eurocêntrica. Pretende-se, assim, analisar alguns aspectos que envolvem esta temática e que trazem implicações relevantes até a atualidade.

Desta forma, o primeiro item deste estudo debruça-se sobre o termo modernidade com o objetivo de analisar suas características, investigando sua influência para além de restritos períodos históricos. Neste sentido, analisa-se a modernidade em sua dualidade conceitual: em sentido eurocêntrico e em sentido mundial, juntamente com as distinções advindas de cada uma destas compreensões.

Considerando uma estrutura mais ampla da modernidade, o estudo, em um segundo momento, abordará a questão da colonialidade enquanto face oculta da modernidade, bem como as consequências decorrentes desta conjuntura. Observar-se-á daí conceitos como colonialidade e colonialismo e as influências que tais questões exercem até os dias atuais, com ênfase na interpretação jurídica da cidadania pelo texto constitucional brasileiro.

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Graduada pela mesma instituição. Supervisora da Pesquisa e Extensão na Faculdade IMED. E-mail: tamirisgervasoni@gmail.com.

Ao final, analisar-se-ão as disposições constitucionais sobre a cidadania na Constituição Federal de 1988, investigando a presença, ou não, de eventuais colonialidades e/ou os elementos modernos ainda conservados na interpretação jurídica, investigando-se a necessidade de uma mudança nos próprios conceitos e premissas do conceito jurídico de cidadania a partir do pensamento decolonial, como proposta de ruptura epistemológica em relação à interpretação hegemônica e colonizadora da cultura jurídica moderna sobre a cidadania.

2. Modernidade em dupla perspectiva: eurocêntrica e mundial

A modernidade é, geralmente, compreendida como um fenômeno emergido no cenário europeu, relacionando-se com os costumes e hábitos de vida e organização social (GIDDENS, 1991, p. 11), marcado por dois componentes essenciais a sua caracterização como período posterior a era pré-moderna, sendo o primeiro a crença na razão² e o segundo a ação racional e o reconhecimento de direitos universais do indivíduo³ (TOURAINÉ, 2007, p. 86-87). Ao tratar-se deste termo “modernidade”, enquanto (possível) momento intermediário entre era pré-moderna e pós-moderna, uma série de aspectos e características sociais, culturais e econômicas emergem, já que serão distintos em cada período histórico e relacionam-se com a própria estruturação da ordem política e econômica mundial, bem como com a (re)produção do próprio conhecimento e da conformação das múltiplas relações de poder.

Neste período, atribui-se a René Descartes o papel de fundador da filosofia ocidental moderna, o qual inaugura uma nova perspectiva de produzir conhecimento e teorias científicas, rompendo com a lógica sobrenatural, substituindo o fundamento de

² “A razão é, pois, um fundamento não social da vida social, diferentemente do religioso ou do costume, tipicamente definidos em termos sociais” (GERVASONI, 2016, p. 31).

³ “[...] a afirmação de um universalismo que concede a todos os indivíduos os mesmos direitos, sejam quais forem seus atributos econômicos, sociais ou políticos” (TOURAINÉ, 2007, p. 86-87).

Deus para o Homem como próprio fundamento do conhecimento na era moderna europeia (GROSFUGUEL, 2008, p. 119). Verdades universais, a partir da lógica “penso, logo existo”, eram produzidas pelo próprio homem, transcendendo questões de tempo e espaço, já que todo acesso às leis do universo estava agora situado na mente do Homem ocidental (GROSFUGUEL, 2008, p. 119).

Diante desta lógica, as ciências modernas ocidentais criaram um dualismo entre mente e corpo, entre mente e natureza, proclamando um conhecimento universal e não-situado, pois, utilizando-se da ideia de “ponto zero” qualquer ponto de vista “se representa como não tendo um ponto de vista” (GROSFUGUEL, 2008, p. 120). É desta forma que o homem ocidental irá posicionar o seu conhecimento com exclusividade na aptidão de atingir a uma consciência universal⁴ e portanto, de renegar qualquer outro conhecimento produzido por aquele que não seja homem e ocidental.

Em face deste particularismo que subvenciona a “ego política do conhecimento” nas ciências modernas ocidentais, o sujeito que enuncia consegue gerar o mito do conhecimento universal, pois está desvinculado do seu lugar epistêmico⁵. Assim, a própria compreensão do que é (ou poderia ser) modernidade se dá através daquilo que é narrado e não necessariamente corresponde a um período histórico, determinado no tempo e espaço, do qual a sua ocorrência era inevitável. A percepção da modernidade enquanto

⁴ “Em termos históricos, isto permitiu ao homem ocidental (esta referência ao sexo masculino é usada intencionalmente) representar o seu conhecimento como o único capaz de alcançar uma consciência universal, bem como dispensar o conhecimento não-ocidental por ser particularístico e, portanto, incapaz de alcançar a universalidade” (GROSFUGUEL, 2008, p. 120).

⁵ “Na filosofia e nas ciências ocidentais, aquele que fala está sempre escondido, oculto, apagado da análise. A “geopolítica do conhecimento” da filosofia ocidental sempre privilegiou o mito de um “Ego” não situado. O lugar epistêmico étnico-racial/sexual/de gênero e o sujeito enunciador encontram-se, sempre, desvinculados. Ao quebrar a ligação entre o sujeito da enunciação e o lugar epistêmico étnico-racial/sexual/de gênero, a filosofia e as ciências ocidentais conseguem gerar um mito sobre um conhecimento universal Verdadeiro que encobre, isto é, que oculta não só aquele que fala como também o lugar epistêmico geopolítico e corpo-político das estruturas de poder/conhecimento colonial, a partir do qual o sujeito se pronuncia” (GROSFUGUEL, 2008, p. 119).

narrativa daqueles que se perceberam como protagonistas deste momento abrange a complexidade e as inúmeras faces que este termo pode transmitir (MINGOLO, 2008, p. 316-317). Narrativa, esta, contada muito vezes somente pelo homem ocidental, já que este era o único apto a construir verdades universais, e sendo a “modernidade” “o termo no qual eles espalhavam a visão heroica e triunfante da história que eles estavam ajudando a construir” (MINGOLO, 2008, p. 316-317).

Esta narrativa da modernidade pode ser realizada em torno de dois conceitos distintos acerca da própria modernidade: modernidade em sentido eurocêntrico⁶ e modernidade em sentido mundial (DUSSEL, 2005, p. 27). Na primeira percepção, a modernidade eurocêntrica é uma forma de emancipação através da razão como processo crítico no século XVIII, marcada principalmente pelos eventos da Reforma, Ilustração e Revolução Francesa. Esta perspectiva é adjetivada de eurocêntrica “porque indica como pontos de partida da “Modernidade” fenômenos intra-europeus, e seu desenvolvimento posterior necessita unicamente da Europa para explicar o processo”⁷ (DUSSEL, 2005, p. 27).

Já na segunda percepção referida, em sentido mundial, a modernidade consistiria na “determinação fundamental do mundo

⁶ Aníbal Quijano oferece explicação sobre o significado da expressão “eurocentrismo”: “Eurocentrismo é, aqui, o nome de uma perspectiva de conhecimento cuja elaboração sistemática começou na Europa Ocidental antes de mediados do século XVII, ainda que algumas de suas raízes são sem dúvida mais velhas, ou mesmo antigas, e que nos séculos seguintes se tornou mundialmente hegemônica percorrendo o mesmo fluxo do domínio da Europa burguesa. Sua constituição ocorreu associada à específica secularização burguesa do pensamento europeu e à experiência e às necessidades do padrão mundial de poder capitalista, colonial/moderno, eurocentrado, estabelecido a partir da América.

Não se trata, em consequência [sic], de uma categoria que implica toda a história cognoscitiva em toda a Europa, nem na Europa Ocidental em particular. Em outras palavras, não se refere a todos os modos de conhecer de todos os europeus e em todas as épocas, mas a uma específica racionalidade ou perspectiva de conhecimento que se torna mundialmente hegemônica colonizando e sobrepondo-se a todas as demais, prévias ou diferentes, e a seus respectivos saberes concretos, tanto na Europa como no resto do mundo” (2008, p. 115).

⁷ “Esta é aproximadamente a visão provinciana e regional desde Max Weber – com sua análise sobre a “racionalização” e o “desencantamento” – até Habermas. Para muitos, Galileu (condenado em 1616)), Bacon (*Novum Organum*, 1620) ou Descartes (*O discurso do método*, 1636) seriam os iniciadores do processo moderno no século XVII” (DUSSEL, 2005, p. 27).

moderno o fato de ser (seus Estados, exércitos, economia, filosofia, etc.) “centro” da História Mundial” (DUSSEL, 2005, p. 27). Isto porque, até o “descobrimento” da(s) América(s), em 1492, não havia uma história sobre o mundo, apenas impérios e sistemas culturais que coexistiam em um mesmo território continental, que não contemplava a totalidade de territórios do globo, o que já era suposição na época. Assim, a construção de uma história mundial inicia com as expedições portuguesas no século XV e juntamente com o encontro da América hispânica, “todo o planeta se torna o “lugar” de “*uma só*” *História Mundial*” (DUSSEL, 2005, p. 27).

A partir da construção de uma só história mundial, que se inicia neste período entre o final do século XV e primórdios do século XVI, com a conquista do Atlântico, a Modernidade determina-se como “novo “paradigma” de vida cotidiana, de compreensão da história, da ciência, da religião” (DUSSEL, 2005, p. 28), pois daí surgirão características intensamente distintas nestes âmbitos e em outros da vida em sociedade, representando a modernidade, portanto, mais do que um período histórico, mas um momento de substancial transformação (STEIN, 1997, p. 13). Transformação que além de transcender o território europeu, foi dependente de outros territórios, povos e culturas para o seu estabelecimento.

Desta forma, concentrar a modernidade de modo apenas relacionado ao ocidente e/ou à Europa, é um equívoco, pois esta refere-se ao conjunto mundial de populações, países e culturas no transcorrer dos últimos quinhentos anos. É justamente neste sentido que se pode afirmar que “todos os mundos ou ex-mundos articulados no padrão global de poder, e cada um de seus segmentos diferenciados ou diferenciáveis” integram esta (nova) parte da história mundial (QUIJANO, 2005, p. 113). A despeito da imaginação dos europeus ter criado a abstração eurocêntrica⁸ de “portadores exclusivos da modernidade” bem como de “seus exclusivos criadores

⁸ “O “eurocentrismo” da Modernidade é exatamente a confusão entre a universalidade abstrata com a mundialidade concreta hegemônica pela Europa como “centro”” (DUSSEL, 2005, p. 28).

e protagonistas” (QUIJANO, 2005, p. 113), a modernidade somente nasce em 1492⁹, ou seja, quando se concretizaram as condições históricas necessárias para tanto: “empírica mundialização, organização de um mundo colonial e o usufruto da vida de suas vítimas, num nível pragmático e econômico” (DUSSEL, 2005, p. 29).

Diante de tais condições, como, por exemplo, a organização de um comércio mundial a partir do circuito comercial do Atlântico, não é acertado abordar o tema da modernidade sem considerar a colonialidade como condição ou como sua parte intrínseca, ainda que tenha sido “o lado silenciado pela imagem reflexiva que a modernidade (por ex.: os intelectuais, o discurso oficial do Estado) construiu de si mesma” (MIGNOLO, 2005, p. 34). Reconhece-se a modernidade e a colonialidade como duas faces da mesma moeda, pois as instituições modernas, a organização do trabalho, as novas identidades, direitos e leis, a ideia de Estado-nação, cidadania e democracia, entre tantos outros aspectos e elementos, “formaram-se durante um processo de interação [sic] colonial, e também de dominação/exploração, com povos não-ocidentais” (GROSFUGUEL, 2008, p. 125).

Evidencia-se que a construção da modernidade ocorreu a partir de um processo híbrido, plural e complexo, não ficando adstrito ao ocidente europeu, mas resultando de uma interação entre colonizador e colonizado, ou seja, entre dominantes e dominados. Portanto, a própria configuração da modernidade europeia e da colonialidade do restante do mundo, como leciona Mignolo, pode ser acomodada na “imagem hegemônica sustentada

⁹ “Apesar de toda data que permite separar duas épocas ser arbitrária, nenhuma e mais indicada para marcar o início da era moderna do que o ano de 1492, ano em que Colombo atravessa o oceano Atlântico. Somos todos descendentes diretos de Colombo, e nele que começa nossa genealogia - se e que a palavra começo tem um sentido. Desde 1492 estamos, como disse Las Casas, “neste tempo tão novo e a nenhum outro igual” (História de las índias, 1, 881). A partir desta data, o mundo está fechado (apesar de o universo tornar-se infinito). “O mundo e pequeno”, declarou peremptoriamente o próprio Colombo (Carta Raríssima, 7.7.1503 - uma imagem de Colombo transmite algo deste espírito, cf. fig. 2). Os homens descobriram a totalidade de que fazem parte. Até então, formavam uma parte sem todo” (TODOROV, 1999, p. 8-9).

na colonialidade do poder” (2005, p. 36) o que, como corolário, projeta o pensamento de que “não pode haver modernidade sem colonialidade; que a colonialidade é constitutiva da modernidade, e não derivativa” (2005, p. 36), já que uma não teria se constituído sem a outra.

Assim, a ideia de colonialidade do poder revela uma estrutura da modernidade mais ampla, alinhada à relação colonial entre centro e periferia, numa perspectiva mundial devido à expansão europeia. Com a inserção da América na constituição do mercado mundial e na própria constituição de um novo padrão do poder mundial, as mudanças e novas perspectivas advindas com a modernidade acabaram atingido o mundo todo, o que, aliás, não “se trata de mudança dentro do mundo conhecido, que não altera senão alguns. Trata-se da mudança do mundo como tal” (QUIJANO, 2005, p. 133). Até mesmo porque, desencadeia-se o desenvolvimento do processo de formação de uma nova subjetividade diante da percepção das mudanças históricas: “uma nova perspectiva sobre o tempo e sobre a história” (QUIJANO, 2005, p. 113).

Logo, com a conquista do continente americano, inauguram-se dois processos articulados: a modernidade e organização colonial do mundo (LANDER, 2005, p. 10). Processos que, de acordo com as lições de Lander, aliados ao colonialismo¹⁰ na América, além de promover a organização colonial do mundo, realizam “a constituição colonial dos saberes, das linguagens, da memória” (2005, p. 10). Inicia-se, então, um “longo processo que culminará nos séculos XVIII e XIX e no qual, pela primeira vez, se organiza a totalidade do espaço e do tempo – todas as culturas, povos e territórios do planeta, presentes e passados – numa grande narrativa universal” (2005, p. 10). Narrativa realizada pelo europeu ocidental como protagonista, como centro do mundo, imaginando-

¹⁰ O autor Grosfoguel aclara que emprega o termo “‘colonialismo’ para me referir a ‘situações coloniais’ impostas pela presença de uma administração colonial, como é o caso do período do colonialismo clássico [...]” (2008, p. 126-128).

se como “a culminação de uma trajetória civilizatória desde um estado de natureza” o que “levou-os também a pensar-se como os *modernos* da humanidade e de sua história, isto é, *como o novo e ao mesmo tempo mais avançado da espécie*” (QUIJANO, 2005, p. 11). Decorrente desta perspectiva de superioridade europeia é que culmina a ideia de “mito da Modernidade”:

El “concepto” muestra el sentido emancipador de la razón moderna, con respecto a civilizaciones con instrumentos, tecnologías, estructuras prácticas políticas o económicas o al grado del ejercicio de la subjetividad menos desarrolladas. Pero, al mismo tiempo, oculta el proceso de “dominación” o “violencia” que ejerce sobre otras culturas. Por ello, todo el sufrimiento producido en el Otro queda justificado porque se “salva” a muchos “inocentes”, víctimas de la barbarie de esas culturas (DUSSEL, 1992, p. 72).

Aproveitando-se desse discurso de superioridade, o mito da civilização e emancipação da modernidade europeia, em verdade ocultou a dominação exercida sobre o outro¹¹, aquele que não era homem europeu, justificando esta relação de dominação pelo próprio bem destes indivíduos “inferiores” e selvagens, que necessitavam ser salvos e civilizados. O mito da modernidade evidencia-se, portanto, em vitimar um inocente, o outro, que seria responsável por sua própria vitimização, logo, o sofrimento deste outro, do colonizado/conquistado/subdesenvolvido, era compreendido como um sacrifício necessário à própria modernização¹² (DUSSEL, 1992, p. 70).

¹¹ “Podem-se descobrir os outros em si mesmo, e perceber que não se e uma substancia homogênea, e radicalmente diferente de tudo o que não e si mesmo; eu e um outro. Mas cada um dos outros e um eu também, sujeito como eu. Somente meu ponto de vista, segundo o qual todos estão lá e eu estou só aqui, pode realmente separá-los e distingui-los de mim. Posso conceber os outros como uma abstração, como uma instancia da configuração psíquica de todo indivíduo, como o Outro, outro ou outrem em relação a mim. Ou então como um grupo social concreto ao qual nós não pertencemos” (TODOROV, 1992, p. 7).

¹² “La Modernidad, como mito, justificará siempre la violencia civilizadora [...]” (DUSSEL, 1992, p. 80).

Esta dominação do outro, necessária para o estabelecimento do novo padrão de poder mundial almejado pela Europa, acarretou na hegemônica concentração do controle de todas as formas de subjetividade, sendo a cultura e a própria produção do conhecimento absorvidos e assujeitados aos desígnios dos colonizadores europeus (QUIJANO, 2005, p. 110). A formação de uma nova perspectiva e lógica das relações intersubjetivas de dominação entre a Europa e o restante do mundo, desenvolveu-se com a realização de uma série de práticas e imposições, que, didaticamente nos ensinamentos de Quijano, são organizadas inicialmente (1) pela expropriação das populações colonizadas; (2) seguindo pelas “formas de produção de conhecimento dos colonizados, seus padrões de produção de sentidos, seu universo simbólico, seus padrões de expressão e de objetivação da subjetividade; (3) restando no aprendizado forçado dos colonizados “a cultura dos dominadores em tudo que fosse útil para a reprodução da dominação” (2005, p. 111).

Desta forma, a modernidade enquanto “uma séria de *práticas* orientadas ao controle racional da vida humana” (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 83), implementadas e distribuídas em diversos territórios e povos pelo mundo, realizadas e impostas por intermináveis décadas, deixaram consequências e marcas até os dias de hoje. Destarte, é que o presente estudo propõe-se a investigar o termo “colonialidade” no item subsequente, analisando seus aspectos diante do contexto da modernidade, seu contorno atual e, mais adiante, possível relação com a própria interpretação dos direitos da personalidade no cenário jurídico brasileiro.

3. Colonialidade e giro decolonial

A “matriz de poder colonial” da modernidade, ao lado das suas inúmeras e heterogêneas estruturas, exercidas por cerca de quatrocentos e cinquenta anos, “não se evaporaram juntamente com a descolonização jurídico-políticas da periferia ao longo dos

últimos 50 anos” (GROSFOGUEL, 2008, p. 126). Por isto, assevera-se que a independência de alguns países em relação aos seus colonizadores, apesar de romper com a administração colonial presente fisicamente em seu território e poder estabelecer suas próprias leis e autogovernar-se, rompeu apenas com a face política do colonialismo e, salienta-se, “[...] *que el fin del colonialismo político no significó el fin del colonialismo en las mentalidades y subjetividades, en la cultura y en la epistemología y que por el contraio continuó repoduciéndose de modo endógeno*” (SANTOS, 2010, p. 8).

Decorrente disto é que as influências e estruturas da modernidade e do período de colonizações permaneceram, e permanecem, em nosso mundo, aliás, a própria expressão “colonialidade” irá representar e denunciar a continuidade das práticas colonialistas atualmente¹³, ainda que sem a presença das administrações coloniais¹⁴. O termo “colonialidade”, de acordo com o pensamento de Grosfoguel, refere-se às “situações coloniais da atualidade” (2008, p. 126-128). Situações estas que definem-se como situações coloniais a partir da “a opressão/exploração cultural, política, sexual e económica de grupos étnicos/ racializados subordinados por parte de grupos étnico-raciais dominantes, com ou sem a existência de administrações coloniais” (2008, p. 126-128). Colonialidade é um conceito que busca refletir a dependência existente entre centro e periferia não restrito à ideia de economia e política, mas alcançando também a produção do conhecimento, sendo que este também pode ser resultado e instrumento de colonização. Denota-se que “a colonialidade é uma característica do

¹³ Exemplo é mencionado na obra de René Remond, ao elucidar que “o rompimento dos laços políticos entre as colônias inglesas da América do Norte e a metrópole não mudou muita coisa no gênero de vida, nas instituições e nas crenças dos brancos da América; o rompimento entre colônias e colonizadores, desde que é a expressão de um movimento vindo das profundezas nacionais, corre o risco de atingir a impregnação ocidental” (REMOND, 1974, p. 167).

¹⁴ “A palavra “colonial” não designa apenas o “colonialismo clássico” ou um “colonialismo interno”, nem pode ser reduzida à presença de uma “administração colonial” (GROSFOGUEL, 2008, p. 126-128).

poder exercido nas relações de dominação colonial da modernidade” (BRAGATO, 2014, p. 212), distinguindo-se do colonialismo que configura-se nas práticas realizadas e impostas, relacionadas ao próprio exercício do poder na presença de uma administração colonial.

A palavra “colonial” não designa apenas o “colonialismo clássico” ou um “colonialismo interno”, nem pode ser reduzida à presença de uma “administração colonial”. Quijano estabelece uma distinção entre colonialismo e colonialidade. Eu uso a palavra “colonialismo” para me referir a “situações coloniais” impostas pela presença de uma administração colonial, como é o caso do período do colonialismo clássico, e, na esteira de Quijano, uso a designação “colonialidade” para me referir a “situações coloniais” da actualidade, em que as administrações coloniais foram praticamente erradicadas do sistema-mundo capitalista (GROSFOGUEL, 2008, p. 126).

Em diversos territórios do globo, nos quais estiveram presentes estas administrações coloniais de outros países por muitas décadas e até mesmo séculos, a modernidade, bem como a colonialidade intrínseca a ela, significaram não apenas exploração e expropriação da própria subjetividade, mas também “o começo do tortuoso mas inevitável caminho em direção ao desenvolvimento e à modernização” (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 83). Neste processo de modernização e civilização, “não havia tempo para tratar de entender os vencidos, nem muito menos de compreendê-los na sua própria história e cultura” (SANTIAGO, 1998, p. 28) e, assim, os fundamentos ocidentais deste processo invadem o mundo como paradigma e modelo para todos¹⁵ (SANTIAGO, 1998, p. 28).

¹⁵ “Desta forma o ocidente conquistador teve erros atrás de erros ao não querer compreender as tradições pré-hispânicas que universalmente são idênticas às suas através da história. Afinal de contas, o ocidente embriagado pelo cartersianismo que se seguiu recusou as culturas que lhe parecia opostas ao progresso, ou seja negaram-se as formas vivas de culturas anteriores” (SANTIAGO, 1998, p. 28).

Sob a égide do argumento civilizatório, este processo de modernização¹⁶ resultou numa irracionalidade “oculta aos seus próprios olhos” (DUSSEL, 2005, p. 29) ao justificar uso indiscriminado da violência sobre os colonizados, impondo sua marca identitária ocidental. Enquanto o colonizado representa “o outro da razão”, caracterizado pela barbárie e brutalidade, “autorizando” a aplicação de um poder disciplinar pelo colonizador, eivado de bondade e racionalidade, ambos constituem identidades que em uma relação de exterioridade excluem-se e constituem-se reciprocamente (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 83), portanto, não percebeu o homem europeu, que sua superioridade, para constituir-se, era já dependente daquele que almejavam encobrir. Encobrimo o outro, sua superioridade salientava-se e, logo, a relação colonial conformou-se em uma relação antagônica entre colonizado e colonizador, já que a “presença do ‘Outro’ me impede de ser totalmente eu mesmo. A relação não surge de identidades plenas, mas da impossibilidade da constituição das mesmas”¹⁷ (LACLAU; MOUFFE, 1985, p. 125).

Nesta relação, o “Outro” negado pela modernidade e considerado responsável por sua condição de inferioridade, enquanto vítima da (ir)racionalidade ocidental, constitui, na percepção de Dussel, uma face oculta e essencial da Modernidade (2005, p. 29), integrando um contexto formado por um “o mundo periférico, colonial, o índio sacrificado, o negro escravizado, a mulher oprimida, a criança e a cultura popular alienadas, etc. (as “vítimas” da “Modernidade”) como vítimas de um ato irracional (como contradição do ideal racional da própria “Modernidade”)

¹⁶ “La imposición de la hegemonía británica, desde fines del Siglo XVIII y durante todo el Siglo XIX, significó también la hegemonía de las tendencias que no podían concebir la racionalidad de otro modo que como arsenal instrumental del poder y de la dominación. La asociación entre razón y liberación quedó oscurecida, de ese modo. La modernidad sería, en adelante, vista casi exclusivamente a través del enturbado espejo de la «modernización». Esto es, la transformación del mundo, de la sociedad, según las necesidades de la dominación” (QUIJANO, 1998, p. 53).

¹⁷ “[...] the presence of the ‘Other’ prevents me from being totally myself. The relation arises not from full totalities, but from the impossibility of their constitution” (LACLAU; MOUFFE, 1985, p. 125).

(2005, p. 29). Estes e outros que não o homem, branco, cristão, heterossexual e europeu, irão compor “os outros”, pertencentes ao mundo periférico; já o homem europeu detentor dos adjetivos mencionados, irá compor o “nós”. E, a partir disso, “a Modernidade definiu-se como “emancipação” no que diz respeito ao ‘nós’, mas não percebeu seu caráter mítico-sacrificial com relação aos ‘outros’” (DUSSEL, 2005, p. 30).

O Outro, portanto, que poder ser concebido “como uma abstração, como uma instância da configuração psíquica de todo indivíduo, como o Outro, outro ou outrem em relação a mim. Ou então como um grupo social concreto ao qual nós não pertencemos” (TODOROV, 1999, p. 7). Consolidou-se assim o imaginário do estranho, diferente e inferior, construindo “o outro” e o “nós” para delimitar a qual grupo pertenciam, ou não, determinados indivíduos, logo, quem seria negado e ocultado pela modernidade, até mesmo porque o outro nem sempre tinha o “privilegio” de ser percebido como humano, pois, não dificilmente era visto como animal¹⁸ e/ou objeto¹⁹.

No cenário da América Latina, a colonização europeia vassalamente tragou as formas de subjetividade locais, impondo uma nova forma de organização política e cultural, desconectada com a sua realidade que até então vigorava²⁰ e, assim, “a colonialidade do poder tem agido, desde a construção da modernidade sob prisma europeu, no sentido de criar diferenças e

¹⁸ “[...] Colombo não consegue facilmente ver o outro como humano e igual ao mesmo tempo; mas, devido a isso, trata-os como animais. O erro dos índios, aliás, não durara muito; o suficiente, entretanto, para que a batalha seja definitivamente perdida e a América submetida a Europa” (TODOROV, 1999, p. 67).

¹⁹ “[...] o outro era reduzido, pode-se dizer, ao estatuto de objeto” (TODOROV, p. 114).

²⁰ “Havia de tudo entre os indígenas da América: astrônomos e canibais, engenheiros e selvagens da Idade da Pedra. Mas nenhuma das culturas nativas conhecia o ferro e o arado, o vidro e pólvora, e tampouco empregava a roda. A civilização que se abateu sobre estas terras, vindas do outro lado do mar, vivia a explosão criadora do Renascimento: a América surgia como uma invenção a mais, incorporada junto com a pólvora, a imprensa, o papel e bússola ao agitado nascimento da Idade Moderna. O desnível de desenvolvimento dos dois mundos explica em grande parte a relativa facilidade com que sucumbiram as civilizações nativas” (GALEANO, 2014, p. 35).

utilizá-las como justificativa para a inferiorização, colonialização e subalternização de povos e culturas” (RIBEIRO, 2013, p, 212). Tais processos de colonização e colonialismo, enquanto processos fáticos de imposição e presença física de outro Estado infligindo sobre o “outro” suas regras e cultura, ainda que não se dê de tal forma, é um processo que persiste e ocorre de outras maneiras através da colonialidade do poder, seja na produção do conhecimento ou na organização político-jurídica, muitas vezes efetuando-se de modo camuflado.

O conceito de colonialidade do poder exprime justamente a ideia de que “as relações de colonialidade nas esferas econômica e política não findaram com a destruição do colonialismo” (BALLESTRIN, 2013, p. 99). Aliás, pensar ao contrário disto significa crer no mito eurocêntrico de que há uma realidade “pós”-colonial, na qual estas relações de exploração e subordinação entre europeus/euroamericanos e os ‘outros’ não existisse’.

Nestes tempos de “pós-independência”, o eixo “colonial” entre europeus/euro-americanos e não-europeus inscreve-se não só nas relações de exploração (entre capital e trabalho) e nas relações de dominação (entre Estados metropolitanos e Estados periféricos), mas também na produção de subjectividades e de conhecimento. Resumindo, parte do mito eurocêntrico é que vivemos numa chamada era “pós”-colonial e que o mundo e, em especial, os centros metropolitanos, não necessitam de descolonização. Segundo esta definição convencional, a colonialidade é reduzida à presença de administrações coloniais. Porém, como comprovou o trabalho do sociólogo peruano Aníbal Quijano (1993, 1998, 2000) com a sua perspectiva da “colonialidade do poder”, continuamos a viver num mundo colonial e temos de nos libertar das formas estreitas de pensar as relações coloniais, de modo a concretizar esse inacabado e incompleto sonho do século XX que é a descolonização. Isto obriga-nos a examinar novas alternativas coloniais utópicas, que vão além dos fundamentalismos eurocêntrico e “terceiro-mundista” (GROSGOUEL, 2008, p.127-128).

Desta forma, não há realidade “pós”-colonial no sentido de término das relações de dominação, há apenas a mera passagem do tempo e a transformação das formas como estas relações ainda se desenvolvem e se mantêm, persistindo o mundo colonial, bem como suas implicações, ainda que com contornos distintos e com outras características. Em consequência deste proscênio, a própria subjetividade e realidade ideológica de lugares como a América Latina foram usurpadas e distorcidas a partir da “*ideologia-mundo*”²¹ e, por isto, “é preciso, pois, lutar ideologicamente para recuperar o mundo. É nesse terreno, o da ideologia, que colocamos em jogo nossa própria possibilidade de resistência real” (HERRERA FLORES, 2009, p. 22). Tal resistência “obriga-nos a examinar novas alternativas coloniais utópicas, que vão além dos fundamentalismos eurocêntrico” (GROSFUGUEL, 2008, p. 128), procurando estabelecer a libertação das próprias formas de relações e pensamentos eivados de caracteres coloniais, a partir da opção decolonial.

O que vem se denominando como “giro decolonial” “basicamente significa o movimento de resistência teórico e prático político e epistemológico, a lógica da modernidade/colonialidade” (BALLESTRIN, 2013, p.105), demonstrando a necessidade de um olhar inclusivo e plural, não dominado por um conhecimento

²¹ “Essas e outras elaborações permitiram então a reconfiguração da ideia original de sistema-mundo de Wallerstein, pensado agora em termos de “sistema-mundo moderno/colonial” ou, provocativamente, como o que Grosfoguel chamou de “sistema mundo europeu/euro-norte-americano moderno/capitalista/colonial/patriarcal” (Grosfoguel, 2008, p. 113). Para este último, “às Américas chegou o homem heterossexual/branco/ patriarcal/cristão/militar/capitalista europeu” e, com ele, a reprodução dos padrões hierárquicos globais já existentes. A inserção do elemento colonial/racial/moderno na noção de sistema-mundo de Wallerstein permitiu então desvelar a diferença colonial, até então não considerada pelo próprio autor (Mignolo, 2003). Em suma, o fundamento da modernidade/colonialidade está no descobrimento e na invenção da América – para Dussel, Mignolo, Quijano/Wallerstein; ela e uma origem, “tão origem” como fora a Grécia para a civilização ocidental (Mignolo, 2003, p. 57). Até o século XVI não havia diferença colonial, mas diferença imperial: os bárbaros eram imperiais turcos, mouros, chineses, russos (Mignolo, 2003, p. 42). Para Dussel, a América não somente foi a primeira periferia do sistema-mundo como também a primeira oportunidade de acumulação primitiva do capital (Castro-Gomez, 2005a)” (BALLESTRIN, 2013, p. 102-103).

produzido de forma desconectada com a realidade, acolhendo-se e resgatando-se as subjetividades locais. O giro decolonial como o estabelecimento de um novo paradigma para a (re)construção de inúmeros conceitos, estruturas e instituições da vida em sociedade, erigidos a partir da lógica da modernidade, como por exemplo, o próprio direito e sua interpretação, necessita de uma cisão radical em termos de compressão histórica até os dias atuais, questionando os seus fundamentos, para adiante reformular sua compreensão e conceituação, articulando-os com a realidade na qual serão (re)construídos (CUSTÓDIO, 2008, p. 23).

Enquanto a forma de perceber a cultura e os comportamentos latino-americanos, por exemplo, enquanto “o outro”, passarem pelo filtro eurocêntrico de produção e dominação do conhecimento, não há como se pensar em concreto na possibilidade de um pensamento decolonial para a (re)interpretação dos conceitos e princípios que constituem o direito brasileiro e que são resultados de uma construção histórica moderna. A colonialidade é um conceito que se refere a um amplo domínio da experiência humana, trazendo consequências para incontáveis áreas. Conforme ressalta Mignolo, a lógica da colonialidade afeta enfaticamente (1) a economia: apropriando-se de terras, explorando o trabalho e exercendo controle financeiro; (2) a política: exercendo controle de autoridade; (3) a vida civil: exercendo controle de gênero e da própria sexualidade; (4) a subjetividade pessoal e epistêmico: controlando o conhecimento e a subjetividade²² (2005, p. 11).

Neste âmbito do conhecimento e de sua (re)produção, destaca-se o nascimento das ciências sociais nos séculos XVII e XVIII, que desde sua origem serão marcadas e apoiadas pelo imaginário colonial com fortes traços ideológicos (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 84). O aparelho conceitual das ciências sociais constitui-se sobre

²² “[...] *the logic of coloniality can be understood as working through four wide domains of human experience: (1) the economic: appropriation of land, exploitation of labor, and control of finance; (2) the political: control of authority; (3) the civic: control of gender and sexuality; (4) the epistemic and the subjective/personal: control of knowledge and subjectivity*”. (MIGNOLO, 2005, p. 11).

conceitos binários e dicotômicos, idealizados e fabricados na lógica do colonizador e do colonizado, do “nós” e o “outro”, na atribuição das diferenças entre, por exemplo, “barbárie e civilização, tradição e modernidade, comunidade e sociedade, mito e ciência, infância e maturidade, solidariedade orgânica e solidariedade mecânica, pobreza e desenvolvimento” (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 84) entre tantos outros que poderiam ser mencionados.

Verifica-se que com a utilização destas dicotomias e binarismos, a ciências sociais serviram à lógica da modernidade, bem como às suas estruturas, para não apenas suportá-la, mas consolidá-la, atuando como espécie de um aparelho ideológico. Neste sentido, “as ciências sociais se constituíram como discursos legitimadores de opções político-econômico-ideológico que fizeram de uma experiência particular de modernidade o padrão universal incontestado” (MIGLIEVIC-RIBEIRO, 2014, p. 69). Desta forma, o próprio discurso científico “legitimava a exclusão e o disciplinamento daquelas pessoas que não se ajustavam aos perfis da subjetividade de que necessitava o Estado para implementar suas políticas de modernização [...]” (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 84).

Dentro deste conjunto de características e elementos que conformaram as ciências sociais ao longo dos séculos, que, por conseguinte, reforçaram e ainda preservam relações de colonialidade, insere-se o direito, o âmbito jurídico, em ampla perspectiva, ou seja, em sua construção legislativa, interpretação e aplicação judicial, bem como o próprio ensino jurídico. Isto porque sobre o direito também incidem as dicotomias e binarismo modernos, também efetua-se sobre ele uma compreensão moderna, que, em sua lógica dualista impede a percepção das infinitas diferenças e especificidades que podem constituir uma totalidade.

Estas implicações da modernidade e da colonialidade em relação à interpretação jurídica serão analisadas no item subsequente, avaliando-se no texto constitucional brasileiro as suas disposições sobre cidadania. Observando-se a necessidade de uma interpretação voltada ao pensamento decolonial, que procura

romper com a lógica moderna e com possíveis colonialidades que a preservam. A compreensão do mundo, da sociedade, das inúmeras realidades e culturas, suas instituições e leis, entre outros incontáveis aspectos, não deve resumir-se à perspectiva da modernidade, nem a sua transformação deve seguir tal rumo.

Assim, é com este objetivo que se apresenta a proposta da opção de pensamento decolonial, alicerçada na premissa de desobediência epistêmica, trazendo a urgência e necessidade de descolonizar o conhecimento (BRAGATO, 2014, p. 2011) para um redescobrimto de valores próprios e originalidades dos povos colonizados (REMOND, 1974, p. 167) contestando as simplificações de um mundo tão plural e complexo, que não se resume em conceitos dicotômicos e binarismos.

4. Modernidade e colonialidades no conceito jurídico de cidadania: uma perspectiva decolonial para sua (re)interpretação no espaço público

O conceito jurídico de cidadania, sua construção teórica, sua interpretação política, dentre outros aspectos, relaciona-se diretamente com o próprio reconhecimento dos direitos civis e políticos (TOURAINÉ, 2007) dentro de determinado Estado, nos limites de seu ordenamento jurídico, em geral, garantido pela Constituição. No Brasil, além da previsão expressa da cidadania pelo texto constitucional, este conceito jurídico apresenta-se como fundamento da própria República Federativa do Brasil, no artigo 1º da Constituição Federal de 1988²³.

A previsão constitucional da cidadania pelo texto constitucional brasileiro traz distinções entre “cidadania” e

²³ “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; [...]” (BRASIL, 1988).

“nacionalidade”²⁴: nacional é o brasileiro nato ou naturalizado, ou seja, aquele que se vincula, por nascimento ou naturalização, ao território brasileiro e ao Estado brasileiro²⁵. Cidadão é o termo que qualifica o nacional no gozo e pleno exercício dos seus direitos civis políticos, participando da tomada de decisões públicas, por exemplo, podendo votar e ser candidato nas eleições, participando de plebiscitos, referendos e iniciativas populares, dentre outras possíveis situações.

Todavia, a despeito de referida distinção entre cidadania e nacionalidade, o texto constitucional acaba conectando estes dois conceitos em seu capítulo IV ao versar sobre o tema “dos direitos políticos”. Neste espaço dos direitos políticos, especificamente no artigo 14, aborda-se a soberania popular exercida pelo sufrágio universal, através do voto direto e secreto, de igual valor para todos, na forma de plebiscito, referendo e iniciativa popular²⁶. Seguindo na leitura deste artigo, alcança-se o item referente ao alistamento eleitoral e ao voto, no qual verifica-se que a cidadania começa a receber alguns contornos que além de delinear a em termos de possibilidade e exercício, vão restringindo a sua garantia, abrangência e interpretação, como, por exemplo, determinar que

²⁴ Esta distinção é expressa pela Constituição, verificando-se, por exemplo em seu Artigo 22, inciso XIII: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização” (BRASIL, 1988).

²⁵ “Art. 12. São brasileiros: I - natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 2007) II - naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira [...]” (BRASIL, 1988).

²⁶ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular”. (BRASIL, 1988).

apenas poderão alistar-se para as eleições e votar aqueles que forem (I) maiores de dezoito anos.

No que concerne em relação a esta delimitação, em geral, estaria de acordo com as teorias de direito constitucional e direitos fundamentais, e virtude de que os direitos fundamentais não são absolutos²⁷, ademais, estaria ainda alinhado à maioria penal que, no ordenamento jurídico brasileiro, corresponde a esta mesma faixa etária. As inquietações sobre o presente tema despontam nos incisos seguintes deste mesmo dispositivo²⁸, ao afirmar que o voto é facultativo para analfabetos e maiores de setenta anos; também, no parágrafo seguinte, proíbe que estrangeiros possam concorrer nas eleições, percebendo-se aqui o elemento da nacionalidade como essencial para a constituição e exercício da cidadania.

Esta tendência de relacionar cidadania e nacionalidade não é exclusividade da Constituição Federal brasileira, aliás, mais do que isso, “cidadão e nacional tornaram-se historicamente idênticos” (VIEIRA, 2001, p. 232) mesmo diante da sua distinção não apenas conceitual, pois, como determina que seja o próprio texto constitucional, “existem nacionais sem cidadania, sem os direitos de cidadania” (VIEIRA, 2001, p. 232). Considerando que a cidadania pode constituir-se “por direitos passivos de existência, legalmente limitados, como por direitos ativos que propiciam a capacidade presente e futura de influenciar o poder político” (VIEIRA, 2001, p. 35), a sua importância não é questionada, nem a sua influência para

²⁷ O tema da restrição e limites aos direitos fundamentais não será abordado no presente estudo, todavia, para um aprofundamento teórico indica-se a doutrina nacional de Luiz Fernando Calil de Freitas, *Direitos fundamentais: limites e restrições* (FREITAS, 2007) e Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* (SARLET, 2010). Em se tratando de doutrina estrangeira podem ser referidas as obras de Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais* (ALEXY, 20008) e Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição* (NOVAIS, 2003).

²⁸ “Art. 14, § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. § 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; [...]” (BRASIL, 1988).

o indivíduo ser um integrante ativo no espaço público. Ocorre que, a partir da obrigatoriedade da “nacionalidade”, somente será cidadão aquele que estiver vinculado aos critérios estabelecidos pelo Estado, ou seja, só será cidadão e participará do espaço público aquele que o Estado entender merecedor disto.

A aquisição da cidadania é, então, um funil pelo qual só passarão aquelas pessoas cujo perfil se ajuste ao tipo de sujeito requerido pelo projeto da modernidade: homem, branco, pai de família, católico, proprietário, letrado e heterossexual. Os indivíduos que não cumpram com estes requisitos (mulheres, empregados, loucos, analfabetos, negros, hereges, escravos, índios, homossexuais, dissidentes) ficarão de fora da cidade letrada, reclusos no âmbito da ilegalidade, submetidos ao castigo e à terapia por parte da mesma lei que os exclui. (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 81).

Não obstante o elemento da nacionalidade, outra questão também orbita a compreensão atual de cidadania, que diz respeito ao reconhecimento do Estado em relação aos direitos de cidadania, pois ainda que as “pessoas e coletividades podem possuir seus próprios imperativos morais, costumes ou mesmo direitos específicos, [...] estes só se tornarão direitos de cidadania se forem universalmente aplicados e garantidos pelo Estado” (VIEIRA, 2001, p. 35). Evidencia-se, portanto, que sob a égide da atual Constituição, reside um conceito moderno de cidadania, atrelada a uma concepção nacionalista “relacionada à formação da consciência nacional, a qual imprime nos indivíduos um senso de pertença à comunidade e de herança comum” (VIEIRA, 2001, p. 45). Ser cidadão, desta forma, significa ser membro integrante de um Estado, ser membro da *pólis*, com este devido reconhecimento, e não pertencer a uma cultura ou a identificar-se com determinados valores e tradições, pois, ao revés, cidadania em sua moderna elaboração relaciona-se a vínculos com o Estado-nação, todavia, “o Estado-nação, por si só, não é fonte de

identidade” (VIEIRA, 2001, p. 233), e disto, originam-se algumas implicações.

Exemplo disto é anunciado por Liszt Vieira ao expor que a cidadania não é uma essência, não existe por si só, mas é resultado de uma construção histórica, relacionada com uma série de eventos e características, especialmente aqueles que concernem às lutas e revoluções do sujeito moderno para o reconhecimento de seus direitos (2001, p. 237). Em face disto, da cidadania não possui uma essência e, logo, também não compreende conteúdo fixo e pré dado, sendo necessário refletir e questionar a pertinência e a necessidade da reprodução de concepções descontextualizadas das novas realidades, como nos exemplifica Santos ao mencionar conceitos como “democracia, opinião pública, cidadania, conceitos que necessitam urgente revisão, sobretudo nos lugares onde essas categorias nunca foram claramente definidas nem totalmente exercitadas” (2002, p. 27).

Categorias como a cidadania são oriundas de teorias jurídicas eurocêntricas, erigidas em contextos totalmente distintos para além das perspectivas políticas e jurídicas, mas em aspectos culturais e espaciais, de divergência com a subjetividade de cada povo. A constituição da cidadania enquanto conceito jurídico, transformando o sujeito em cidadão, apenas foi possível diante de um contexto disciplinar, no qual a legalidade já havia adquirido um espaço definido pela própria Constituição como ápice do sistema jurídico. Neste sentido, “a função jurídico-política das constituições é, precisamente, *inventar a cidadania*, ou seja, criar um campo de identidades homogêneas que tornem viável o projeto moderno da governamentalidade” (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 81).

Do mesmo modo, a apropriação da tradição cultural tornou-se mais dependente da hermenêutica criativa dos intérpretes contemporâneos. A legitimidade da tradição no mundo moderno, portanto, não reside mais apenas no fato de ser o modo como se fazia no passado, mas sim na sua apropriação criativa com vistas aos problemas de sentido do presente. Assim, o princípio de

participação, longe de ser antitético à modernidade, é um de seus maiores pré-requisitos. Nesses três âmbitos, sociedade, personalidade e cultura – vida institucional, formação de personalidades estáveis no tempo e continuidade da tradição cultural –, o esforço reflexivo e a contribuição dos indivíduos tornaram-se cruciais (VIEIRA, 2001, p. 58-59).

Deste modo, nas realidades “modernas”, a participação enquanto cidadão é um requisito essencial para ser membro integrante do espaço público, a própria “prática da cidadania depende do fato da reativação da esfera pública, em que indivíduos podem agir coletivamente e se empenhar em deliberações comuns sobre todos os assuntos que afetam a comunidade política” (VIEIRA, 2001, p. 72). Entretanto, ao não ser reconhecido o sujeito como cidadão, suas possibilidades de agir coletivamente e de participar das deliberações públicas são negadas, obstando-se o seu ingresso no espaço público.

A própria noção de espaço público acaba sendo esvaziada ao não poder ouvir as vozes de todos que de fato lhe integram, porque, em consequência de aspectos políticos (e jurídicos) acabam sendo excluídos pela ausência de “cidadania”, sendo que tal ausência não é suprida pelas instituições democráticas que suportam o espaço público (BAUMAN, 2000, p. 139). Parafraseando Bauman, a erosão do espaço público acarreta na extinção do único espaço no qual as causas comuns e as solidariedades humanas poderiam brotar e serem aproveitadas (2000, p. 182), impedindo-se também, uma (re)interpretação da cidadania, bem como seu exercício, numa perspectiva mais conectada com os contextos, necessidade e realidades locais.

Além desta conjuntura, a lógica moderna e contemporânea de mercado global, que objetiva homogeneizar as realidades e os indivíduos, acentua as diferenças locais na busca pela uniformização e imposições de atores sociais hegemônicos, na qual “o mundo se torna menos unido, tornando mais distante o sonho de uma cidadania verdadeiramente universal” (SANTOS, 2002, p. 9), bem

como a construção de uma cidadania local. Portanto, o exercício da cidadania “é ainda, um fato que depende da presença e da ação dos Estados nacionais” (SANTOS, 2000, p. 21), seja pela exclusividade poder capaz de contrapor a lógica de mercado^{29,30}, seja pela inexistência de uma perspectiva local de cidadania.

Tal afirmativa conserva as origens da invenção da cidadania amarrada à invenção do Outro na América Latina, ambos os termos são *geneticamente* relacionados, pois, “criar a identidade do cidadão moderno na América Latina implicava gerar uma *contraluz* a partir da qual essa identidade pudesse ser medida e afirmada como tal” (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 81), e, assim, facilmente definiu-se que o outro não era cidadão. O cenário brasileiro no que tange à relação entre cidadania e as consequências da colonização europeia³¹, sente tais consequências até a atualidade, pois, conforme afirma Milton Santos, “em nosso país jamais houve a figura do cidadão” (2002, p. 25), visto que, possivelmente pela reprodução histórica do “sentir-se o outro”, que nunca pode ter cidadania e integrar o espaço público, “as classes chamadas superiores, incluindo as classes

²⁹ “Mercado e cidadania são sistemas de regras de funcionamento, de produção e de reprodução, fora das quais nem um nem outra têm possibilidades de existência. Quem está incluído no sistema se move no jogo dessas mesmas regras. Como são sistemas com uma forte coerência interna, tendem a absolutizar-se e a conceber-se a si mesmos como os únicos possíveis e pensáveis, isto é, como as únicas formas de vida econômica e política postas à disposição dos humanos no momento atual da história. Quem pensa a partir deles não tem outras possibilidades de elaborar conhecimento sobre o que é externo e sim nos termos do sistema. Não pode ver o externo como externo, simplesmente outro, não relativo ao sistema, mas como excluído. Desta perspectiva, os excluídos do sistema são chamados ou à inclusão ou ao desaparecimento lento ou acelerado, imediato ou tardio, não à sobrevivência como externos, como alteridade radical.” (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 89).

³⁰ “A *cidadania*, por seu turno, vai pouco a pouco perdendo seus sentidos: político (de participação ativa na gestão da sociedade política) e jurídico (a cidadania enquanto direito a ter direitos), para identificar-se ao acesso ao consumo. Cidadão, no mundo neoliberal, nada mais é do que aquele que pode consumir”. (MARQUES NETOS, 2010, p. 116).

³¹ “E isso é um dado essencial do entendimento do Brasil: de como os partidos se organizam e funcionam; de como a política se dá, de como a sociedade se move. E aí também as camadas intelectuais têm responsabilidade, porque trasladaram, sem maior imaginação e originalidade, à condição da classe média europeia, lutando pela ampliação dos direitos políticos, econômicos e sociais, para o caso brasileiro e atribuindo, assim, por equívoco, à classe média brasileira um papel de modernização e de progresso que, pela sua própria constituição, ela não poderia ter” (SANTOS, 2002, p. 25).

médias, jamais quiseram ser cidadãos; os pobres jamais puderam ser cidadãos. As classes médias foram condicionadas a apenas querer privilégios e não direitos” (2002, p. 25).

Nesse sentido, a cidadania, diante das colonialidades que preservam a lógica moderna eurocêntrica em sua interpretação, a partir da conservação de elementos como nacionalidade, de pertencimento a um Estado-nação³² – conceitos forjados pela e para a modernidade³³ – carece de uma reinterpretação que dê conta da inserção de todos, da diversidade no espaço público. Aliás, no cenário brasileiro, “a realização da cidadania reclama, nas condições atuais, uma revalorização dos lugares e uma adequação de seu estatuto político” (SANTOS, 2002, p. 55).

Em face disto, é que o presente estudo propõe uma (re)interpretação voltada ao pensamento decolonial. Salienta-se que esta opção decolonial não significa o abandono ou a rejeição de toda a tradição jurídica, mas representa uma desvinculação dos fundamentos ocidentais temperados pela modernidade e que preservam colonialidades (MIGNOLO, 2008, p. 290). A opção do pensamento decolonial apresenta-se como uma necessidade diante das implicações que a moderna interpretação da cidadania tem acarretado, ou seja, numa interpretação hegemônica e colonizadora da cultura jurídica moderna (LIXA, 2013, p. 289).

³² “[...] o Estado-nação opera como uma maquinaria geradora de outredades que devem ser disciplinadas, isto se deve a que o surgimento dos Estados modernos se dá no âmbito do que Walter Mignolo (2000: 3 e ss.) chamou de sistema-mundo moderno/colonial. De acordo com teóricos como Mignolo, Dussel e Wallerstein, o Estado moderno não deve ser visto como uma unidade abstrata, separada do sistema de relações mundiais que se configuram a partir de 1492, e sim como uma *função* no interior desse sistema internacional de poder” (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 83).

³³ “O Estado é entendido como a esfera em que todos os interesses encontrados na sociedade podem chegar a uma síntese, isto é, como o *locus* capaz de formular metas coletivas, válidas para todos. Para isso se exige a aplicação estrita de critérios racionais que permitam ao Estado canalizar os desejos, os interesses e as emoções dos cidadãos em direção às metas definidas por ele mesmo. Isto significa que o Estado moderno não somente adquire o monopólio da violência, mas que usa dela para dirigir racionalmente as atividades dos cidadãos, de acordo com critérios estabelecidos cientificamente de antemão” (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 81).

A interpretação jurídica moderna reproduz crenças e práticas eurocêntricas, conservando as relações de colonialidade ao manter-se dentro de suas fronteiras artificiais e obsoletas que não acompanham a transformação da sociedade. A transformação dos paradigmas da interpretação jurídica deve direcionar-se para uma reconstrução de seus próprios conceitos, aliando-se às demais ciências sociais e aos estudos latinos e regionais (SEGRERA, 2005, p. 104), até mesmo porque “a possibilidade de cidadania plena das pessoas depende de soluções a serem buscadas localmente” (SANTOS, 2002, p. 55). Destarte, o pensamento decolonial é de fundamental importância para que isto ocorra, pois, conforme leciona Mignolo, “a opção descolonial significa, entre outras coisas, *aprender a desaprender*” (2008, p. 290), libertando nossa (pré)compreensão do imaginário colonial distante da nossa própria realidade.

5. Conclusão

Em conformidade com a análise exposta, evidenciou-se que a modernidade em perspectiva eurocêntrica não satisfaz a complexidade que seu termo representa, já que se constitui como um fenômeno de espectro mundial. A sua percepção enquanto uma série de práticas direcionadas para o controle racional da vida humana, implementadas pelo mundo todo, repetidas por séculos, deixaram marcas e consequências até a atualidade.

Além das consequências já ocorridas em termos históricos, outras continuam acontecendo por meio da persistência das práticas modernas através das relações de colonialidade que, a despeito do término das colonizações e do colonialismo, subsistem de outras formas mascaradas, naturalizadas ou até mesmo invisíveis. Estas relações de colonialidade persistem também através da própria interpretação jurídica ao reproduzir os valores ocidentais eurocêntricos, conservadores e desconectados da realidade.

A análise realizada do texto constitucional brasileiro sobre a previsão e garantia do direito de cidadania, demonstrou a urgência e a necessidade da construção de uma reinterpretação jurídica aliada ao pensamento decolonial, estabelecendo uma resistência teórica, prática, política e epistemológica em relação à perspectiva da modernidade e da colonialidade. Constituindo-se, assim, uma interpretação com olhar inclusivo e plural, não dominado por um conhecimento produzido de forma desconectada com a realidade (latino)brasileira, acolhendo-se e resgatando-se as subjetividades locais.

Evidencia-se que a interpretação jurídica do direito de cidadania no Brasil está ainda vinculada a preceitos modernos e eurocêntricos como sua vinculada a ideia de Estado-nação e à própria nacionalidade, premissas que conservam as relações de colonialidades, bem como sua lógica hegemônica. Reitera-se, portanto, a imprescindibilidade da transformação das premissas da interpretação jurídica da cidadania, desaprendendo alguns conceitos para reaprendê-los em um contexto livre do imaginário colonial, atento às necessidades de mundo diverso e intercultural, possibilitando-se, assim, uma reinterpretação da cidadania mais integradora da sociedade ao espaço público.

6. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista brasileira de ciência política**. Brasília, n.11, mai/ago 2013, p. 89-117.

BRAGATO, Fernando Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Revista novos estudos jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 1, jan/abr 2014, p. 201-230.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao

compilado.htm>. Acesso em: 31 jul. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur. Buenos Aires: CLASCO, 2005, p. 80-89.

DUSSEL, Enrique. **1492 El encubrimiento del Otro. Hacia el origen del “mito de la Modernidad”**. Conferencias de Frankfurt. La paz: Plural editores – Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación – UMSA, 1992.

_____. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur. Buenos Aires: CLASCO, 2005, p. 24-32.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de Freitas. **Direitos fundamentais**: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALEANO, Eduardo H. **As veias abertas da América Latina**. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 2014.

GERVASONI, Tássia Aparecida. O “**Direito em Trânsito**” na “**pós-modernidade**”: **perspectivas do Constitucionalismo para a (re)configuração do Estado Democrático de Direito**. 288f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, 2016.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Filker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GROSGOUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. Tradução de Inês Martins Ferreira. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 80, Coimbra: 2008, p. 115-147.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos direitos humanos**. Os direitos humanos como produtos culturais. Versão ebook. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemony & Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics**. Verso: Londres/Nova York, 1985.

LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêtricos. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Colección Sur Sur. Buenos Aires: CLASCO, 2005, p. 8-23.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo, novo constitucionalismo latino-americano e resignificação hermenêutica: aproximações necessárias. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar (Orgs.). **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013, p. 286-303.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o declínio do direito. Salo de (Orgs). **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Anuário Iberoamericano de Direitos Humanos (2003/2004). 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 110-124.

MIGLIEVIC-RIBEIRO, Adelia. Por uma razão decolonial. Desafios ético-político-epistemológicos à cosmovisão moderna. **Civitas**, Dossiê: Diálogos do Sul, v. 14, n.1, jan/abr. Porto Alegre, 2014, p. 66-80.

MIGNOLO, Walter. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Colección Sur Sur. Buenos Aires: CLASCO, 2005, p. 33-49.

_____. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. Tradução de Ângela Lopes Norte. **Cadernos de Letras da UFF - Dossiê: Literatura, língua e identidade**, n. 34, 2008, p. 287-324.

_____. **The Idea of America Latina**. Malden: Blackwell publishing, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Colección Sur Sur. Buenos Aires: CLASCO, 2005, p. 107-130.

_____. **Modernidad, identidad y utopia en America Latina**. Lima: Sociedad & Política Ediciones, 1998.

REMOND, René. **Introdução à história de nosso tempo**. O século XX. De 1914 aos Nossos Dias. Tradução de Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1974.

RIBEIRO, Tiago. Desobediência epistêmica e crítica descolonial: reflexões de Walter Mignolo. **Revista Roteiro**, Chapecó, v. 38, n. 1, jan/jun 2013, p. 211-214.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Descolonizar el saber, reinventar el poder**. Montevideo: Ediciones Trilce – Extensión universitaria. Universidade de La Republica, 2010.

_____. Os direitos humanos na zona de contacto entre globalizações rivais. **Revista Cronos**, Natal, v.8, n.1, jan/jun 2007, p. 23-40.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 9. ed. São Paulo: Record, 2002.

SANTIAGO, Gabriel Lomba. **As utopias latino-americanas**. Campinas: Alínea, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEGRERA, Francisco López. Abrir, “impensar” e redimensionar as ciências sociais na América Latina e Caribe. É possível uma ciência social não eurocêntrica em nossa região? In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber:**

eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur. Buenos Aires: CLASCO, 2005, p. 95-106.

STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 2. ed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 1997.

TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro. Tradução de Beatriz Perrone Moisés. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

A DOGMÁTICA DAS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Felipe de Ivanoff¹

1. Introdução

A estipulação constitucional, em 1988, do Estado Democrático de Direito brasileiro criou um cenário novo mediante o reconhecimento de um completo sistema de direitos fundamentais aliado a institutos democráticos até então subjugados pelo regime militar. O cidadão passou a ser detentor de efetivas garantias individuais perante o Estado.

Ocorre que, além da previsão na Constituição, o exercício pelos cidadãos e a promoção estatal destes direitos fundamentais exigem a definição de limites ou restrições. Estas podem ser previstas diretamente pela norma constitucional, delegadas ao legislador infra-constitucional ou, ainda, oriundas de casos concretos em que houver colisão de direitos fundamentais.

Feitas estas considerações iniciais, confirma-se que o presente ensaio possui como tema as restrições aos direitos fundamentais e a maneira com que o assunto é abordado pelo Supremo Tribunal Federal.

Este tema justifica-se porque seguidamente se vislumbra situações em que há exageros tanto no exercício dos direitos fundamentais por parte do cidadão, quanto no momento de sua restrição estatal. Abusos de ambas as partes não são tolerados pela doutrina e pela Corte Constitucional, o que será demonstrado no desenrolar do texto.

Têm-se como objetivo geral apresentar a dogmática das restrições aos direitos fundamentais e sua interpretação por parte

¹ Mestre em Direito na Faculdade Meridional (IMED). Especialista em Direito Tributário. Docente da Escola de Direito da Faculdade Meridional. Especialista em Direito Tributário. Advogado. Email: felipe.ivanoff@yahoo.com.br

do Supremo Tribunal Federal; e, como objetivos específicos, expor as teorias que definem o suporte fático dos direitos fundamentais; diferenciar a teoria interna dos limites e a teoria externa das restrições dos direitos fundamentais; citar as espécies de restrições aos direitos fundamentais; identificar os limites destas restrições; e investigar a forma com que o Supremo Tribunal Federal julga demandas em que se faz necessário restringir direitos fundamentais.

Estes objetivos visam responder se o Supremo Tribunal Federal segue uma dogmática unívoca para julgar as questões que envolvem as restrições de direitos fundamentais, tendo como principal hipótese uma resposta negativa.

Trabalhar-se-á, preliminarmente, com as teorias do suporte fático amplo e restrito, com a intenção de criar um importante alicerce para a compreensão do que será explicado em seguida, que serão as Teorias Interna dos limites e a Teoria Externa das restrições dos direitos fundamentais.

Em seguida, trabalhando-se já no campo específico das restrições aos direitos fundamentais, serão citadas as suas espécies e limites.

Por fim, serão dados alguns exemplos de julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo restrições de direitos fundamentais, quando se tentará demonstrar, de modo sumário, quais as matrizes teóricas seguidas pelos ministros.

Na realização deste ensaio foi utilizado o método fenomenológico hermenêutico e, como instrumento procedimental, investigação bibliográfica e pesquisa legislativa e de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. Suporte fático, teoria interna dos limites e teoria externa das restrições dos direitos fundamentais.

O exercício dos direitos fundamentais, em especial os individuais, constantes no artigo 5º da Constituição Federal, é realizado de forma automática pelo cidadão, que não atenta para o fato de estar desfrutando de algo que lhe é concedido pelo Estado. No entanto, é no momento da imposição de obstáculos ao usufruto desses direitos que se deve fazer uma análise criteriosa, pois, segundo Dimoulis e Martins:

Do ponto de vista jurídico-dogmático, os direitos fundamentais tornam-se relevantes somente quando ocorre uma intervenção em seu livre exercício. (...)

O estudo dos direitos fundamentais carece de utilidade prática e de profundidade teórica enquanto se limita a reproduzir e comentar o conteúdo garantido na Constituição. Só adquire relevância a partir do momento em que formula e responde a pergunta: Sob quais condições, em quais situações e quem pode restringir um direito fundamental de forma lícita? (2012, p. 123)

No decorrer deste ensaio, será possível concordar com esta afirmação, uma vez que a dogmática das restrições – ou limites – dos direitos fundamentais é ampla e detentora de certa complexidade, especialmente no momento de efetivar-se na prática.

Porém, antes de se abordar de modo específico nas restrições aos direitos fundamentais, necessário contemplar sucintamente algumas noções introdutórias quanto a esta particular categoria de direitos. Aqui, especial destaque receberá o suporte fático dos direitos fundamentais, já que as teorias que discorrem sobre estas características terão primordial importância na interpretação acerca dos seus limites e/ou restrições.

A realização normativa dos direitos fundamentais possui três características destacadas: âmbito de proteção – também chamado de suporte fático –, limite – ou restrição – e limite dos

limites, interpretado como um freio às restrições, isto é, estas não podem ser drásticas ao ponto de inviabilizar o próprio direito. (SARLET, 2012, p. 360)

Conforme já salientado, relevante papel no estudo das restrições aos direitos fundamentais desempenha o suporte fático e suas teorias. Robert Alexy afirma, na sua Teoria dos Direitos Fundamentais (2008), que o âmbito de proteção e o suporte fático dizem respeito àquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, sem considerar as possíveis restrições (p. 301). Assim, relacionam-se com o que o direito em questão define *a priori*, ou seja, preliminarmente, e não com o que efetivamente protege de modo definitivo.

Por sua vez, mais sintético, Ingo Wolfgang Sarlet iguala suporte fático e âmbito de proteção, definindo-os simplesmente como o bem jurídico protegido pelo direito em questão (2012, p. 361).

Ainda nesta seara, imprescindíveis são as teorias do suporte fático amplo e restrito, pois acabarão definindo como serão interpretadas as restrições e os limites dos direitos fundamentais.

De acordo com a explicação de Robert Alexy, a teoria restrita pode ser encontrada na obra de Friedrich Muller, para quem o suporte fático é definido explícita ou implicitamente pela própria norma constitucional. Como exemplo, tem-se o caso do artista que resolve pintar quadros em um cruzamento viário, ato que não pertenceria ao âmbito normativo do direito de liberdade de expressão artística. Para Muller, pintar é uma ação protegida constitucionalmente; por outro lado, pintar em um cruzamento viário, não. Por isso, uma lei que proíba este ato não seria uma forma de diminuir o que é protegido pela liberdade de expressão artística. Destarte, o suporte fático restrito diz respeito apenas àquilo que é efetivamente permitido/protegido de forma definitiva pelo direito em questão. (2008, p. 313)

A partir deste exemplo, Alexy critica de imediato a concepção de Muller e aproveita para apresentar a teoria por ele

defendida, qual seja, a de suporte fático amplo: o dispositivo constitucional protege as expressões artísticas de forma irrestrita, de modo que, em um primeiro momento (ou, *prima facie*) este direito impõe que, se uma ação guarda com ele qualquer relação, sua realização é permitida.

Com este pressuposto, Alexy afirma que pintar em um cruzamento é, sim, uma expressão artística. Mas, ao mesmo tempo, é uma perturbação do fluxo de veículos e uma ameaça ao trânsito, sendo esta segunda característica do ato uma razão para proibi-lo. No entanto, deve-se ressaltar que aquilo que foi proibido ainda é uma manifestação de arte, o que significa que pintar no cruzamento viário faz parte do suporte fático do direito de liberdade de expressão artística. (2008, p. 314-316)

Portanto, é possível compreender aquela que parece ser a principal diferença entre as duas teorias do suporte fático: enquanto a restrita mantém dentro do suporte fático do direito fundamental apenas os atos permitidos/protegidos, já com limites definidos, a teoria do suporte fático amplo contempla todos os atos, inclusive os que podem ser proibidos, ou, em outra expressão, restringidos.

Feito o parêntese relevante acerca do suporte fático dos direitos fundamentais e suas distintas teorias, pode-se, agora, avançar e dar início ao tema das restrições dos direitos fundamentais.

Como bem salientado por Sarlet, ao menos em princípio todos os direitos fundamentais estão sujeitos a interferências em seus exercícios (2012, p. 360), inexistindo, portanto, empecilhos para imposição de limites aos direitos fundamentais.

Em outras palavras, o problema não está em admitir a restrição, mas, sim, descobrir de que forma, ou até que ponto, determinado direito pode ser restringido e, para tanto, a doutrina propõe caminhos distintos que podem ser seguidos, alguns dos quais serão elencados a partir de agora.

Preliminarmente, tem-se, respectivamente, as teorias interna e externa dos limites e restrições dos direitos fundamentais,

sendo que a escolha por uma delas será determinante no momento da interpretação geral do assunto.

Para a teoria *interna*, os direitos fundamentais são indissociáveis de suas restrições, isto é, eles já nascem com limites pré-determinados, que são imanentes e vistos como desvantagens inerentes ao direito. Porém, a ausência da separação entre o direito e os seus limites nega a existência de fatores externos de restrições, tais como os casos de colisão entre direitos. (SARLET, 2012, p. 361).

A teoria interna tem como base a teoria do suporte fático restrito e define que a norma de direito fundamental possui validade estrita, o que significa que a norma será com certeza aplicável e produzirá todos os seus efeitos sempre que se tratar de uma situação que se enquadre na hipótese por ela descrita. Nessa seara, se a norma tem validade estrita, ela segue o raciocínio “tudo ou nada”, e não pode ser objeto de sopesamentos. (SILVA, 2009, p.128/129).

A teoria interna também pode ser chamada de Teoria dos Direitos Não Limitáveis, conforme denomina Martin Borowski, uma vez que, conforme esta matriz teórica, os direitos fundamentais não podem sofrer limitações em seu exercício, o que não importa dizer, contudo, sejam absolutos os direitos fundamentais. Pelo contrário, apenas que possuem seus limites previa e automaticamente definidos. (2000, p. 32)

Os limites aos direitos fundamentais, aqui, são definidos internamente, sem qualquer influência de fatores exteriores, não se admitindo, portanto, colisões de direitos fundamentais. Há, simplesmente, abuso no exercício de determinado direito, o que extrapola o seu suporte fático e, por isso, não é protegido.

[...] toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental essa garantia tem que ser definitiva, e não apenas *prima facie*. [...] Nesse sentido, não haveria como imaginar uma situação em que, a despeito de haver um direito ‘em si’, não pode ele ser exercitado por haver sido restringido em decorrência da colisão com outros direitos. Ou há direito subjetivo, ou não há. [...] No âmbito da teoria interna não há como falar que determinada

ação seja *prima facie* garantida por uma norma de direito fundamental mas que, em decorrência das circunstâncias, fáticas e jurídicas, do caso concreto, tal ação deixe de ser protegida. (SILVA, 2009, p. 129/130)

Na teoria interna, o direito e seus limites são imanentes, indissociáveis, de modo que existe somente o direito definitivo, deixando-se inteiramente de lado a noção de direito *prima facie* ou *a priori*.

Há uma diferença de terminologia das expressões utilizadas pela teoria interna e pela teoria externa, a qual será vista na sequência, mas, desde já, é oportuno referir que enquanto restrições são mais relacionadas com a teoria externa, a teoria interna utiliza o termo limite.

Nesse contexto, segundo Borowski,

A restrição é uma diminuição ou uma redução do direito. Algo que é do conteúdo do direito antes de sua restrição, pode deixar de sê-lo após a restrição. Se o direito em sua acepção de direito não limitável tem seu alcance definido de antemão, sua restrição se torna desnecessária e impossível. (2000, p. 32)

Para Jorge Reis Novais, limite tem o sentido de fronteira ou extremidade, enquanto a restrição tem o sentido de supressão ou diminuição de algo. Assim, enquanto restrição procura traduzir a ideia de uma intervenção num conteúdo pré-determinado, limite sugere a revelação ou colocação dos contornos desse conteúdo. (2010, p. 155)

Sendo “limite” o termo mais adequado ao se tratar a teoria interna, importantíssimo papel assume o conceito de Limite Imanente do direito fundamental, no sentido de que os direitos fundamentais possuem seus limites definidos implícita ou explicitamente na própria Constituição. (SILVA, 2009, p. 131)

É possível afirmar que a principal questão na teoria interna é definir a amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais,

para descobrir com precisão quais são seus limites imanentes. Trazendo novamente o exemplo tratado por Friedrich Muller e, depois, reinterpretado por Robert Alexy, de acordo com a teoria interna, pintar em um cruzamento viário movimentado não é protegido pelo direito de liberdade de expressão artística, uma vez que há um limite imanente, explícito ou implícito, na Constituição que veda este ato.

No momento de análise do caso prático, o adepto da teoria interna deve, em um primeiro momento, avaliar se determinada situação é abarcada pelo suporte fático do direito fundamental e, em seguida, verificar se aquele conteúdo aparente do direito fundamental é confirmado como direito verdadeiro, sendo aqui que reside uma diferença primordial entre as teorias interna e externa, pois, enquanto naquela a posição aparente não assume qualquer força normativa, nesta o direito *a priori* é tratado como norma. (BOROWSKI, 2000, p. 33).

Em outras palavras, e para concluir, nos termos da teoria interna, o que existe são os direitos com seus limites já considerados previamente, em sua origem, e a colisão de direitos fundamentais é ocasionada simplesmente pelo abuso no exercício de algum deles. A convivência entre os direitos é harmoniosa quando eles forem exercidos corretamente de acordo com os limites imanentes.

Finalizada a teoria interna, para a qual há somente o direito definitivo, passa-se a abordar a teoria externa, que admite duas coisas diferentes: o direito e a sua restrição.

A teoria externa parte do pressuposto de que existe uma posição do direito *prima facie* – originária, antes de qualquer limitação – e a posição definitiva – direito já limitado, isto é, há primeiro, um direito e, além dele, a restrição, surgindo, da soma destes dois elementos, o direito limitado.

Frise-se que não é obrigatório que todos os direitos possuam limitações expressas, bastando saber que os direitos não são absolutos e que, conforme a situação, poderão ser restringidos a partir de uma construção argumentativa que vise à convivência

harmônica entre os titulares de direitos eventualmente conflitantes. (SARLET, 2012, p. 361).

Borowski trata a teoria externa como Teoria dos Direitos Limitáveis e explica que, ao contrário da teoria dos direitos não limitáveis, existem duas normas: a que garante o direito *prima facie* e aquela que garante o direito definitivo. (2000, p. 32)

Tendo como pano de fundo a existência de direitos conflitantes, ou seja, de colisão entre direitos fundamentais, pode-se afirmar que há uma ligação próxima entre a teoria externa e a técnica de sopesamento, e isso porque esta é utilizada para solucionar as colisões admitidas pela teoria externa.

Ante a aproximação entre sopesamento e restrição de direitos fundamentais, percebe-se que a teoria externa também está ligada à teoria dos princípios prevista na obra Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (2009). Particularmente no capítulo 3 desta obra, o autor sustenta que os direitos fundamentais são garantidos por normas que consagram direitos *prima facie*, as quais possuem estrutura de princípio, e acaba sendo condição de possibilidade para que, quando houver colisão, um dos direitos possa ser restringido.

A teoria externa das restrições aos direitos fundamentais utiliza comumente a teoria do suporte fático amplo, de modo a aceitar praticamente qualquer ato minimamente relacionado com algum direito fundamental como um direito *prima facie*, que será, ou não, aceito como direito definitivo, o qual somente surge no caso concreto. O conteúdo definitivo do direito é, portanto, determinado externamente, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes. Por este e outros motivos, a exemplo da teoria dos princípios, a teoria externa das restrições dos direitos fundamentais é alvo de diversas críticas.

Duas críticas usuais são as de que a teoria externa é contraditória e ilusória, uma vez que admite direitos e, em seguida, os restringe, e porque o que é garantido *prima facie* seguidamente é maior e mais amplo do que o direito definitivo, gerando uma

expectativa falsa. Para responder a estas críticas, basta mencionar que os direitos *prima facie*, garantidos por princípio, e os direitos definitivos, garantidos por regra², são distintos. (SILVA, 2009, p. 144/145), razão pela qual são incomparáveis, e tampouco se pode afirmar que ter determinada promessa preliminar vincula obrigatoriamente o que ocorrerá no caso concreto.

A teoria externa também é censurada em decorrência de sua suposta falta de racionalidade no momento de solucionar as colisões, pois faltariam critérios objetivos à decisão do sopesamento, o que daria margem para decisionismo e discricionariedade do julgador.

Oportuno ressaltar que não é possível excluir inteiramente a subjetividade no momento de decidir, pois mesmo os métodos mais simples, como a subsunção, por exemplo, não atingem a racionalidade perfeita, já que enfrenta problemas de fundamentação. Por isso, não se pode exigir que a racionalidade da decisão seja aquela em que ao juiz reste apenas a tarefa mecânica de uma operação estritamente lógica. Por outro lado, pode-se buscar a fixação de alguns parâmetros que aumentem a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação, que trará racionalidade ao processo decisório. (SILVA, 2009, p. 146-148)

Sobre isto, Borowski afirma que não conhece métodos de decisão melhores do que a ponderação e, mesmo não sendo considerada de forma unânime como a melhor, é relativamente superior às demais, notadamente porque, quando está ligada a uma teoria de argumentação jurídico-racional, atinge resultados muito satisfatórios. (2000, p. 47)

² Segundo Robert Alexy, os princípios são mandamentos de otimização que podem ser atendidos em maior ou menor grau. Quando há colisão de princípios, deve haver o sopesamento entre eles para se aferir, no caso concreto, qual deverá ser protegido. Isto não quer dizer que o princípio derrotado será invalidado. Por outro lado, as regras são mandamentos definitivos que são satisfeitas ou não satisfeitas. Havendo conflito entre regras, será solucionado através da criação de uma exceção à regra ou pelos critérios de anterioridade ou especificidade (2009, 90-94).

Estas são apenas algumas das críticas à teoria externa das restrições dos direitos fundamentais, existindo outras, como aquelas que dizem que se trata de uma ofensa à segurança jurídica – também pela falta de racionalidade –, ou que gera inflação judiciária – pois os cidadãos tentarão defender seus direitos *prima facie* – e direitos irrealis – por causa do suporte fático amplo. (SILVA, 2009, p. 148-156)

Mesmo assim, apesar das críticas existentes, há de se reconhecer que ambas as teorias podem atingir resultados similares, ainda que percorram caminhos distintos, de modo que não é possível dizer de maneira definitiva que uma ou outra teoria é a melhor.

Acerca da distinção e escolha entre as teorias interna e externa, Robert Alexy resume e define de forma competente:

Saber se correta é a teoria externa ou interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser. (ALEXY, 2008, p. 278)

Outra distinção interessante é realizada por Martin Borowski:

Quem favorece a comunidade e a inserção do indivíduo nela, se inclina de modo geral a aceitar a teoria dos direitos não limitáveis, ou teoria interna dos direitos. Quem, ao contrário, acolhe uma teoria individualista do Estado e da sociedade, tende a uma teoria dos direitos limitáveis, ou teoria externa dos direitos. (2000, p. 33, traduzido livremente do original em espanhol)

Esta pesquisa partirá do pressuposto de que os direitos fundamentais ocupam uma posição *prima facie*, com característica de princípios, que sofrem influência externa e que há colisão de

direitos fundamentais que não pode ser solucionada afirmando-se que um dos direitos colidentes está sendo usufruído de forma exagerada. Isto é, utilizar-se-á a teoria externa e, a partir disto, se utilizará o termo restrição e não limites/limites imanentes.

3. Classificação das restrições aos direitos fundamentais e limites dos limites.

Após a explicação referente ao suporte fático e às teorias interna e externa dos limites e restrições dos direitos fundamentais, evolui-se na dogmática do tema aqui abordado apresentando-se as espécies de restrições aos direitos fundamentais.

Neste ponto, verifica-se que alguns doutrinadores divergem na nomenclatura e na quantidade de modalidades de restrições. Porém, conforme será demonstrado, não há desacordos substanciais neste assunto.

No que diz respeito às espécies de limitações, registra-se substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição. Da mesma forma, há quem inclua uma terceira alternativa, vinculada à possibilidade de se estabelecer restrições a direitos por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador. Embora tal hipótese possa ser subsumida na segunda alternativa, considera-se que a distinção entre os três tipos de limites referidos torna mais visível e acessível o procedimento de controle da atividade restritiva em cada caso. Além disso, verifica-se que, como já demonstram as três espécies de limitações referidas, que, em qualquer caso, uma restrição de direito fundamental exige, seja direta, seja indiretamente, um fundamento constitucional. (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 332)

Isto é, de acordo com o que estes juristas sustentam, há uma convergência doutrinária para a lista tríplice de restrições aos direitos fundamentais: diretamente constitucional, indiretamente constitucional, e oriunda da colisão de direitos fundamentais.

Robert Alexy, por sua vez, entende que as restrições são normas e que possuem apenas duas espécies: diretamente constitucional e indiretamente constitucional, de modo que “[...] são, portanto, ou normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais” (2008, p. 286). Aqui, as restrições geradas a partir das colisões de direitos fundamentais estariam definidas como indiretamente constitucionais.

Já Dimoulis e Martins partem da existência das restrições genéricas e casuísticas. Genéricas são aquelas previstas no ordenamento jurídico de forma geral, e casuística é advinda do caso concreto em que se verifica um conflito entre dois bens jurídicos, quando haverá a necessidade de uma decisão administrativa ou judicial para solucionar a questão. (2012, p. 124)

Outra maneira de tratar as restrições aos direitos fundamentais é nominá-las de restrições por meio de regras e restrições baseadas em princípios. Respectivamente, isto significa que pode haver restrições de direitos fundamentais em decorrência de regras constitucionais ou infraconstitucionais, ou advindas de colisão de princípios/direitos fundamentais. (SILVA, 2009, p. 141-143).

Para facilitar a abordagem, será utilizada a divisão tríplice das espécies de restrições a direitos fundamentais, qual seja, diretamente constitucional, indiretamente constitucional e oriunda da colisão de direitos fundamentais.

É possível exemplificar a diretamente constitucional através do art. 5º, XI da Constituição Federal, que dispõe a respeito da inviolabilidade do domicílio. Este dispositivo prevê que o asilo é inviolável, não sendo aceita a sua invasão sem consentimento do morador. Entretanto, em seguida são estabelecidas as restrições:

“salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Isto quer dizer que o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio será restringido, por expressa determinação constitucional, quando estiver presente alguma destas situações de exceção.

Passando para a segunda modalidade de restrições, há na Constituição Federal exemplos de direitos fundamentais que são tão genéricos, amplos e abstratos que caberá à lei infraconstitucional definir as suas particularidades, uma vez que, sem isso, não será possível ao indivíduo exercer o que a Constituição prevê. (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 146). Isto quer dizer que a restrição indiretamente constitucional depende de lei infraconstitucional que possui a finalidade de regulamentar e determinar a abrangência de determinado direito fundamental, o que significa que este direito será exercitado e restringido na forma prevista nesta lei.

Exemplo de tal espécie de restrições aos direitos fundamentais é o art. 5º, VI, da Constitucional Federal, que estabelece o direito à liberdade de crença e de proteção aos locais de cultos religiosos. Contudo, o local do culto não está guarnecido automática e irrestritamente, uma vez que o texto constitucional garante a proteção dos locais dos cultos “na forma da lei”. Exsurge, então, a determinação de que o direito fundamental à proteção aos locais de cultos religiosos seja estabelecido por lei própria, que defina o seu âmbito de proteção e os seus limites.

A expressão “na forma da lei” representa aquilo que é denominado reserva legal, e constitui-se na permissão outorgada pela Constituição Federal ao legislador ordinário para legislar sobre determinado direito fundamental, que, no caso, nada mais é do que restringir a sua área de proteção. Ressalte-se que a reserva legal pode ser simples, como o exemplo acima mencionado, ou qualificada, quando a Constituição indica de que modo ou qual a finalidade de intervenção que são autorizados. (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 147)

A reserva legal qualificada pode ser vislumbrada no art. 5º, XII, da Carta Magna, o qual determina que o sigilo de correspondência, de comunicação telegráfica e de ligações telefônicas é absoluto, exceto, neste último caso, “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

Por fim, no que diz com a terceira espécie de restrição, oriunda das colisões de direitos fundamentais, é preciso criar uma situação hipotética.

Há direitos que, à primeira vista, não possuem qualquer tipo de restrição constitucional e não seriam passíveis de limitação. Todavia, poderá haver situações em que dois direitos desta natureza colidam, mostrando-se inevitável a restrição de um deles.

O art. 5º, inciso X da Constituição Federal, protege invariavelmente a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, e adiante, o art. 220 assegura a imprensa livre e ainda ressalta seu exercício irrestrito. Por óbvio que, não raras vezes, estes dois direitos fundamentais, aparentemente irrestritos, podem entrar em conflito, sendo necessária a restrição de um ou de outro.

A restrição oriunda da colisão de direitos fundamentais está representada, portanto, na inevitável operação de resguardar um dos direitos e restringir o outro, o que pode ser um ato complexo de perfectibilização no caso prático, tendo em vista que a maneira e a intensidade da restrição devem ser criteriosas, de modo que haja limites.

Neste momento atinge-se a terceira etapa da realização normativa dos direitos fundamentais, ou seja, é necessário que se imponha limites aos limites dos direitos fundamentais, visando a garantir que eventual direito restringido não seja inteiramente inviabilizado.

Há dois limites às restrições aos direitos fundamentais amplamente reconhecidos: proteção ao conteúdo essencial do direito fundamental e o princípio da proporcionalidade.

Nessa tela, preservar o núcleo essencial significa dizer que, mesmo com a restrição de determinado direito fundamental, deve ser mantida a sua mínima identidade para que não seja inteiramente destruído, configurando-se em condição a ser observada no momento de operar-se a restrição ao direito fundamental.

A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostas a particulares, embora quanto a este último aspecto exista divergência doutrinária relevante. Mesmo quando o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos. (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 344/345)

Trata-se, assim, de proteção eficiente aos direitos fundamentais, e, nas palavras de Gilmar Mendes, significa evitar o “esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”. (2000, p. 243)

A grande questão que envolve o núcleo essencial é descobrir o que o integra e que não pode ser alvo de restrição. Porém, ressalta-se que descobrir qual é o conteúdo essencial de cada direito fundamental é uma tarefa das dogmáticas específicas de cada direito. Aqui, interessa abordar o que se refere à teoria do conteúdo essencial. Para tanto, faz-se necessário o estudo da teoria do Conteúdo Essencial Absoluto, dividida em dinâmico e estático, e da teoria do Conteúdo Essencial Relativo.

O conteúdo essencial é absoluto quando, independente da situação, não é suscetível a qualquer forma de intervenção, seja por reserva legal, ou por colisão com outro direito. Dessa maneira, há uma fração do direito que é passível de ingerência e outra que é inteiramente intocável. (MENDES, 2008, p. 317)

A teoria do conteúdo essencial absoluto admite uma forma dinâmica e outra estática.

A dinâmica permite alteração na interpretação da área intransponível do direito conforme a evolução da sociedade, isto é, a maneira como um direito é exercido ou restringido pode modificar com o transcorrer do tempo. Portanto, a característica absoluta do núcleo essencial não significa completa imutabilidade, mas, apenas que aquilo que é protegido pelo conteúdo essencial não sofre relativizações de acordo com urgências e contingências. (SILVA, 2009, p. 188)

Na estática, por sua vez, se verifica a imutabilidade do que é tido como o núcleo do direito fundamental, ou seja, somente aquilo que não muda no tempo, independente de ideologias ou da realidade social vigente, pode ser considerado como intangível. (SILVA, 2009, p. 189).

Por outro lado, a teoria do conteúdo essencial relativo permite que aquilo que é determinado como núcleo essencial de cada direito fundamental seja determinado de acordo com cada caso concreto, não sendo preestabelecido, tampouco sempre absolutamente inatingível. Neste caso, o conteúdo essencial seria aferido mediante a ponderação com base no princípio da proporcionalidade. (SILVA, 2009, p. 196/197)

Aliás, para Robert Alexy, o conteúdo essencial sequer representa um limite extra às restrições dos direitos fundamentais, mas, somente mais um motivo a favor da proporcionalidade, pois faz parte dela. A proporcionalidade, que será objeto de análise ainda neste tópico, é, segundo sua ótica, o principal limite das restrições dos direitos fundamentais. (2008, p. 301) Verifica-se, aqui, que este doutrinador se enquadra na teoria do conteúdo essencial relativo, já que não admite a sua total autonomia perante o direito fundamental.

Como se vê, sendo apenas elemento da proporcionalidade, ou efetivamente limite específico, a intenção primordial das duas teorias que definem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais,

ainda que restringidos, é preservar sua mínima identidade de modo a permanecerem disponíveis para os demais titulares.

Inobstante o fato de que ambas as teorias tenham, ao fim e ao cabo, a mesma finalidade, isto é, impedir que o direito fundamental tenha seu conteúdo inteiramente esvaziado, a fim de preparar o terreno para o próximo limite das restrições aos direitos fundamentais, que será a seguir tratado, há de se reconhecer que a teoria de núcleo essencial relativo parece mais coerente com o que é aqui proposto.

Após esta explicação referente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, passa-se à abordagem do segundo limite das restrições, qual seja, a proporcionalidade.

A proporcionalidade aparece como um mecanismo para solucionar o conflito gerado pela colisão de direitos fundamentais, pois seus critérios gerarão resultados que melhor protegem um destes direitos, restringindo, da menor maneira possível, o outro.

O princípio – ou regra, se for levada em consideração a distinção de regras e princípios feita por Robert Alexy³ – da proporcionalidade apresenta-se como um instrumento capaz de limitar os limites dos direitos fundamentais, quando aplicadas as suas três *máximas parciais* aos casos práticos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse quadro, tem-se que um meio *adequado* será aquele apto a promover o melhor resultado pretendido. Seria um teste de aptidão da medida imposta (SILVA, 2002, p. 36). Por sua vez, o exame da *necessidade* tem relação com o cabimento ou não da restrição a determinado direito, considerando-se necessária a limitação de um direito fundamental quando o objetivo almejado não puder ser igualmente fomentado de outro modo, menos gravoso (SILVA,

³ Remetendo-se à nota de rodapé número 2, na qual foi sucintamente abordada a diferença entre regras e princípios para Robert Alexy, a proporcionalidade tem característica de regra porque ela é cumprida ou descumprida, não havendo grau de atendimento tal como os princípios. As três submáximas da proporcionalidades ou são satisfeitas ou se está diante de uma ilegalidade. (ALEXY, 2009, p. 117)

2002, p. 38). Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* consiste no sopesamento entre o grau de restrição do direito fundamental e a importância da realização do direito fundamental protegido. Ressalte-se que para um meio ser considerado desproporcional não é necessário que atinja o núcleo essencial de determinado direito ou que o inviabilize, bastando que os argumentos para a restrição não tenham peso suficiente. (SILVA, 2002, p. 40/41)

A proporcionalidade exige, então, um minucioso exame e, conseqüentemente, argumentação que analise se o meio utilizado fomenta eficientemente o resultado pretendido e se há necessidade para a adoção da medida. Daí porque a argumentação passa a ter relevância.

Não há intenção, neste momento, de exaurir o assunto referente à regra da proporcionalidade, que é ampla e complexa, como pode se perceber na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Tal regra foi abordada de forma sumária, visando tão somente a demonstrar que se trata de um importante limite às restrições dos direitos fundamentais, que está à disposição do Poder Judiciário para a solução das colisões de direitos fundamentais e, como será demonstrado no tópico seguinte, é utilizado pelo Supremo Tribunal Federal.

4. Das restrições dos direitos fundamentais no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Nos tópicos anteriores foi realizada uma explanação geral da dogmática das restrições dos direitos fundamentais, na qual foi possível conhecer alguns pontos geralmente abordados pela doutrina, tais como as teorias interna e externa, as espécies de restrições e os limites destas restrições.

Agora, no último ponto deste artigo, haverá a apresentação de alguns exemplos de julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, nos quais se pode vislumbrar de que maneira são

aplicadas as restrições dos direitos fundamentais pela mais alta corte nacional.

Impende salientar que os casos foram escolhidos sem obedecer a algum critério específico. Porém, todos possuem relação com o tema abordado e, por terem sido julgados em controle concentrado de constitucionalidade, podem ser considerados relevantes.

O primeiro caso é o da ADI 869, julgada em 04/08/1999, que tratou da inconstitucionalidade do parágrafo segundo do art. 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Este dispositivo determinava a suspensão de programação de emissora de TV ou de publicação de jornais por dois dias ou duas edições quando estes divulgassem sem autorização informações sobre procedimento policial, judicial ou administrativo envolvendo criança e adolescente.

Logo na ementa deste julgamento, que declarou inconstitucionais as punições acima mencionadas, consta a ideia de limites imanentes quando se diz que para eventuais restrição de direitos fundamentais devem estar explícita ou implicitamente previstas na própria Constituições. Ou seja, os limites devem ser imanentes, pois não são admitidos externamente e, dessa forma, está-se diante da teoria interna dos limites dos direitos fundamentais.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL 8069/90. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE CRIAÇÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. 1. Lei 8069/90. Divulgação total ou parcial por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional. Publicidade indevida. Penalidade: suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números. Inconstitucionalidade. A Constituição de 1988 em seu artigo 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá

qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto. 2. Limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas. **Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição.** Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (BRASIL, ADI 869. Grifo nosso)

A afirmação grifada na ementa consta expressamente no voto do Ministro Ilmar Galvão, relator do julgamento (BRASIL, STF, ADI 869, 1999, p. 12). Entretanto, neste voto há uma contradição teórica.

E isso porque, no momento em que o ministro sustenta que “ [...] se mostra de todo inadequada como sanção, posto que, na verdade, o efeito que dela resulta vem justamente de encontro ao direito que tem o público à informação sobre fatos e ideias, privado que dela pode ficar por até dois dias.” (BRASIL, STF, ADI 869, 1999, p. 15), é realizada uma expressa menção à teoria externa das restrições, já que são levados em consideração elementos externos, tais como o exercício de outros direitos fundamentais pelos cidadãos. Logo, nota-se que o ministro valeu-se de duas teorias inteiramente distintas e excludentes entre si para fundamentar o seu voto.

Em outro voto não houve contradição, sendo utilizada somente uma matriz doutrinária. O ministro Marco Aurélio empregou visivelmente a teoria externa, pois refere que há direitos conflitantes na situação, os quais chama de valor. O valor da formação da criança e do adolescente e o valor da liberdade de expressão. Acompanhou o relator e protegeu a liberdade de expressão. (BRASIL, STF, ADI 869, p. 24)

Entretanto, em que pese a aparente correção do resultado do julgamento em questão, uma crítica que pode ser realizada se refere à aproximação entre o método utilizado pela Corte Constitucional brasileira, em especial, neste caso, pelo Ministro Marco Aurélio, da jurisprudência de valores alemã.

A jurisprudência dos valores tem como objetivo instigar o julgador a encontrar valores superiores que estão fora e, de certa forma, acima da relação jurídica conflituosa, servindo a ponderação alexyana como uma importante ferramenta para a solução destes. Em outras palavras,

[...] no caso da jurisprudência dos valores, o polo da discussão é deslocado para a atividade jurisdicional e o principal problema a ser enfrentado é a fundamentação da decisão final. Aqui, a preocupação é orientar a decisão de juízes segundo os valores que constituem os fundamentos do convívio social. (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2013, p. 115)

Apesar de criticada por permitir o uso de critérios extralegais no momento da aplicação do direito na prática, tanto o Tribunal Constitucional Alemão, quanto o Supremo Tribunal Federal brasileiro são usuais adeptos da jurisprudência de valores, concebendo a Constituição Federal como uma ordem concreta de valores. Entretanto, o caso brasileiro pode ser perigoso, porque importou equivocadamente um modelo que se originou no contexto europeu do segundo pós-guerra sem atentar para as particularidades do sistema jurídico do cenário nacional. (TASSINARI e MENEZES, 2013, p. 23-24)

Pare estes autores, mesmo concordando-se com determinados julgamentos, é necessário frisar os problemas com o método:

Apesar de ter finalizado com um resultado adequado, o Supremo Tribunal Federal demonstrou como a postura adotada pelos seus ministros coloca em risco a garantia consistente dos direitos fundamentais, pois, além de resumi-los ao simples e perigoso cálculo de custo/benefício, transforma aquele tribunal em um poder legislativo de “segundo grau” (...)

Dessa forma, é possível constatar os perigos trazidos pela irracionalidade na importação e mixagem da teoria da argumentação e da Jurisprudência dos Valores pelos ministros do

Supremo Tribunal Federal. O entendimento por eles adotado pressupõe ser possível a aplicação gradual de normas por confundir princípios com valores e, nas palavras de Lenio Streck, essa utilização do “relativismo ponderativo”, além de obscurecer a importância da tradição como guia da interpretação, viabiliza a discricionariedade. (TASSINARI e MENEZES NETO, p. 28)

Os dois votos trazidos já se mostram suficientes para ilustrar a ausência de uma linha argumentativa unívoca seguida pelos ministros do STF neste julgamento.

Corroborando esta conclusão, outro exemplo da aplicação das restrições aos direitos fundamentais é a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, julgada em 29/05/2008, na qual houve a discussão acerca da constitucionalidade do art. 5º da lei federal n. 11.105, conhecida como “Lei de Biossegurança”.

O dispositivo em cheque trata da autorização para pesquisa com células tronco embrionárias, que, quando extraídas, destroem o embrião.

A ADI pretendeu declarar inconstitucional a autorização de pesquisa com as células tronco embrionárias, tendo por base a inviolabilidade do direito à vida, já que com a destruição do embrião estar-se-ia exterminando a vida deste, além de haver lesão à dignidade da pessoa humana.

O ministro Ayres Britto, relator e prolator do voto vencedor pela improcedência da ADI, afirmou que a proteção constitucional da vida somente é aplicável aos nascidos, e que a dignidade da pessoa humana até pode proteger a vida antes do nascimento, mas tal proteção é gradativa e aumenta de acordo com o desenvolvimento do organismo. (BRASIL, STF, ADI 3510, p. 165/166)

Verifica-se, neste voto, influência clara da teoria interna dos limites aos direitos fundamentais, aliada ao suporte fático restrito, pois, ao interpretar que eventual vida biológica existente no embrião não é protegida pelo direito fundamental à vida previsto na Constituição Federal, o Ministro relator reconheceu um limite

imamente deste direito, de modo que não houve a criação de uma restrição a ele, mas, apenas, a declaração de seu limite.

Por sua vez, o Ministro Joaquim Barbosa, acompanhando o voto de improcedência prolatado pelo relator, concede destaque ao princípio da livre expressão científica e à autonomia da vontade dos genitores, e sustenta, ainda, que o direito à vida não é absoluto e que, neste caso, a restrição – chamada no voto de exceção – trazida pela lei de biossegurança não é inconstitucional. (BRASIL, STF, ADI 3510, p, 467 e 472)

Trata-se da aplicação, na prática, da teoria externa, pois há a ponderação entre os diversos direitos em análise, típica desta matriz teórica, que levou à admissão de uma restrição ao direito à vida através de fatores externos, como o direito de liberdade científica e a opção de quem gerou o embrião de efetivamente aproveitá-lo para reprodução ou para pesquisa científica. Não se pode ignorar, no entanto, que o julgamento é problemático, uma vez que houve a improcedência da ADI por 6x5, e, nos demais votos, encontra-se uma enorme pluralidade de teses, conceitos e teorias divergentes, sobre os mais variados assuntos, tais como, conceito de vida e alcance dos direitos fundamentais - tanto do embrião quanto dos pais- entre outros.

Estes casos citados são apenas dois dos exemplos facilmente encontrados. Há outros nos quais é possível verificar a mescla de teorias utilizadas pelos ministros julgadores. Para citar mais dois, há o Habeas Corpus 82.424, conhecido como caso Ellwanger, e também a ADI 4815, que julgou as biografias não autorizadas. Em ambos verifica-se a utilização tanto da teoria interna, quanto da teoria externa, suporte fático amplo e restrito e a regra proporcionalidade.

Ainda que tenha sido possível demonstrar que se utilizando teorias que são, de certa forma, opostas, eventualmente atinge-se resultado similar – procedência da ADI 869 e improcedência da ADI 3510 – não há como deixar de se reconhecer um problema.

Inobstante o fato de que os ministros tenham perpassado de alguma forma por aquilo que a doutrina identifica como uma dogmática de restrição de direitos fundamentais, há pluralidade de teses no âmbito da Corte Constitucional. Nos votos mencionados, todos abordaram direitos fundamentais a partir de pressupostos inteiramente diversos.

Além disso, a aplicação equivocada da jurisprudência de valores pelo Supremo Tribunal Federal traz mais um problema na interpretação das restrições aos direitos fundamentais, pois nota-se que os ministros valoraram os direitos em questão de uma forma bastante particular, ou seja, de acordo com concepções que parecem unicamente pessoais.

É que, se analisados os votos na íntegra dos julgamentos utilizados como paradigma, não se encontram indícios de deliberação por parte dos ministros, o que seria desejável no âmbito do STF. O que ocorre é simplesmente a soma de votos favoráveis e desfavoráveis, os quais foram formulados individualmente e de modo solipsista, sem seguir uma linha argumentativa uníssona. Infelizmente, isto ocorre no momento de se julgar assuntos que são de máxima importância, tais como o exercício e a restrição de direitos fundamentais.

Não se defende aqui que o Supremo Tribunal Federal deva respeitar uma fórmula matemática para a solução das colisões entre direitos fundamentais. Entretanto, paralelamente, não se vislumbra benefícios de uma interpretação tão plural sobre este assunto. Por tratar-se de tema tão proeminente que, inclusive, segundo a doutrina aqui utilizada, traz relevância à discussão sobre os direitos fundamentais, é chegado o momento de debate produtivo acerca dos limites dos direitos fundamentais, pois sua proteção está intrinsecamente ligada à perfectibilização do Estado Democrático de Direito. Por isso, a restrição de tais direitos deve ocorrer de forma criteriosa.

5. Considerações Finais

O presente estudo buscou demonstrar de modo geral a dogmática das restrições aos direitos fundamentais e a forma com que o Supremo Tribunal Federal aborda questões envolvendo este assunto. Para isto, partiu do pressuposto de que a operacionalização prática destes direitos ganha maior relevância no momento em que são limitados. Esta abordagem foi complementada com a análise de alguns exemplos de julgamentos realizados na Corte Constitucional.

Concluiu-se que há duas teorias opostas que definem o suporte fático dos direitos fundamentais, quais sejam, Teoria do Suporte Fático Amplo e Teoria do Suporte Fático Restrito.

A primeira sustenta que qualquer ato que tenha mínima relação com determinado direito fundamental é, *prima facie*, por ele garantido, sem que isto crie vínculo obrigatório com o direito definitivo.

A segunda teoria, por outro lado, define que somente o ato garantido definitivamente pelo direito fundamental faz parte do seu suporte fático.

Partindo dessas duas teorias que regem o suporte fático, iniciou-se a apresentação da dogmática das restrições aos direitos fundamentais, tendo como obrigatório ponto de partida a Teoria Interna e a Teoria Externa.

Enquanto a Teoria Interna utiliza o suporte fático restrito e define que todos os direitos fundamentais têm seus limites definidos implícita ou explicitamente na Constituição Federal, não sendo aceitas interferências exteriores, a Teoria Externa usualmente vale-se do suporte fático restrito e ensina que há dois elementos distintos e separados, o direito e sua restrição. Neste caso, admite-se que fatores externos gerem influência, tais como, a existência de direitos colidentes.

Adotando-se a teoria externa, foram mencionadas algumas possibilidades para classificar as restrições aos direitos fundamentais, dentre as quais, utilizou-se a que identifica três:

diretamente constitucional, indiretamente constitucional e oriunda da colisão de direitos fundamentais.

Mantendo-se ainda dentro desta temática, foram abordados os limites às restrições dos direitos fundamentais, dando-se maior ênfase à proteção do núcleo essencial e à regra da proporcionalidade. Esta, a partir das suas três máximas parciais – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, pode ser utilizada como instrumento para determinar qual e até que ponto um direito fundamental que está colidindo com outro pode ser restringido.

Após a apresentação geral das restrições dos direitos fundamentais, exemplificou-se a maneira com que este assunto é tratado pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, houve a menção de quatro julgamentos: ADI 869 e ADI 3510 de maneira mais detalhada, e Habeas Corpus 82.424 e ADI 4.815 somente à título ilustrativo.

Na ADI 869 percebeu-se que o Ministro Relator Ilmar Galvão utilizou tanto a teoria interna quanto a teoria externa, o que gera contradição doutrinária e, conseqüentemente, inconsistência de julgamento, pois é problemático fundamentar uma decisão tendo por base teorias opostas entre si.

No outro voto mencionado, do Ministro Marco Aurélio, se verificou a presença da teoria externa. No entanto, há uma perigosa utilização da jurisprudência dos valores, que demonstra, neste caso, a adoção de critérios pessoais na definição de qual direito seria valorado de modo superior.

Com a citação de alguns trechos de votos proferidos em ambos os julgamentos, vislumbrou-se que, mesmo entre ministros que julgaram no mesmo sentido, as teses eram diferentes e as teorias utilizadas também.

Ao final, mesmo que de forma sintética, foi possível demonstrar o que se pretendia e confirmar a hipótese de pesquisa de que o Supremo Tribunal Federal não trabalha com uma doutrina unívoca sobre as restrições dos direitos fundamentais. Faz-se

pertinente, portanto, o aprimoramento do debate sobre este tema, cuja relevância é reconhecida expressamente pela doutrina, como forma de atender de maneira mais eficiente a função estatal de promover os direitos fundamentais.

6. Referências

BRASIL, Constituição(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 869**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 04/08/1999. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266572>. Acesso em dezembro de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, 29/05/2008. Disponível em

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815**. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Brasília, 25/06/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-Corpus nº. 82424-RS**. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 17/09/2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAco rdaos&url=http://tinyurl.com/az3e35m>>. Acesso em maio de 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, Año 20, N. 59, Mayo-Agosto 2000.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob de. Liberdade de expressão e Hate Speeches: as influências da jurisprudência de valores e as consequências da ponderação de princípios no julgamento do caso Ellwanger. **Revista Brasileira de Direito**. ISSN 2238-0604. Passo Fundo, v. 9, n. 2, jul-dez. 2013, p. 7-37.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Método jurídico e interpretação do Direito: reflexões programáticas sobre a concretização dos Direitos Coletivos. **Revista Brasileira de Direito**. ISSN 2238-0604. Passo Fundo, v. 9, n. 2, jul-dez. 2013, p. 90-129.