

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**

LUATOM BEZERRA ADELINO DE LIMA

**A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE ANTE A OMISSÃO DO ESTADO
NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**LISBOA
2015**

LUATOM BEZERRA ADELINO DE LIMA

**A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE ANTE A OMISSÃO DO ESTADO
NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa para
obtenção do título de Mestre em Direito**

Área de Concentração: Direito Constitucional

**Orientador: Prof. Doutor Rui Guerra da
Fonseca**

**Lisboa
2015**

Nome: LUATOM BEZERRA ADELINO DE LIMA

**Título: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE ANTE A OMISSÃO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa para
obtenção do título de Mestre em Direito**

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____.

Instituição: _____.

Julgamento: _____ Assinatura: _____.

Prof. Dr. _____.

Instituição: _____.

Julgamento: _____ Assinatura: _____.

Prof. Dr. _____.

Instituição: _____.

Julgamento: _____ Assinatura: _____.

À minha mãe Marluce, pelo carinho e dedicação a mim e a meus irmãos. Ao meu pai Lúcio pela retidão de seus princípios. Aos meus queridos irmãos Tadeu, Luene e Tânia pela amizade e amor incondicionais que me dedicam. À minha linda filha e anjinho Cecília. E à minha namorada Letícia, pela torcida e alegria nestes dias.

Ao meu caro professor orientador Rui Guerra da Fonseca pela forma sempre gentil e elegante que me passou seus conhecimentos em ricas e lúcidas sugestões ao trabalho,

RESUMO

LIMA, Luatom Bezerra Adelino de Lima. A interpretação constitucional no controle difuso de constitucionalidade ante a omissão do estado na efetivação dos direitos fundamentais. 2015. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015.

O Poder Judiciário expressa a vontade política do Estado interpretando o direito e mantendo a força normativa da Constituição, sobretudo frente as normas que expressam direitos fundamentais por sua alta carga valorativa, sendo o juiz o último intérprete da norma, o qual não deve tutelar sempre o direito fundamental sob maior ataque, mas sim encontrando critérios científicos que leve em consideração sua efetividade e as medidas restritivas a ele impostas. No estudo abordou-se sem exclusividade os métodos de interpretação constitucional, e seu princípios interpretativos, visando harmonizá-los e não valorizar partes do texto constitucional, ante sua força decorrer da unidade. Abordados os princípios da supremacia da Constituição, da unidade de seu texto, máxima efetividade de suas disposições, e força normativa, com enfoque no princípio da interpretação conforme, não só no controle concentrado como também no difuso de constitucionalidade. Analisou-se técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, não só a declaração de inconstitucionalidade com e sem redução do texto, como sua diferenciação da interpretação conforme. Explanadas ainda as ações de controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, e esclarecidas a repercussão geral em recurso extraordinário, o mandado de injunção, as súmulas vinculantes e impeditivas de recursos, a reclamação constitucional, o controle de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais estaduais, e o praticado pelos juízes de primeiro grau. E no controle difuso de constitucionalidade foi abordada o controle de convencionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Finalizando com a omissão do Estado frente aos direitos fundamentais, reconhecendo seu papel de destaque no ordenamento jurídico constitucional por não estarem só naquele texto, mas espargidos por todo o sistema jurídico interno e externo. Ao final tratou-se das omissões estatais da assistência judiciária gratuita, da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, e das omissões nas prestações dos serviços públicos de saúde e educação.

Palavras-chave: INTERPRETAÇÃO. CONSTITUCIONAL. OMISSÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS.

RESUME

LIMA, Luatom Bezerra Adelino de Lima. A interpretação constitucional no controle difuso de constitucionalidade ante a omissão do estado na efetivação dos direitos fundamentais. 2015. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015.

Le Pouvoir Judiciaire exprime de l'État politique va interpréter la loi et le maintien de la force normative de la Constitution, les normes en particulier avant qui expriment les droits fondamentaux de son évaluation de charge élevée, et le juge l'interprète final de la norme, qui ne devrait pas protéger toujours le droit fondamental en vertu de plus grande attaque, mais de trouver des critères scientifiques qui tient compte de leur efficacité et les mesures restrictives imposées sur lui. Dans l'étude est adressée méthodes non-exclusifs d'interprétation constitutionnelle, et ses principes d'interprétation pour les harmoniser et non valorisant parties de la Constitution, à sa force au cours de l'entraînement. Abordé les principes de la suprématie de la Constitution, l'unité de votre texte, l'efficacité maximale de ses dispositions et force normative, en mettant l'accent sur le principe d'interprétation conforme, non seulement dans le contrôle concentré ainsi que dans constitutionnalité diffus. Analysé décision technique dans le contrôle judiciaire non seulement la déclaration d'inconstitutionnalité avec et sans réduction de texte, tels que la différenciation d'interprétation conforme. Esplanades encore des stocks de concentré de contrôle devant la Cour suprême, et clarifié la répercussion générale dans les brefs de recours extraordinaires d'injonction, les aperçus de liaison et entravent de ressources, la plainte constitutionnelle, la révision judiciaire dans les tribunaux de l'État, et pratiqué par les juges de première instance. Et dans le contrôle diffus de constitutionnalité a été soulevée le contrôle de conventionnalité des traités internationaux sur les droits humains. Se terminant par l'omission de l'État contre les droits fondamentaux, reconnaissant son rôle de premier plan en droit constitutionnel de ne pas être seulement dans ce texte, mais parsément le système juridique interne et externe. La fin a été traité omissions d'aides d'État juridique, la réglementation des fonctionnaires le droit de grève, et omissions dans la fourniture de services de santé publique et l'éducation.

Mots-Clef: INTERPRÉTATION. CONSTITUTIONNEL. OMISSION. DROITS FONDAMENTAUX.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
CAPÍTULO I - DA INTERPRETAÇÃO E DO JUIZ CONSTITUCIONAL	
1.1. DA INTERPRETAÇÃO DAS LEIS EM GERAL	28
1.2. DA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	31
1.3. DA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS	33
1.4. DO CONFLITO INTERPRETATIVO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS	35
1.5. DA INFLUÊNCIA DO CASO CONCRETO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	50
1.6. O JUIZ COMO INTÉRPRETE ÚLTIMO DA NORMA	54
CAPÍTULO II - DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	
2.1. MÉTODO HERMENÊUTICO CLÁSSICO (Ernest Forsthoff)	76
2.2. MÉTODO CIENTÍFICO ESPIRITUAL (Rudolf Smend)	77
2.3. MÉTODO TÓPICO PROBLEMÁTICO (Theodor Viehweg)	73
2.4. MÉTODO HERMENÊUTICO CONCRETIZADOR (Konrad Hesse)	79
2.5. MÉTODO NORMATIVO ESTRUTURANTE (Friedrich Müller)	80
2.6. MÉTODO CONCRETISTA DA CONSTITUIÇÃO ABERTA (Peter Haberle)	81
CAPÍTULO III - DOS PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	
3.1. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	85
3.2. PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO	86
3.3. PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE	87
3.4. PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	87
3.5. PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO	88
CAPÍTULO IV - DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	
4.1. DAS TÉCNICAS DE DECISÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	92
4.1.1. O CONTROLE CONCENTRADO E O CONTROLE DIFUSO	93
4.1.2. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM E SEM REDUÇÃO DO TEXTO	94
4.1.3. A DIFERENÇA ENTRE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DO TEXTO E A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO	94
4.2. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	96
4.2.1. AS AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE CONTROLE CONCENTRADO - ADI, ADC e ADPF	98
4.2.2. A REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO	105
4.2.3. O MANDADO DE INJUNÇÃO	106
4.2.4. AS SÚMULAS VINCULANTES E SÚMULAS IMPEDITIVAS DE RECURSOS	109
4.2.5. A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL	111
4.3. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS	112
4.4. DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU	114
4.5. DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	118
CAPÍTULO V - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ANTE A OMISSÃO ESTATAL	
5.1. DOS PRINCÍPIOS E DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS	123
5.2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	126
5.3. DOS LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	138
5.3.1. DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE	141
5.4. DA REPARTIÇÃO DE RECEITA DECORRENTE DA ARRECADAÇÃO DE IMPOSTOS COMO INSTRUMENTO DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	148
5.5. DA OMISSÃO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	151
5.5.1. A OMISSÃO DO ESTADO QUANTO A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA	154

5.5.2. A OMISSÃO DO ESTADO QUANTO A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS	158
5.5.3. A OMISSÃO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	164
5.5.4. A OMISSÃO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO	169
CONCLUSÕES	173
BIBLIOGRAFIA	178

APRESENTAÇÃO

A interpretação das normas jurídicas é a essência da atividade judicial, correspondendo a incessante busca da inspiração pelo poeta, ou do perfeito tom da música pelo maestro, sem a qual esta função do Estado seria despicienda.

O juiz é o artífice deste labor mental, silencioso, discreto, e quase sempre solitário. No entanto, a força do Poder Judiciário está na certeza do cumprimento de suas fundamentadas decisões, baseadas sempre no convencimento livre, autônomo e equilibrado do julgador.

É que dentre os Poderes da República, ao Judiciário cabe dá a última palavra na interpretação das normas e dizer o justo, o certo, apaziguando as relações sociais em litígio¹.

Esse mesmo povo foi utilizado como titular do poder constituinte em “*Assemblée nationale*”², por EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS em sua obra mais conhecida “*Qu’est-ce que le Tiers état?*”, escrita por volta da Revolução Francesa, explicando a legitimidade do povo como titular do poder político, não mais como origem nobre ou divina, mas como titular dessa legitimidade.

O resultado dessa atividade assemblear original seria a norma constitucional. Norma essencialmente jurídica, pois funcionaria como fundamento da interpretação das relações sociais, como teorizava HANS KELSEN.

A “*norma funciona como esquema de interpretação*”³, e precisa ser analisada em profundidade, mesmo que escrita por pessoas de forma lúcida e com

¹ Para CRISTINA QUEIROZ, “*a Constituição não é o que o Tribunal Constitucional diz que ela é*”, mas sim o que o povo por seus representantes permitem ao Judiciário dizer. QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra editora. 2000. P. 351.

² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu’est-ce que le Tiers état?* Paris: Editions du Boucher. 2002. p. 67. *Je dis que les députés du clergé et de la noblesse n’ont rien de commun avec la représentation nationale, que nulle alliance n’est possible entre les trois ordres aux États généraux, et que ne pouvant point voter en commun, ils ne le peuvent ni par ordre ni par têtes.*

³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1999. P. 3.

clareza linear em um dado momento histórico para conformar os vínculos sociais então previstos.

A síntese do vocábulo interpretar é a busca do melhor significado da mensagem dada pela norma, quase sempre difícil porque parte do texto abstrato, geral e genérico para o particular, para o concreto, para o mundo dos fatos.

Interpretar também pode ser a busca do valor intrínseco dos fatos como observava RONALD DWORKIN⁴, pois seria desta valoração a discordância num litígio.

É o valor que atribuímos aos acontecimentos que torna difícil sua interpretação.

Cada um com sua própria subjetividade, vivência e interação social influencia o comportamento dos demais em sucessivas e infinitas combinações emotivas.

Atribuir valor a um bem corpóreo, palpável já não é tarefa das mais simples, por encontrar elementos subjetivos como o tempo, a arte do fazer, a carga emotiva impregnada ... mas, atribuir valor a um sentimento, a uma pretensão, a um direito chega em alguns momentos a ser improvável pela infinidade de conexões possíveis.

E ainda pode ficar mais complexa a tarefa quando se apresentam tais valores em aparente conflito, a demandar alta carga e esforço interpretativo do melhor a acontecer.

Mas, chamado a decidir, e logicamente a interpretar, casos difíceis como as restrições a direitos fundamentais, ao juiz cabe valorar a dignidade da pessoa humana sob o seu ponto de vista, ou do interpretado ou de uma moral social média?

⁴ DWORKIN, Ronald. Justiça para ouriços. Tradução Pedro Elói Duarte. 2012. Coimbra: Almedina. P. 19.

Como no conhecido acontecimento do arremesso do anão, que divertia pessoas sendo arremessado. Estaria assim correta a posição daquele que afirma deter o conhecimento do que seja dignidade da pessoa humana? Ou estaria correta apenas a posição do anão que não se vê numa posição de indignidade ou de ofensa em ser objeto apenas de arremesso? Ou ainda, estaria correta a opinião da maioria das pessoas que interpretaria esse acontecimento?

De qual dignidade da pessoa humana estamos falando? Da sua, da nossa, a do anão ou da coletividade? A resposta dada influencia a decisão tomada.

Para HANS KELSEN⁵ dependeria do valor que cada pessoa dá ao mesmo objeto tutelado, a visão do próprio destinatário da norma, e não a visão dos outros.

É que para o autor, a norma não tem um valor por ser norma, só por ser dever ser, mas dependerá mais do valor ou da importância que a ela atribuímos.

Já para INGO WOLFGANG SARLET seria o *“valor próprio que identifica o ser humano como tal, centrada na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa”*⁶. Assim, para o autor, sua visão de dignidade pressupõe o que a pessoa entende ser digno ou indigno, e não a visão alheia.

Só não esclarece o autor brasileiro a hipótese de expressa renúncia a direito fundamental a todos garantido indistintamente. Ora, se alguém deliberadamente e de forma consciente desejar escravizar-se em favor de outra pessoa, seria possível juridicamente? Não uma simples subjugação ideológica ou idealização cega ao que o outro representa, mas escravização mesmo, com limitação à liberdade, sob constantes maus tratos, vivendo uma vida evidentemente indigna a um ser humano. Seria por todos aceitável? ⁷

⁵ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1999. P. 14 e 16.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007. P. 354.

⁷ No sentido da aceitação da renúncia a direito fundamental: PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 156

Voltando, nenhuma norma é suficientemente clara que não precise ser interpretada em um dado momento. Ela existe exatamente pela possibilidade de haver litígio entre o querer e o não poder.

LÊNIO STRECK também afirma a impossibilidade de um “*texto perfeito*”⁸, que abarcasse todas as possíveis interpretações a que se daria, ante a possibilidade de sempre se abstrair algo antes impensado.

A importância da arte de interpretar decorre exatamente por não se legislar sobre o óbvio individual, como o respirar, o andar ou mesmo o existir, mas sim pela possibilidade de duas pessoas interagirem, se relacionaram.

Dessa interrelação social surgem regras às vezes intuitivas, como o não matar, intuitiva e lógica, já que se supõe ninguém queira vê sua vida, sua história, se acabar assim em instantes, sem qualquer aviso ou sério motivo, pelo menos não até que realizemos os nossos propósitos existenciais.

No entanto, e ao contrário, matar alguém parece ser uma necessidade ou algo aceitável para o profissional que trabalha com segurança pública, quando diante de outros bens jurídicos mais valiosos que precise tutelar.

Assim, ninguém se sente tão mal quando um policial, pra salvar uma vítima, mata o ‘bandido’.

Os julgamentos surgem exatamente para saber se essa morte era ou não necessária ou quem era o bandido!

Interpretar as normas passa a ser tarefa daqueles que detém o conhecimento e a capacidade de avaliar os riscos e os benefícios em litígio, observada a necessária e prévia isenção neste momento, pois um julgamento apaixonado, parcial e tendencioso não leva em consideração os argumentos contraditórios, ante a cegueira do convencimento em forma de pré conceito.

⁸ STRECK, Lênio. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 2014. P. 224.

Apontando dificuldade prática na aplicabilidade desta total imparcialidade, LUIS ROBERTO BARROSO, afirma que o “juiz estará sempre promovendo suas crenças, a sua visão do mundo, o seu senso de justiça”⁹, não sendo assim totalmente imparcial ou neutro.

Mas aí a questão surge naturalmente: é possível uma juiz totalmente isento e neutro à causa que irá julgar? E caso possível, até quando perdura essa isenção?

O mesmo autor citado lembra o julgamento proferido em 1954 pela Suprema Corte Americana no caso *Brown vs. Board of Education*, quando a questão em debate era saber se os negros tinham o direito de frequentar as escolas junto com os brancos, ou se os brancos tinham direito de frequentar as escolas sem os negros¹⁰. No entanto, até a decisão tomada foi criticada porque não esclarecia a razão pela qual os brancos tinha que se submeter à convivência com os negros, não teria havido neutralidade na Corte.

Mas, qual o nível desta isenção que se deve esperar do julgador para casos como este? Ser branco ou negro inviabilizaria essa neutralidade? Será que um juiz negro só tomaria decisão em favor de negros?

Ser neutro é não ter lado, ser imparcial. Não adotar antecipadamente postura pró ou contra uma das teses opostas. É admitir que as partes precisam está num nível ao menos hipotético de igualdade com poder de influenciar seu julgador, por menos poder econômico, político ou social ela tenha.

E o juiz imparcial seria aquele que traz ao mesmo nível a influência de ambos os contendores, se deixando convencer até o último momento dos argumentos possivelmente utilizáveis¹¹.

⁹ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva. 2010. P. 215.

¹⁰ Ibid., p. 41

¹¹ HABERMAS, Jurgen. Verdade e justificação. Ensaio filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola. 2004. P. 298.

E ainda, o tratamento de desigualdade para fins de equilíbrio precisa observar claro, um juízo de proporcionalidade, baseado nas razões fáticas que assim justifiquem, “*não podendo revelar-se excessiva*” mas sim “*igualdade proporcional*”¹².

E neste aspecto do tratamento da desigualdade, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO e LUÍS PEREIRA COUTINHO afirmam que não é qualquer violação deste princípio que justifique um tratamento de proporcionalidade, mas sim só as de “*intensidade forte*”, naquelas hipóteses em que os desiguais precisem mais influenciar a decisão.

Porém, é quando os direitos individuais das pessoas não são eficazmente cumpridos, ou o são apenas ideologicamente, haverá mais necessidade de força judicial para igualar essas partes, para que o hipossuficiente tenha alguma chance de influenciar seu julgador.

Ao mesmo tempo apresenta-se fundamental que o juiz possa assim reconhecer o menos forte a fim de mantê-lo sempre sobre um desnível processual de equalização de forças.

E nem sempre o mais fraco será o menos abastado de finanças, mas todo aquele com menos acesso aos instrumentos processuais de defesa, tais como as provas, as alegações ou os recursos.

Se a imparcialidade ou a neutralidade do julgador, aliado à fundamentação jurídica gera livres decisões tomadas e são garantias de um processo equilibrado de disputa, o poder de influência é fundamental aos resultados a serem alcançados.

No entanto, a garantia de uma livre decisão judicial não deixa de ser um equilíbrio de forças àqueles que sequer sabem que podem influenciar o resultado a ser alcançado.

¹² BRITO, Miguel Nogueira de e COUTINHO, Luís Pereira. A ‘igualdade proporcional’, novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n. 187/2013. **Revista Direito & Política**. Julho – outubro 2013.

Um pleito de efetivação de direito social de educação em favor de pessoa que nem sabe está sendo defendida pode encontrar no julgador ressonância de tutela tão forte como se houvesse de influenciá-lo com sua presença, mas desde que haja essa consciência de quem vai decidir da importância de ser imparcial e neutro.

Já o julgador que se deixa influenciar de modo mais intenso pelos argumentos mais eloquentes, porém desnecessários porque já expressados, perde a oportunidade de a futura decisão ser eficazmente justa e imutável, uma vez que tenderá a sofrer mais ataques de recursos ou mesmo resistências a seu cumprimento.

O poder de influência ao juiz imparcial não pode desequilibrar a neutralidade da futura interpretação.

Mas até que fase do julgamento haverá a necessidade dessa imparcialidade? A decisão final em que o juiz profere o julgamento expressa o lado que ganhou ou até mesmo uma tese não levantada, fazendo deduzir que a partir do avançar da instrução o juiz tende a expressar ou a antecipar seu posicionamento.

Mas ainda assim, seria possível um juiz, humano, com história, passado, vivências não ter ideias preconcebidas?

Um juiz negro, de poucos recursos financeiros na infância, que sofreu esses preconceitos nas primeiras fases da vida, que batalhou bastante para alcançar o posto de julgador terá a mesma isenção para julgar um caso como aquele da Suprema Corte americana sobre o apartamento de brancos e negros? Ou a decisão dele já parteria influenciada por essa vivência anterior?

Em julgamentos de casos difíceis, com firmes posicionamentos opostos e antagônicos, é improvável que o julgador já não tenha um prévio convencimento por uma das teses, seja para de plano afastá-la ou mesmo para não a descartar de

início, buscando muitas vezes no processos apenas elementos para fundamentar sua tese já adotada.

E foi exatamente para livrar as decisões jurídicas de influências políticas preexistentes que KELSEN desenvolveu sua *Teoria Pura do Direito*¹³ no começo do Século passado, em período de intensa e grave ebulição política por causa das duas grandes guerras mundiais.

Para julgar, o requisito seria ser imparcial, embora de difícil aplicabilidade prática, como se viu. Mas está aberto a se convencer de qualquer das teses em debate é que torna essencial ao final.

Litígios apaixonados sobre temas difíceis, como aborto, eutanásia, uniões de pessoas do mesmo gênero, religião, pena de morte, racismo, temas da bioética ... trazem em si muita carga de informações prévias do julgador.

Embora todos os temas acima expressem direitos da pessoa humana, com matrizes em normas constitucionais ou até mesmo em tratados internacionais sobre direitos humanos, com fundamentação jurídica esperada e já bem delineada, trazem também embutidos intensa carga de ideias preconcebidas e angústias filosóficas ainda não satisfeitas como sobre a existência da pessoa humana, sua origem, destino, e finalidade no mundo.

Está preparado para ser imparcial e isento de paixões é tarefa das mais difíceis, por mexer com a essência do ser, sua história, sua vida.

Mas o que fazer para ser imparcial?

O juiz é pessoa humana que deve vir da mesma sociedade para a qual vai julgar. Alguém que se espera tenha conhecimento das normas, dos costumes, das práticas de seu povo, que vivencia sua realidade já com certo grau de maturidade, sinta suas angústias, seus receios, seja também destinatário das próprias decisões

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

que vai tomar. Por isso da necessidade de residir na respectiva comarca (inciso VII do art. 93)¹⁴.

Mas além dessa condição humana de ser imparcial, isento, neutro, é também necessário que o julgador assim pareça, demonstre e se apresente. Pois de nada vale ter isenção de *animus* para proferir uma decisão contra ou a favor de interesses econômicos poderosos se o juiz se apresenta como amigo ou parcial de uma das partes em litígio.

Não só ter em mente a capacidade de decidir livremente, mas também está aberto a se convencer de qualquer dos argumentos em debate, como também transparecer tais atitudes de imparcialidade.

A autoridade de julgar não decorre logicamente do porte físico do juiz, do peso de sua caneta, do alinhamento de sua indumentária, ou da fala autoritária, mas sim do conhecimento da norma ou do Direito que vai aplicar, além de plena ciência dos fatos postos em questão¹⁵, mas essencialmente do portar-se na medida de como julga.

Aponta JORGE MIRANDA que esta autoridade de dizer o que é constitucional pelos juízes dos Tribunais Constitucionais decorrem exatamente de suas escolhas para lá integrarem pelos representantes do povo, num processo triangular com os demais poderes republicanos¹⁶.

Mas até que ponto essa imparcialidade não sofre influencia do conteúdo jurídico em que se discute ou se julga? Será realmente imparcial o julgamento no qual quem julga também se beneficia ou se prejudica?

¹⁴ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁵ HEGEL, Guilherme Frederico. *Filosofia del derecho*. Buenos Aires: Editorial Claridad. 1968. 5 v. P. 197.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e Constituição*. Coimbra: Coimbra editora. 2002. P. 776..

Está pronto para ser imparcial e ao mesmo tempo julgar é também está pronto para deixar de assim fazer quando se percebe haver um mínimo de dúvida ou incerteza no acatar uma das teses.

Ideias preconcebidas, ou pensamentos arraigados a posicionamentos religiosos e filosóficos radicais podem contaminar a livre fundamentação, pelo distanciamento do Direito.

Decidir de forma livre e fundamentada, pressupõe não só conhecer a norma e os princípios do Direito interno ou internacional, como também serem eles o centro da decisão, deixando de lado outras ideias menos científicas, como as do Direito natural ou divino de há muito refutada por JOHN LOCKE¹⁷, para quem o “*poder político*” criava as leis e as fazia cumprir.

Inclusive, para LOCKE, que viveu entre os anos de 1632 a 1704, essa autoridade de ditar as regras e de as exigir não poderia decorrer de uma suposta lei natural, pois se assim fosse qualquer pessoa poderia arguir para si uma lei natural que a compreendesse ou mesmo que a criasse por sua conveniência.

Não haveria por assim dizer espaço à justificar essa autoridade vir de um soberano sua origem divina, como preconizado por **THOMAS HOBBS**¹⁸, mas sim de alguns homens de governo terem de fazer cumprir as leis do próprio governo emanada¹⁹.

Para HOBBS, só um pessoa, um soberano, o Deus Mortal, o Leviatã, seria capaz de trazer paz e equilíbrio social, em razão de “*pactos recíprocos uns com os outros*”, seus súditos, o qual estaria autorizado a usar a “*força e os recursos de todos*”²⁰.

¹⁷ LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes. 1998. P. 379.

¹⁸ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Não se menciona editora e nem ano da tradução. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf acesso em 15.07.2013, p. 62

¹⁹ LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes. 1998. P. 391

²⁰ Ibid., p. 61

Esse soberano poderia ainda adquirir tal poder pela força, subjugando outras pessoas, ou mediante esse pacto social de submissão, transformando em Estado Político, ou Estado por instituição.

Firmado esse consenso com a escolha de um monarca não seria mais possível desfazê-lo por vontade dos homens, sem a autorização do próprio soberano, e nem um pacto direto com Deus, porque o soberano já seria seu representante na terra²¹.

A este mesmo soberano se concentraria o poder de dizer a justiça, “*quais as opiniões e doutrinas que são contrárias à paz, e quais as que lhe são propícias*”, e também de prescrever as regras sobre o direito de propriedade, além da “*autoridade judicial*” para decidir as controvérsias de interpretação das leis, tanto civis, quanto leis naturais²².

Por tal pacto social, se autorizaria o soberano escolher os conselheiros, ministros, magistrados e funcionários, tanto na paz como na guerra.

Nessa visão absolutista, o monarca concentraria todas as funções do Estado, desde pensar o que seria o melhor para todos, como também o de punir aqueles que assim resistissem, já que não haveria ninguém ou entidade que pudesse sobrepor-lo, de trazer a paz e promover o bem estar de todos, além de dar a última palavra sobre o que é justo.

Justificaria por este modo a monarquia como a melhor forma de governo, pois o interesse pessoal é o público, já que a riqueza, o poder e a honra do monarca provém dessas mesmas qualidades de seu povo, além da possibilidade menor de erros, por haver apenas uma pessoa no comandado, ao passo que na democracia a inconstância ou fraqueza está no números dos representantes é a que os erros de seu governo²³.

²¹ Ibid., p. 62.

²² Ibid., p. 63.

²³ Ibid., p. 67.

A lei seria então uma “*ordem dada por quem se dirige a alguém já anteriormente obrigado a obedecer-lhe*”, sem sujeitar o soberano, seja o monarca ou uma assembleia de homens²⁴, não bastando fosse escrita e publicada, mas também que houvesse sinais manifestos de que derive da “*vontade do soberano*”²⁵.

Enquanto na democracia o governo é de muitos, na monarquia é a vontade de um só que prepondera. Assim, a lei que se origine de uma democracia pressupõe a vontade soberana da maioria dos representantes dessa assembleia²⁶. Já a que se origina do monarca pressupõe-se sua infalibilidade.

E quando surge uma controvérsia, o descobrir de se essa vontade soberana é a melhor solução encontrada para o bem está de todos cabe ao juiz, pessoa que recebe sua autoridade do próprio Soberano, que na visão de HOBBS é o monarca ou a assembleia de homens.

Agora, se “*o erro de um homem nunca se torna sua própria lei, nem o obriga a nele persistir*”.

“*Se todas as leis, escritas ou não, têm necessidade de uma interpretação*”, seu intérprete é o juiz, que recebe autoridade do soberano para tanto, o qual segundo HOBBS precisa ter as qualidades de compreender a lei, desprezo pelas riquezas desnecessárias e preferências, ser corajoso, não alimentar raiva, ódio, amor ou compaixão, e paciência para ouvir com atenção²⁷.

Mas o que caracteriza uma lei ser boa? Quem a define assim? Espera-se que traga melhorias para a vida das pessoas para o momento em que vivem.

E ainda, de que adiantaria uma lei ser boa para circunstâncias que não mais existem? Ou que só será boa num futuro muito distante e improvável.

²⁴ Ibid., p. 90.

²⁵ Ibid., p. 93.

²⁶ VECCHIO, Giorgio Del. História da Filosofia do Direito. Tradução e notas de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Editora Lider. 2010, p. 108.

²⁷ Ibid., p. 94/86.

A lei precisa melhorar o hoje, o presente, e impulsionar a sociedade pra frente, para novas conquistas. E ao contrário, uma lei será imperfeita quando ambígua, “*e mais facilmente compreendida com poucas palavras*”, como advertia HOBBS²⁸.

A ambiguidade, a falta de clareza, a possibilidade de várias interpretações são defeitos e imperfeições que a impede de produzir os efeitos esperados.

A concisão das palavras, a alta densidade de conteúdo e o sentido unívoco a torna rígida, serena e perene, como uma rocha.

Leis imperfeitas precisam ser buriladas pelo juiz.

A liberdade de agir e até mesmo de decidir estaria limitada ao cumprimento desse “*poder político*” intangível, impalpável, não pessoalizado e concentrado numa única pessoa mítica, mas estaria difusa na força daqueles que a exercessem com o poder de dizer o direito com definitividade.

Para JOHN LOCKE o homem só se submeteria a esse poder político, unindo-se em sociedades políticas, para a conservação de tudo aquilo que adquirira até então, como a vida, a liberdade e o patrimônio, cunhando ele o termo genérico de “*conservação da propriedade*”²⁹.

Já para HANS KELSEN o resultado prático do trabalho de parlamentares numa sala ao aprovar uma vontade coletiva seria um ato jurídico, uma lei vinculante às pessoas submetidas àquela soberania³⁰. E esse poder vinculante se legitimaria pelo presumível exercício do mandato popular por aqueles parlamentares.

Porém, e como fato curioso a demandar estudo no direito constitucional contemporâneo, temos a natureza vinculante das decisões das Cortes

²⁸ Ibid., p. 116.

²⁹ Ibid., p. 495.

³⁰ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1999. P. 3.

constitucionais em controle abstrato de constitucionalidade, já que mesmo sem exercer tal mandato, um seletto e compacto grupo de magistrados assim decidem e obrigam não só as demais instâncias judiciais, como também a administração pública e as relações particulares aos seus convencimentos.

Será se essa vinculação deveria ter a mesma força da norma?

E esse poder político se legitimaria exatamente pela existência de uma regra clara, pré definida, honesta, igual para todos, facilmente conhecível, ou seja, uma *lei*. Também estaria legitimado pela existência de um “*juiz conhecido e imparcial*”, com autoridade para fazer cumprir aquelas regras anteriores, a lei, sem favorecimentos, paixões ou interesses. E por fim, a força de execução da decisão tomada, que aplicará punição àqueles que não a cumprirem.

No entanto, considerando que a força do poder político baseia-se na obediência social à lei, como vontade da maioria, garantida por um juiz conhecido e imparcial, que validade tem a decisão judicial que não se baseia na lei ou é exatamente o oposto do que ela prescreve?

E não seria um contrassenso uma lei válida, vigente e eficaz, anulada por um juiz que tinha o dever de fazê-la cumprir pela confiança presumida da sociedade na escolha política dela decorrente? Ou estaria não mais baseada na lei, mas sim em algo que lhe é superior, como os princípios do direito?

LOCKE usava o argumento de que a entrada do homem numa sociedade política seria para que a maioria decidisse por meio de leis a forma como se protegesse as aquisições anteriores³¹.

As aquisições anteriores, a propriedade, a estabilidade jurídica é que nos faria obedecer regras jurídicas criadas coletivamente.

³¹ Ibid., p. 502.

E em advindo do legislativo este poder, seria este o poder supremo da sociedade, com capacidade de até mesmo decidir como o Estado se autogoverna.

Atribui então ao legislativo certas características sem as quais não indicariam ser este um poder supremo a representar a vontade política da sociedade: não pode ser ele arbitrário; precisa ser justo; não pode se valer de sua força para expropriar as aquisições do homem, sem sua vontade; é indelegável, pois não pode transferir sua autoridade a outras pessoas, senão àqueles a quem o próprio povo elegeu³².

No entanto, na ausência de norma escrita, na lacuna da lei, na omissão estatal deliberada, como pode o juiz suprir tal ausência? Um princípio geral de direito estaria sempre implícito como norma aplicável, e conseqüentemente supriria esta lacuna? Mas aí não estaria a jurisdição invadindo a esfera política da análise da conveniência?

Voltando à KELSEN, não haveria qualquer invalidade na conduta do juiz em criar o Direito, sobretudo a “*norma jurídica individual*”, pois não está ele apenas compromissado com sua aplicação, já que “*decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica*”³³.

A jurisprudência e os costumes são provas dessa assertiva, sobretudo em sistemas constitucionais cujo órgão de cúpula do Poder Judiciário é um tribunal constitucional, do qual emanam interpretações conclusivas sobre temas de interesse geral.

Mas de onde viria a legitimidade de o juiz ser o responsável por dizer o direito com definitividade? Não seria sempre motivo de atrito uma decisão do Poder Judiciário que anula atos dos demais Poderes?³⁴

³² Ibid., p. 504/514.

³³ Ibid., p. 178.

³⁴ AFONSO DA SILVA, Virgílio. A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme a constituição e o dogma da legislação negativa. **Revista O Direito**. Lisboa. 2006. A. 138. N. 1. P. 39-60.

Para que esse sentimento inato de justiça seja concretizado, e advenha do que seja o mais correto, o melhor aplicável, é necessário que o juiz conheça a realidade social onde conviva para aferir os anseios das pessoas, senão onde está sua legitimidade de se auto afirmar porta-voz dessa vontade?

Julgar passa a ser então apenas a interpretação que fica, dada por quem detém poder político de assim o fazer por autorização da maioria do povo de um determinado lugar.

Enquanto as partes interpretam e tentam convencer o julgador de seus argumentos, o juiz interpreta e decide de forma definitiva. Daí a importância e o grau de responsabilidade pelo resultado. Não há espaço para a falta de compromisso.

Uma decisão judicial envolve conhecimento da norma que se pretende aplicar, o perfeito e claro conhecimento dos fatos trazidos à apreciação, prévia isenção quanto as teses opostas e bastante coragem para assumir as consequências da alteração das relações humanas.

Faltando um desses elementos, a decisão não se amolda à interpretação, mas sim a uma mera opinião.

Sem conhecer todas as possíveis normas aplicáveis ao caso a ser decidido corre-se o risco de se perder o momento de se restabelecer o melhor equilíbrio, que pode ser inclusive nenhuma das teses opostas.

Assim, não é necessário que se tragam argumentos jurídicos para a decisão, mas sim apenas fatos, pois podem ser decididos por outros fundamentos jurídicos sequer pensados quando do surgimento da lide.

O julgador deve está pronto para, conhecendo do litígio, aprofundar sua análise ao ponto que deveria está, e não ao que se apresenta.

Como uma norma jurídica, vigente, válida e até então eficaz, pode ser invalidada se proveu do mesmo sistema jurídico que agora almeja anulá-la? Qual

espécie de autoridade jurisdicional detém o julgador para tal retirada do mundo jurídico?

À contrário censo, supor que qualquer pessoa possa ter autoridade legal para invalidar uma norma jurídica que seguiu até então e supostamente todas as formalidades para sua eficácia, parece bastante contraproducente já que utiliza o argumento ilógico de que toda norma está passível de algum vício que a nulifique, quando a regra geral é exatamente o oposto.

Devemos então todos cumprir e respeitar as normas infraconstitucionais até que venham a ser invalidadas pelo Poder Judiciário³⁵. A presunção é pela validade e suposto cumprimento de todas as regras processuais vigentes.

Mas é qualquer juiz que pode invalidar qualquer norma? E os efeitos desta decisão, até que limite pode ser exigida? Um órgão de cúpula do Poder Judiciário que a afirma inválida ou a mantém no sistema pode impedir outros julgadores de reanalisar a questão?

Se todos vivemos imersos num sistema jurídico que se baseia na autonormatividade dos comandos constitucionais, os quais reordenam o direito vigente, orientam sua formação, conformam as normas dissonantes, induzem sua inovação e impedem as normas inferiores de lhes ser dissonantes, como obrigar um julgador a fazer cumprir lei que esteja em evidente rota de colisão com essa harmonia?

As normas constitucionais, e sobretudo as que expressam conteúdo de direitos fundamentais da pessoa humana, alteram o sistema jurídico vigente por sua força normativa de alta carga valorativa, a ponto de ser irresistível sua atração fazendo com que outras normas inferiores sejam atraídas como cometas em direção às grandes estrelas.

³⁵ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1999. P. 189.

O choque será iminente, inevitável, e essa norma vagante será invalidada pelo sistema jurídico no qual está imerso.

A função do Poder Judiciário é apenas de indicar para qual norma constitucional este ato jurídico está se deslocando para ser invalidado, ou se é possível retirá-lo desta rota de colisão e aproveitá-lo para outra função no sistema, ou se não há qualquer colisão iminente, e o ato jurídico apenas orbita serenamente as normas constitucionais das quais provém.

Ante esse panorama de dificuldades, esta pesquisa então buscou uma análise dos critérios interpretativos do controle de constitucionalidade do juiz quando diante de omissões aparentemente inconstitucionais do Estado em garantir direitos fundamentais da pessoa humana.

Inicia pelo Capítulo I com a abordagem da hermenêutica das normas e de sua interpretação sejam como normas jurídicas em geral, passando pelas normas constitucionais e ainda pelas por aquelas que expressam direitos fundamentais, analisando como deva ser o foco desta interpretação judicial, a sua indispensabilidade, as pessoas que a interpretam e os fatores externos que a influenciam, e por fim o conflito interpretativo de normas constitucionais.

Já no Capítulo II foram abordados os métodos de interpretação constitucional, partindo do Clássico, passando pelo científico espiritual, tópico problemático, hermenêutico concretizador, além do normativo estruturante e concretista da constituição aberta, com enfoque claro não numa escolha por um único método aplicável, mas sim na utilização de mais de um na prática de interpretação.

Na sequência, o Capítulo III trata dos princípios interpretativos das normas constitucionais, que diferem das normas comuns, como o da anterioridade ou especialidade, mas sim princípios específicos que garantem maior autoridade da Constituição, como o princípio da supremacia da constituição, da força normativa da constituição, da presunção de constitucionalidade das leis ou da unidade da

constituição, trazendo para o centro da análise o texto constitucional, como paradigma do controle.

O Capítulo IV aborda o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, não só o difuso e concentrado praticado por Tribunais dos Estados, o difuso praticado pelos juízes de primeiro grau, e ainda o concentrado e o difuso pelo Supremo Tribunal Federal, seja em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ou por meio difuso na Repercussão Geral em Recurso Extraordinário, o Mandado de Injunção, e ainda as súmulas vinculantes, as súmulas impeditivas de recursos e a reclamação constitucional, passando pelas técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, como a declaração de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, com ou sem redução de texto e também a interpretação conforme a constituição, a diferenciando até mesmo da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Aponta ainda o Capítulo as principais dificuldades interpretativas na concretização de direitos fundamentais ante a omissão do Estado, finalizando com a breve análise do controle de convencionalidade dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e sua repercussão nas decisões a serem tomadas pelos juízes.

O Capítulo V trata sobre a omissão do Estado na concretização dos direitos fundamentais, com a análise dos princípios e regras constitucionais sobre o tema, os possíveis limites aos direitos fundamentais, analisando a proporcionalidade e razoabilidade dessas limitações. Também é abordado o argumento restritivo da falta de recursos à execução dos direitos fundamentais com a repartição de receita decorrente da arrecadação de impostos como instrumento da efetivação dos direitos fundamentais. O Capítulo trata ainda especificamente da omissão do Estado quanto a assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes, que impede o efetivo acesso à jurisdição, a omissão do estado quanto a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, com a reiterada mora legislativa sobre o tema, a omissão na efetivação do direito à saúde e a omissão do estado na efetivação do direito à educação.

CAPÍTULO I - DA INTERPRETAÇÃO E DO JUIZ CONSTITUCIONAL

1.1. DA INTERPRETAÇÃO DAS LEIS EM GERAL

Em sistemas democráticos, a lei é a expressão sintética em vocábulos escritos da vontade política da maioria dos representantes de um povo para um grupo indefinido de pessoas numa dada época da história para regular as relações sociais do passado, do presente ou do futuro.

Já a interpretação é o pensar jurídico dessa lei sobre fatos que já ocorreram, que ocorrem ou que ainda vão ocorrer.

O Poder Judiciário só se justifica para fazer com que esta vontade política não só da maioria prepondere, mas também da minoria ignorada, deliberadamente esquecida ou ocultada.

E para que o juiz reequilibre as forças em disputa é necessário que ele compreenda a norma, como vontade política posta ou ao menos idealizada.

Sem norma não há justiça e nem paz social!

Mas quando não há lei, deve o juiz valer-se de outros mecanismos jurídicos para solucionar o impasse, como os princípios e a analogia.

Incapaz o juiz de solucionar o litígio pela ausência de norma conhecida, ou sendo assim sua afirmação, é permitir às pessoas que encontrem por si a resolução de seus conflitos pelas regras que entenderem mais aplicáveis, até mesmo pela força.

Diferentemente da autocomposição dos litígios pela conciliação ou pela arbitragem, que já detém regras próprias e específicas para serem seguidas, a abstenção judicial em solucionar o litígio pode levar ao surgimento de leis de guetos, de excluídos, leis separatistas, de minorias, tão perniciosas quanto a vontade unitária e imperial autoritária.

Presumir conhecimento da lei, isenção e capacidade de solucionar os conflitos são requisitos essenciais da atividade judicial.

Nenhuma norma é suficientemente clara que não precise de ser moldada para ser compreendida e aplicada num caso real, pois sai do mundo ideal para a qual foi idealizada para a concretude.

Assim também sentencia JORGE MIRANDA, para o qual não é possível aplicá-la sem interpretá-la³⁶, em especial com o reconhecimento da importância da interpretação segundo a Constituição.

A norma de redação perfeita seria aquela cuja interpretação não leve a vários caminhos possíveis, mas aos mínimos possíveis.

É que a falibilidade pode não só está na sua elaboração, como na sua fundamentação ou no pior cenário, na sua interpretação.

A norma pode ser de boa redação, coesa, coerente, forte, quase unívoca, mas ser interpretada pelos interesses de quem a almeja aplicar.

Quando a falha está ancorada na sustentação da própria norma, talvez ainda se consiga aproveitá-la, contornando o sentido que a impede de ser aplicada.

A esse singularismo interpretativo HABERMAS sugere apenas a “*verdade pragmática*”³⁷, ou a verdade possível de acordo com as circunstâncias interpretativas, baseadas nas “*pretensões da verdade*” expressadas.

Entre a verdade de quem pede e a de quem rejeita, há muitas possibilidades, que nem mesmo um acordo é possível de desconsiderá-las.

³⁶ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e Constituição. Coimbra: Coimbra editora. 2002. P. 651.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. Verdade e justificação. Ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola. 2004. P. 48

Mesmo o acordo, que seria a lei das litigantes, não expressa uma verdade plena e pura, mas sim o resultado das mútuas concessões baseadas no risco de não se provar sua verdade.

Resta a verdade possível, a aceitação racional do resultado viável³⁸.

Não alcançado o consenso ... remanescendo o litígio .. sustentada cada uma sua verdade ... cabe ao julgador, intérprete final da norma, dizer qual a melhor verdade possível. Mas ainda assim não será toda a verdade!

É que mesmo quando os litigantes agem com alto zelo, boa fé e apresentam os fatos com ética e coerência, ainda assim não será possível se afirmar ter-se encontrado a verdade, ante o modo como a encaram, pois cada uma segue sua moral, sua ética e seus próprios conceitos do que é justo, expressadas por linguagem próprias.

A expressão do que pensamos nem sempre representa com fidelidade a ideia original, não só pela pobreza da linguagem utilizada, falha na coordenação das ideias, ou até mesmo na imprecisão da concatenação sintética do essencial a ser transmitido.

E ainda há outros condicionantes, o tempo e o lugar onde foram pensados e expressados.

Uma síntese interpretativa de dois Séculos atrás nem sempre traz a mesma carga da possível verdade que se almejava transmitir à época.

A verdade de quem? Pra quem?

Vários fatores externos interferem nesta interpretação. Quem interpreta, para quem se interpreta, quando, onde, por que, o que se interpreta, pra qual finalidade, qual o interesse, quais instrumentos foram utilizados para se convencer do

³⁸ Ibid., p. 51.

resultado, a norma da qual se origina, ou ainda o sistema jurídico onde está inserida? Fatores culturais, sociais, econômicos, políticos e de moral interior, além de formação jurídica, ideias preconcebidas, e premissas da própria verdade interior, tudo deve ser levado em consideração.

A linguagem utilizada na norma a ser interpretada, bem como a linguagem da própria interpretação. Se não coincidentes, pode-se chegar a conclusões precipitadas ou mesmo falsas.

Não basta a singeleza da busca do pensamento do legislador, pois até este pode estar sob justificativas falsas, dando ensejo às declarações de invalidades da norma.

Assim, é a interpretação que fica a verdade possível.

1.2. DA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Se a interpretação das leis já é tarefa difícil pelas razões expendidas, a interpretação de normas constitucionais ganha contornos áureos e sublimados, por quase sempre ultrapassar seu sentido literal, alcançando anseios ainda não concretizados da sociedade atual.

Interpretar uma lei segundo o que objetiva a norma constitucional é um trabalho mental de dedução do valor que a ela atribuímos.

Quanto maior o valor que atribuímos ao significado de uma norma constitucional, mais força desempenhará de influência na interpretação da lei inferior.

Ao atribuímos às normas constitucionais sobre direitos fundamentais especial tratamento de inovação do plano interno a tal ponto de não se cogitar em desconsiderá-la, mais estará apta a receber deferência.

A dificuldade de solucionar os casos difíceis se dá exatamente pela intensidade valorativa que cada intérprete atribui ao seu objeto.

Assim, torna-se mais relevante então encontrar o meio, o caminho, a fórmula de como interpretar o conteúdo de uma norma constitucional, do que especificamente saber o que expressa seu texto literal.

Que valores o constituinte elegeu em dado momento o futuro de nossa sociedade? Qual a intensidade que se deve a elas dá? E quando houver conflito de interesses individuais?

A norma constitucional expressa valores sociais escolhidos em dado momento revolucionário histórico, embora não esteja a estes presa indefinidamente³⁹.

Enquanto na Física, cargas elétricas de alta intensidade e de polaridades opostas se atraem, no Direito se repelem, se forem cargas valorativas de interpretação normativa, sobretudo sobre direitos individuais.

O conflito social a ser resolvido pelo Judiciário surge exatamente quando se almejam esses interesses diametralmente antagônicos, muitas vezes baseados no mesmo fundamento normativo.

Saber o sentido da norma constitucional quando imersa no texto do qual decorre é tarefa das mais importantes, porque a interpretação decorrente desta tarefa não destoa dos fins a serem alcançados.

Um texto constitucional recentemente promulgado numa república onde o exercício da democracia ainda não seja uma certeza e nem uma garantia, pode não ter a mesma força de influência quanto tem nas já consolidadas.

³⁹ SOARES, Rogério Ehrhardt. Direito público e sociedade técnica. Tenacitas. 2008. P. 41.

É que enquanto na primeira república as normas constitucionais apenas expressam aparentes conselhos ou promessas de um futuro melhor, na última tem-se a certeza de que não são meras ilações, mas sim garantias a serem asseguradas até pela força do poder judiciário.

Deste modo, quanto mais democrático e garantidor seja o Estado dos direitos e das liberdades individuais mais se exigirá sua concretude.

1.3. DA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Enquanto as normas constitucionais sobre direitos fundamentais apenas aparentarem serem metas inatingíveis, ou conflitarem com outros anseios igualmente nobres, sem efetivos compromissos de se tornarem concretos, as soluções desses impasses será sempre tema de difícil solução pelo Poder Judiciário.

Normas constitucionais sobre direitos fundamentais da pessoa humana necessitam de grande esforço interpretativo pelas possíveis consequências de suas inconcretudes, exatamente por exercerem uma maior força gravitacional no sistema jurídico onde orbitam, à semelhança de grandes estrelas com seus planetas ligados por uma atração indissociável.

Sem a força atrativa das normas constitucionais, as demais normas jurídicas seriam como cometas sem destino atraídos por qualquer sistema jurídico.

As normas constitucionais balizam o sistema jurídico pelo fato de assim serem publicadas, cujo conteúdo espelham o nível de compromisso social assumido.

Ora, uma lei ordinária que garanta um exíguo prazo de defesa em favor de um acusado, mas que ainda a ele permita se defender, pode até parecer válida, já que erigida por representantes do povo durante processo legislativo com a decisão da maioria. No entanto, essa mesma lei quando confrontada com os anseios da sociedade por uma acusação certa e serena, durante um processo de julgamento

equilibrado e que lhe dê amplos meios de defesa e recursos, parece desarrazoada, ante a possibilidade de não haver tempo de se levantar tudo o que lhe interessa como prova.

As cláusulas constitucionais do contraditório e do devido processo legal exigem não só que se deem formal oportunidade de defesa ao acusado, mas sim que esteja seja qualificada, eficaz, e apta a influenciar o julgador.

A força da gravitação dos direitos fundamentais imanta o ordenamento em vigor, mesmo que anterior a sua vigência, para que desses direitos só produzam efeitos de acordo com seus objetivos. Tudo o que lhe for contrário ou divergente não será tolerado.

Trazer a norma ordinária, infraconstitucional para próximo de seu sistema constitucional é garantir orbitação segura e serena, sem possibilidade de grandes choques ou conflitos de leis.

É a construção escalonada de que falava KELSEN em *A Teoria Pura do Direito*⁴⁰. A inferior dependendo da superior para se manter no sistema. A superior como fundamento de validade de toda a ordem jurídica, a “*unidade na pluralidade destas normas*”.

O sistema jurídico orbita em torno das normais constitucionais que por sua vez sofre sua influência pela inovação constante da ordem jurídica a enfrentar alterações do seu próprio texto⁴¹.

Sem saber onde queremos ou podemos chegar, perde-se até o que se tem adquirido.

⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1999. P. 141.

⁴¹ A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. *Ibid.*, p. 155.

Por essa razão, é importante compreender as normas constitucionais como organizadoras do Estado e providência de direitos da pessoa humana, para que o sistema jurídico tenha um norte a seguir.

Interpretar as normas constitucionais partindo de um texto escrito e coeso é garantir a possibilidade científica de confrontá-lo com todas as possibilidades futuras de ocorrências de conflitos.

Se a hermenêutica jurídica utiliza-se de um conjunto de regras e princípios para a interpretação dos textos legais, encontrar sentido às normas previstas na Constituição ganha um contorno especial, pela alta carga valorativa de suas disposições.

Entendendo-se por princípio a base dedutiva que dá fundamento a várias possíveis interpretações de uma norma. E por regra o único modo pelo qual se torna mais apropriado alcançar um objetivo previsto na norma jurídica.

E embora textos constitucionais tenham de fato não só princípios, como também regras de condutas humanas a serem aplicadas na estrita observância do que preveem, aplicar princípios encontra a possibilidade da ressonância entre vários outros possíveis no sistema constitucional.

Já quando nesses princípios se contem valores ligados à existência do ser humano, tem-se os direitos fundamentais da pessoa humana.

A fórmula genérica e indeterminada dos direitos fundamentais permite por assim dizer atingir um maior espectro possível de situações concretas em que o bem jurídico tutelado é garantido, como o direito à vida, à liberdade e o patrimônio.

1.4. DO CONFLITO INTERPRETATIVO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

E quando há um aparente conflito na aplicação dessas normas, sobretudo entre as inferiores em relação às constitucionais, deve-se buscar observar a intensa carga valorativa dessas normas, sem que sofram dissociação no sistema.

JORGE REIS NOVAIS inclusive lembra neste ponto que as normas constitucionais sobre direitos fundamentais estão impregnadas de “*um elevado grau de indeterminação e generalidade*”⁴² e que não é possível nelas prevê as inúmeras hipóteses que as excepcionam, tornando-se assim cada vez mais difícil sua interpretação.

Por este modo, interpretar norma que expressa direito fundamental taxado como garantia irredutível parece ter sentido unívoco, como a impossibilidade de tortura e tratamento desumano ou degradante em quaisquer circunstância que esteja a pessoa⁴³, seja por ação ou omissão do Estado ou de particular.

Não há para essas hipóteses margem à discussão sobre ponderação, já que “*o legislador constituinte realizou todas as ponderações de interesses, bens, valores ou princípios invocáveis*”⁴⁴, fechando a possibilidade de interpretações extensivas, não sendo possível se chegar numa situação fática em que a tortura, o tratamento desumano ou degradante seja admissível.

É que nessas hipóteses se garante a eficácia do áureo princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que sempre será indigno manter em sofrimento um ser humano sem causa justa.

Inclusive, com a tradição histórica da humanidade aprendemos que com a tortura não se alcança qualquer fim justificável, nem mesmo a confissão do acusado de crime grave, pois ou ele confessa o que não fez pra evitar o sofrimento atroz ou confessa pra encobrir o verdadeiro autor do ato. E caso tenha ele feito e confessou sob tortura para a qual ainda suportaria, ela sem dúvida era dispensável.

Para essas hipóteses levantadas, como também para a da redução à condição análoga a de escravos, mesmo quando supostamente justificada pelas

⁴² NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático. Coimbra: Coimbra Editora. 2012. P. 87

⁴³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 5º. [...] III - *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*;

⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático. Coimbra: Coimbra Editora. 2012. P. 89

oportunidades de trabalho até então inexistentes, tais direitos fundamentais integram a própria essência mínima do ser humano, chamados por JORGE REIS NOVAIS de “*trunfos imbatíveis*”.

Embora nessas circunstâncias acima sejam como trunfos imbatíveis pelas evidentes singularidades apontadas, o autor português admite que há trunfos sujeitos à “*reserva geral de ponderação*”⁴⁵, desde que o próprio texto constitucional assim o autorize expressamente a restrição de um direito fundamental justificado pela aptidão, necessidade e proporcionalidade da medida adotada, decisão em última análise tomada por um juiz.

O autor ainda desenvolve seu pensamento com foco na ausência de critérios objetivos à ponderação e buscando o melhor método a ser adotado quando haja conflito de direitos fundamentais, embora com isto expressamente afirme não se possa “*significar o seu esvaziamento ou entrega aos poderes constituídos*”⁴⁶, pois cabe ao intérprete observar os limites implícitos dessas restrições pelo legislador constituinte.

É que não admite ele uma simples escolha pelo direito fundamental mais lesado ou em maior risco, como sustentado por ALEXY em sua Lei de Ponderação⁴⁷, senão passa a ser aleatória e subjetiva a escolha feita pelo juiz do direito que estiver simplesmente sob maior ataque, gerando incerteza quanto ao adotado.

No mesmo sentido e em acirrada crítica à escolha pelo juiz como uma simples “*ponderação de valores*”⁴⁸ por um dos possíveis princípios aplicáveis ao caso proposto, LÊNIO STRECK leciona ser este o melhor método interpretativo já que não se está diante de uma singularidade na escolha que melhor lhe aproveitar, mas sim deverá sempre basear-se em critério científico nesta decisão.

⁴⁵ Ibid., p. 139.

⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora. 2003. P. 576.

⁴⁷ Ibid., p. 127.

⁴⁸ STRECK, Lênio. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 2014. P. 198.

Novamente para NOVAIS uma medida restritiva a algum direito fundamental costuma obter maior proteção quando um direito correr momentaneamente a risco de lesão, recebendo assim pela subjetividade da escolha uma maior proteção, quando poderia também sofrer restrição, como nas hipóteses de liberdade de expressão frente à segurança do Estado em passeatas públicas, ou ainda o direito de informação jornalística frente ao direito à privacidade por fotos na internet.

A assertiva de que não há direito fundamental absoluto encontra apoio lógico exatamente por ser um direito.

Ora, o Direito existe exatamente para impor limites à liberdade das pessoas, com “*proibições jurídicas*”⁴⁹.

E esta liberdade expressa-se inicialmente por uma infinita capacidade de querer pela vontade individualística, que vai pouco a pouco sofrendo limitações para poder ceder espaço a outras liberdades que surgem.

É como quem entra num veículo e vai viajar sozinho, tem inicialmente a plena liberdade de pensar em ir onde quiser, embora já comece a sofrer as limitações sociais de combustível, percursos, tempo, alimentação.

E basta que para esta viagem mais uma pessoa também vá que aquela liberdade plena de antes começa a ceder espaço e tempo em favor do outro. Não há mais possibilidade de ir e vir livremente, sem que o outro imponha alguma condição em dado momento. Não há mais sequer a liberdade de desistir no meio do caminho ou mesmo de por fim a tudo, inclusive a própria vida, pela existência do *direito* do outro a ser respeitado.

E quanto mais indivíduos se ponha neste veículo, menos liberdade se tem, e outros direitos vão surgindo.

⁴⁹ HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofia del derecho*. Buenos Aires: Editorial Claridad. 1968. 5 v. P. 68 a 71.

E aquele que assumir o encargo de dirigir este veículo ou de cuidar para que todos possam usufruir não só da viagem como também do que se almeja fazer no destino, passa a ter que observar como fazer para que o máximo da liberdade de cada um possa ser exercida.

Transmutando o piloto em Estado como organismo político, o veículo como sendo o território de um país, e os passageiros em qualquer pessoa que esteja neste território, pode-se vislumbrar não serem ilimitados os direitos das pessoas, sob pena de inviabilizar todo o país ou toda a viagem.

E cabe a este Estado, como ente político da vontade da maioria, exercer o papel de censor desta limitação, com os mecanismos previstos pelo próprio Direito para esta finalidade.

Assim, o Estado como função legislativa prevê as limitações às liberdades individuais primeiro prevendo direitos, e os delimitando em organizados segmentos, sejam técnicos, racionais e lógicos, para que se possa encontrá-los e exigí-los cumprimento, surgindo logo em seguida segmentações de direito civil, penal, administrativo, entre outros, como meios de melhor compreendê-los e estudá-los.

A adequada função Legislativa pressupõe que as regras limitativas das relações sociais, sejam direitos ou obrigações, expressadas em textos sínteses, lei, precisam ser “*universalmente conhecidas*”⁵⁰, de boa técnica, não ambíguas, de fácil compreensão, e quanto mais autoexplicativas, mais eficientes serão, por não depender de maior esforço interpretativo por parte do juiz, que está na função judiciária.

Já na função Executiva, o Estado faz com que todos conheçam seus limites diretivos, sejam direitos ou obrigações, impingindo aqueles que não os respeitarem a força alongada do poder de polícia.

⁵⁰ Ibid., p. 190.

Mas é pela função Judiciária que o Estado torna as decisões tomadas mais significativas e impregnadas de definitividades, pois consta os direitos existentes, os realiza na inércia ou omissão do próprio Estado, ou faz cumprir coercitivamente os demais particulares.

Por assim dizer, a ausência ou a fragilidade do juiz permite como “*en los tiempos del derecho del más fuerte, por la violencia inconveniente, por la opresión de la libertad y por el despotismo*”, como advertido por HEGEL ⁵¹.

Sem o Direito, a vida humana em coletividade seria impossível, ante a impossibilidade de se garantir a pessoa existir como pessoa, ou garantir que seus pensamentos criativos pudessem inovar o mundo de todos para melhor.

Os direitos fundamentais assim expressam este núcleo mais interno e concêntrico de proteções da liberdade de existência da pessoa em sociedade. Sem eles, a vida humana já não existiria ante a possibilidade de os ataques inviabilizarem sua permanência.

É por existir o Direito, com a previsão das faculdades de agir ou deixar de agir que se tem vida social mínima, ante as limitações que todos sofrem para o usufruto dos benefícios sociais.

Deste modo, não interpretar os limites aos direitos fundamentais é algo contraditório, posto que o Direito só existe exatamente para impor limites às relações humanas.

No entanto, a solução jurídica a ser adotada para tais limitações passa pela influência de fatores externos à simples confrontação de direitos.

Deve-se a longevidade da Constituição Americana de 1787, que está prestes de completar 230 anos de existência, a essa possibilidade de se adaptar às

⁵¹ Ibid., p. 194.

“*circunstâncias dos tempos segundo as oportunidades*” que vão surgindo⁵², à semelhança da Teoria da Evolução das espécies de Darwin, quando o mais forte ou o mais adaptável ao ambiente sobrevive.

Na primeira hipótese, liberdade de expressão e segurança do Estado em passeatas públicas, não temos nos dois pólos pessoas com direitos, mas sim apenas o Estado com o dever de não só garantir a expressão do pensamento dos manifestantes como também o dever de garantir o ir e vir daqueles que não queiram dela participar, ou dela não concordam ou sejam delas alvos.

Inclusive, tem sido comum nos dias atuais greves ou manifestações com os mais variados objetivos e interesses, sejam por crítica aos governos por atos de corrupção, cada vez mais denunciáveis, como também exigências de uma melhor prestação de serviços públicos.

Em circunstâncias sociais excepcionais como a que estamos vivendo atualmente no Brasil e em Portugal, quando atos de corrupção praticados por agentes do Estado revoltam toda a gente, exatamente por sermos constantemente cobrados por compromissos de recolhimento de impostos, como a não prática de crimes ou infrações de trânsito, sermos éticos no trabalho, na escola, e até em casa pela não prática de atos de violência doméstica, e vê pessoas que representam tais exigências serem as que mais praticam atos desviados desses objetivos, tem causado tais revoltas.

Nessas manifestações é comum se vê aglomeração de pessoas nas frentes exatamente dos prédios públicos e palácios de governo gritando palavras de ordem, para que sejam ouvidas, respeitadas e possam influenciar o processo decisório.

Em situações assim, restringir o direito fundamental à liberdade de expressão não encontra necessidade e nem proporcionalidade, pois parecem se justificar por si mesmas, já que expressam a opinião de muitos, e às vezes até da maioria insatisfeita.

⁵² CAETANO, Marcello. Manual de ciência política e direito constitucional. Revista e ampliada por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina. 2003. 1 V. P. 68.

No entanto, as mesmas manifestações, com as mesmas pessoas gritando as mesmas palavras, cobrando ética e melhores serviços públicos, porém em menor número, num contexto social cotidiano e em nada surpreendente, até mesmo corriqueiro, como reclamar sempre das mesmas e velhas práticas corruptas, parece soar exagerado num fechamento de uma grande artéria urbana, por onde passam milhares de veículos por hora. Seria até desrespeitoso aos demais cidadãos interromper tanto trânsito *só pra isso*.

Nas duas situações chamados a decidir, o juiz talvez adotasse soluções jurídicas diversas. Mas o que mudou nas duas hipóteses? O aparente consenso da maioria na primeira hipótese? O olhar da mídia, que repercutiu mais a notícia? O desinteresse ou a aparente acomodação dos cidadãos em ainda poderem suportar aquela faixa de corrupção ou incompetência?

O certo é que ainda será o mesmo conflito jurídico, liberdade de expressão e segurança pública, ou liberdade de expressão do pensamento e direito de ir e vir das pessoas.

O Estado será mais tolerante na medida que a maioria das pessoas assim espere.

Discorrendo sobre a atuação e legitimidade do Poder Judiciário em ordenar prestações positivas do Estado frente a lesões à direitos fundamentais, baseados na dignidade da pessoa humana, ANA PAULA DE BARCELLOS, lembra a autonomia entre as três funções da República, e que a Corte Constitucional brasileira tem seus integrantes escolhidos pela participação dos dois outros Poderes, na qual as decisões judiciais são sempre necessariamente fundamentadas e tomadas por maioria de seus membros, porém devendo este Poder se abster de *“impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis”*⁵³.

⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2011. p. 272.

No entanto, no final do mês de abril do ano de 2015, professores da rede pública de ensino do Estado do Paraná no Brasil fizeram uma grande manifestação na frente da Assembleia Legislativa para que não fosse votada uma lei estadual que na ótica deles reduziria direitos previdenciários então vigentes. E em razão da grande aglomeração dessas pessoas, e até de outros simpatizantes da causa, alimentados por uma sensação de inoperância do Governo Central quanto a economia nacional e também em crítica a inúmeros atos de corrupção na maior estatal do país, a *Petrobrás*, que levou ao desenrolar naquele mesmo Estado da chamada *Operação Lavajato*, que investiga o maior escândalo de corrupção de nossos 515 anos de existência como um país, teve uma decisão judicial lá proferida que limitava o direito de manifestação das pessoas para garantir a votação da mencionada lei estadual.

No entanto, segundo notícias, a Polícia Militar exagerou na repressão e feriu dezenas de manifestantes em aparente desproporção com uso da força pública.

Mas o que se vê nesta ocorrência é que a mesma decisão judicial antes concedida que visava o livre exercício do dever constitucional dos parlamentares estaduais em inovar a ordem jurídica, impedindo o exercício do direito à liberdade de expressão dos manifestantes, que gerou todo esse tumulto, talvez hoje não fosse igualmente concedida ou se ainda o fosse seriam com maiores advertências e cautelas por parte do Estado.

A mesma relação entre direitos talvez tivesse soluções jurídicas diversas pela interferência de circunstâncias alheias ao debate das ideias.

Os professores daquele Estado não representam a maioria daquela população. Ora, os “verdadeiros representantes” estavam é lá dentro do Palácio legislativo, tentando fazer as vezes da vontade dos professores que estavam do lado de não querendo aquela votação.

Abstraindo-se o conteúdo ou o mérito da lei aprovada, que restringia o acesso a benefícios previdenciários com novos critérios lá previstos, o fato é que a decisão judicial sofre forte influência também do apelo social ou da opinião pública.

Até quem aparentemente nada tem a ver com o movimento, passa a ter opinião sobre ele.

Agora, analisando o fato já passado, a medida restritiva ao direito de liberdade de expressão foi adequada? Será que garantir o ir e vir de umas poucas dezenas de parlamentares frente a milhares de manifestantes foi a decisão que mais respeitou garantias fundamentais das pessoas?

Porém, no momento da decisão judicial tomada, foi garantido tão somente o direito do parlamentar de exercer seu mandato e deliberar sobre o tema proposto, em detrimento da influência que os principais atingidos poderiam exercer.

Deste modo, torna-se indubitável que fatores externos ao conflito influenciam seu julgamento, como as questões sociais, econômicas e políticas, não havendo decisão que possa desconsiderá-las sem correr o risco de extremismos.

Será integralmente garantido o pleno direito fundamental e social à saúde quando a economia do Estado não vai bem, a ponto de as contas públicas estarem desequilibradas, processo inflacionário fora de controle, e baixo crescimento do país?

Se a resposta for não, comprova-se a assertiva acima.

E quando os argumentos restritivos à efetivação dos direitos fundamentais são econômicos, como a falta de recursos públicos que possam beneficiar a todos os interessados, fala-se na "*reserva do possível*" como a última trincheira de salvação estatal na qual se agarram os administradores públicos para evitar garantir efetividade aos direitos fundamentais.

Inclusive, a autora ANA PAULA DE BARCELLOS lembra que tal reserva do possível pode ser vista como a *reserva do possível fática*. Seria a exaustão, a total escassez de dinheiro, ou reserva do possível *jurídica*⁵⁴, pela falta de autorização

⁵⁴ Ibid., p. 278.

legislativa orçamentária para tal ordenação, mas em todo de análise “*extremamente complexa*”, haja vistas escolhas do Estado que podem variar no tempo e no espaço.

O poder público que opta por gastar milhões de seus recursos em propaganda ou *marketing* de seus sucessos políticos, sob suposto pretexto de prestação de contas ou mídia institucional dos relevantes e indispensáveis serviços públicos, embora haja dentro da margem da legalidade que a autoriza, não estaria indiretamente inviabilizando o acesso a direitos fundamentais, como os serviços básicos de saúde, educação e segurança pública?

Mas a quem cabe esta escolha da melhor política? Ao Estado, ao necessitado ou ao juiz?

Bem, se se exige do Estado, a prova é de difícil realização, já que precisa provar o que não existe. Ou seja, provar que não há recursos. Se couber ao cidadão, a este só seria possível exigir a prova contrária da existência dos recursos públicos, o que também não é fácil, e nem sempre admissível, não só em razão da falta de conhecimento técnico necessário, como também pela natureza jurídica do processo e da urgência da lide.

É que não se pode provar o que não existe, pela própria impossibilidade física do objeto pesquisado.

No entanto, embora de difícil comprovação, por envolver vários aspectos econômicos, políticos e jurídicos, com raros profissionais aptos a tal consecução no tempo necessário, pode-se realizá-la por seus efeitos, pelos sinais exteriores de riqueza.

A má gestão e fiscalização da aplicação dos recursos públicos, bem como os desvios por corrupção induzem ao raciocínio de que a falta dos recursos pode não ser a principal causa dessas inexecuções.

Trazido ao judiciário, a questão merece acurada interpretação fática.

Mas como deve ser julgada a demanda em que se pede a efetivação do direito à saúde para procedimento médico de urgência, frente a alegação de reserva fática do possível pela total inexistência de recursos públicos aptos a auxiliar a todos? Como se pode provar tal falta de recursos?

A necessidade de quem pede muitas das vezes vem presumida pelo histórico do caso, mas a falta de recursos públicos não, precisa ser demonstrada.

À medida que se alega não ter dinheiro suficientemente para todos, alguém pode interpretar uma ordenação de despesas como supérflua em comparação às necessidades de quem as pleiteiam.

Qual a melhor interpretação judicial aplicável? Aquela que garante a efetividade do direito fundamental à saúde, e por consequência o direito à vida daquela pessoa que ingressou com a ação, com nome, endereço e patologia conhecida? Ou se garante o 'desperdício' de recursos públicos com a solução de um único caso, que pode até já está 'perdido', quando se poderia atender a uma outra dezena de casos assemelhados, até com melhor sorte.

São os chamados casos difíceis, por envolverem interesses e valores nobres de ambos os lados.

Mas abstraindo às hipóteses de atos de corrupção ou improbidade administrativa, a boa gestão dos recursos públicos, de fato, pode favorecer a mais pessoas frente a casos de improvável sucesso.

Indagar a um médico se faria um transplante de um único rim para um paciente terminal, com poucas chances de vida, não mais que de alguns dias, ou se faria o transplante em favor de uma jovem paciente com razoável expectativa de vida de vários anos, que já passou um bom tempo em hemodiálise, parece-me que a resposta passará pela regra do mal menor, ou seja, não se trataria de uma opção por uma pessoa em detrimento da outra, mas sim daquele com maior e mais prolongado benefício.

Inclusive, neste aspecto os tratados internacionais sobre direitos humanos priorizam não só as pessoas mais frágeis, sejam idosos, crianças e enfermos, como também as mulheres, quando vítimas de catástrofes ou em iminente perigo, não só pela maior capacidade da resistência masculina, como também pela perpetuação e manutenção da espécie.

Deste modo, os direitos fundamentais precisam sofrer redução de sua efetividade em situações específicas e em momentos singulares, visando um bem maior, a ser analisado casuisticamente pelo juiz quando em demanda que vise tal certificação.

Embora não se deva perder de vista, que mesmo não concretizado um direito fundamental especificamente em favor de alguém, não se pode olvidar da capacidade de as instituições de fiscalização do próprio Estado, em averiguar as supostas inexecuções sociais em novas demandas de maior amplitude. Neste sentido também ANA PAULA DE BARCELLOS sugere quando a mora atinge a educação básica, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça.

Assim, nem sempre o direito fundamental que mais estiver sob ataque deve ser o mais tutelado. Há fatores externos a serem considerados, como as circunstâncias sociais, econômicas e políticas do momento.

Por essa razão, os direitos fundamentais não deixam de ser sob certo ponto de vista utópicos, meras promessas, já que anunciados pelos Estados como garantias inalienáveis do cidadão, de um mínimo existência, porém sujeitos a reservas físicas do possível.

É que não se pode garantir o que não se tem certeza de como cumprir.

Só se deve garantir o direito à saúde, à educação e à segurança pública plenas, quando o menor ou o maior ataque possam ser debelados.

Nenhuma fortaleza de pedra feita pelo homem é páreo ao tempo. Há aquelas que resistem por um longo período não por serem intransponíveis, mas por

protegerem o que não mais interessa no momento, embora haja meios de assim fazer.

Não há direito fundamental que seja sempre e eficazmente garantido, por ser fisicamente impossível o Estado está presente em todas as situações em que esteja ele sendo violado.

Os direitos fundamentais serão mais eficazmente tutelados na proporção direta da capacidade e força econômica e política do Estado em implementá-las. Ao mesmo tempo, a vigilância, a fiscalização e a intensa cobrança pelo Poder Judiciário força esse desenvolvimento.

No entanto, também é certo que a total inércia do Poder Judiciário em efetivar os direitos fundamentais induz a inflação do Poder Executivo em não se interessar por buscar meios de concretizá-los, bem como faz adormecer o Poder Legislativo em inovar a ordem jurídica com a alteração de legislações inócuas ou em desusos que só justificam aquela inatividade.

Países com economia frágil, altamente sujeitos às oscilações de humor dos mercados de capitais do mundo, dão assim excelentes justificativas a seus governos às negativas de efetivação desses direitos, cabendo ao julgador também observar esse fator externo durante o processo interpretativo dessas normas.

Já em alguns países da Europa, além das dificuldades de implantação dos programas constitucionais de metas sociais, ainda há o “*interconstitucionalismo*” observado por J. J. GOMES CANOTILHO, ante a existência do bloco econômico e político da União Europeia, a enfrentar outros aspectos jurídicos da multiplicidade de relações humanas e sociais decorrentes do intenso fluxo econômico dos países membros⁵⁵.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Brancos e interconstitucionalidade. Coimbra: Almedina. 2006. P. 267

Mas é o juiz ou o órgão de cúpula do Poder Judiciário que tem o dever de evitar esses conflitos, de manter o sistema jurídico harmônico e tudo orbitando sem que seja necessário a todo instando corrigir suas rotas de colisão.

Neste sentido inclusive já advertia MONTESQUIEU no início do Século XVIII⁵⁶, de que a norma não era um corpo sem órbita, ou desprovido de sentido sistêmico, precisando sempre ser interpretado sob uma perspectiva mais elevada.

Porém ao Tribunal Constitucional, pela posição de vórtice no organograma judiciário, remete-se as decisões com força de definitivas quando o tema é interpretação constitucional, para que o sistema jurídico mantenha harmonia entre o nascedouro da norma e seu fim.

Previsto o órgão jurisdicional de cúpula em matéria constitucional é contraproducente supor que suas decisões não devam ser cumpridas na medida exata e final do presumido processo e julgamento das causas a ele submetidas.

Ora, previsto o órgão de invalidação das normas infraconstitucionais e atos de governo, suas decisões de mérito, impedem novas discussões sobre o tema exatamente por não haver possibilidade de outro órgão do Poder Judiciário lhe ser contrário⁵⁷.

Não é incomum haver litígios postos ao Judiciário em que as teses opostas se mostram tão somente pela busca dos interesses particulares, muitas vezes mesquinhos e desprovidos de razoabilidade, porém após a certificação, o juiz acrescenta fundamentos de respeito a direitos humanos ou sociais, impedindo a ruína social.

O litígio sobre imóveis é um bom exemplo disso. Em que por um lado se busca a tutela da propriedade por aquele que detém os requisitos previstos na lei de

⁵⁶ MONTESQUIEU. *De L'esprit des loix*, Laurent Versini. Paris : Éditions Gallimard, 1995. P. 381 *Ainsi, pour juger lesquelles de ces lois sont les plus conformes à la raison, il ne faut pas comparer chacune de ces lois à chacune; il faut les prendre toutes ensemble, et les comparer toutes ensemble.*

⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1999. P. 188.

tal garantia, e do outro aquele que embora não a tenha, almeja nela se manter para ganhos econômicos futuros e quase sempre vultosos.

Mas nesta hipótese, a lide pode ser solucionada observando-se não só o direito de propriedade, mas sim a *função social* que dela se espera, pela qual se exige daquele que a detenha, possua ou dela seja dono, uma utilização racional e adequada, que não só traga ganhos econômicos, mas também no futuro possa ser ela reutilizada indefinidamente.

E de que adianta uma utilização degradante de um imóvel que o tornará impróprio a novas utilizações? Ou que tal degradação seja tão intensa que altere o equilíbrio ambiental da convivência entre animais e plantas, ou mesmo atinja as pessoas com prejuízos a saúde? Ou também que se permita tal utilização tão somente para o enriquecimento de poucos sem a participação nos resultados de todos aqueles que na terra trabalharam, ou seja, para fins meramente especulativos?

E também decidir pelo proprietário, que não degrada, não danifica e nem explora as potencialidades da terra, nem sempre será de boa justiça, sobretudo quando a utiliza para fins especulativos de maiores ganhos no futuro, quando será mais procurada, como dito.

1.5. DA INFLUÊNCIA DO CASO CONCRETO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Estabelecidas as premissas do que seja controle concentrado e difuso de constitucionalidade, insta saber se há diferenças na forma de se interpretar as normas constitucionais que expressam direitos fundamentais nessas duas modalidades de controle de constitucionalidade.

É que embora aparente haver coincidência entre analisar uma omissão do Estado na efetivação de um direito social prestacional como a saúde, a educação, a segurança pública e a assistência judiciária gratuita, por exemplos, tenho que o caso

concreto influencia o resultado interpretativo no controle concentrado diversamente do que o faz no controle difuso.

Tomando-se como foco uma possível omissão na prestação do direito a saúde como exemplo, a atuação do Poder Judiciário no controle concentrado limita-se a declarar a omissão e a ratificar a força normativa do texto constitucional, influenciando as demais instâncias dos órgãos judiciais e a própria administração pública.

No entanto, a mesma omissão no controle concreto, analisada por juiz singular, apresenta singulares contornos que precisam ser denotados.

Nas duas modalidades de controle, há a mora do Estado em tornar concreto o direito fundamental. Há também a norma paradigma, que é o próprio texto constitucional, porém a consequência interpretativa se diferencia quanto a seus efeitos.

A questão sendo levada abstratamente às cortes constitucionais, analisa-se apenas em tese se a restrição é necessária, proporcional, aceitável ou tolerável ante os aspectos globais de toda a problemática que envolve a saúde.

Havendo descumprimento de preceito fundamental a ensejar intervenção por exemplo, da Suprema Corte, o fato será analisado apenas no plano teórico e à níveis nacional ou regional, nunca para o caso em particular.

Deste modo, pode-se admitir até mesmo a razoabilidade da medida restritiva pela falta de recursos, por exemplo, ante seu maior impacto aos indefinidos beneficiários.

No entanto, levada a questão ao plano menor, do juiz singular, com partes subjetivas, com destinatários certos e conhecidos, a questão suscita novos aspectos que não podem ser desmerecidos.

Pelo método científico e concretizador de interpretação constitucional, bem como levando-se em consideração toda a estrutura jurídica posta à disposição da pessoa humana, há de se admitir não ser razoável para aquele que pede uma tutela do Estado juiz que este se limite apenas em declarar a mora, e nada adote de providências concretas, caso julgue procedente a pretensão.

Apesar de a norma paradigma ser a mesma, a omissão do Estado já não o é, pois individualiza a restrição contra pessoa certa, e conseqüentemente, passa-se a análise de interesse e legitimidade de quem pede.

Parece não haver dúvida que a omissão do Estado neste aspecto em negar a execução do direito prestacional em questão traz para o suposto atingido a pretensão de vê reparada tal omissão. No entanto, é o juiz neste caso em particular, que fará um julgamento do pedido e de suas possibilidades.

Há de se registrar também que não só o texto constitucional brasileiro como o português não estipularam qualquer restrição à execução do direito à saúde. Porém não se mostraria razoável, no caso concreto, vê tutelado esta pretensão para aquele que poderia pagar pelo serviço público oferecido gratuitamente, quando os recursos declarados como parques deveriam está sendo destinados aos mais necessitados.

É recorrente a alegação do princípio da *reserva do possível* por parte administração pública, como mecanismo jurídico para evitar uma determinação judicial de atendimento às prestações sociais positivas. Afirma ela sempre, não haver dinheiro para tudo e nem para todos. E de fato, em casos especiais, não consegue mesmo prover a todas as pretensões que lhes apresenta.

Porém, caso assim o fizesse numa demanda individual em que o beneficiário poderia arcar com os custos do tratamento, este direito fundamental seria a ele interpretado de forma mais restritiva pelo controle difuso, do que o seria no controle abstrato, exatamente porque sendo este último sem partes subjetivas, não se analisa o caso a caso, e não se poderia assim detectar esta singularidade.

A análise individualizada do caso concreto confirma que a interpretação constitucional baseia-se na análise do problema surgido e garante a força normativa da constituição, não mais como uma ideia ou promessa, mas sim atuando na vida concreta das pessoas.

A norma constitucional não existe por si, e não se torna forte tão somente pelas declarações de constitucionalidade do Tribunal Constitucional, pois precisa também mudar eficazmente a vida das pessoas, sob pena de se tornar promessa vã, desprovida de consequências práticas.

O julgador singular diante de uma premissa de inconstitucionalidade busca resolvê-la com foco no julgamento do pedido principal, ou seja, se irá provê-lo ou não. Enquanto no controle abstrato e concentrado, sem partes conhecidas, o foco dos julgadores é a norma como ideia, como fim. É ela analisada no sistema jurídico onde orbita, e tão somente.

Por obviedade, não se pode deixar de mencionar que as declarações em controle concentrado, como se verá abaixo, podem ter conotações direcionadas para os possíveis casos em particular, em especial quanto aos efeitos de suas decisões de mérito em serem retroativos (*ex tunc*), ou prospectivos (*ex nunc*), ou ainda quando se modulam tais efeitos da decisão de mérito, de afastamento ou confirmação da norma, para deixar de atingir ou para especificamente atingir certas relações jurídicas no decorrer de um dado período de tempo.

No entanto, mesmo ante estas possibilidades, ainda haverá um outro juízo interpretativo futuro, seja pela administração pública em cumprir o julgado proferido ou mesmo judicial quanto aos processos que aguardavam a decisão da instância superior constitucional.

A norma não existe por si mesma, e nem deve ser interpretada distanciando-se do caso concreto, pois o Direito existe para que as relações sociais sejam harmônicas e respeitadas, sempre com foco na dignidade da pessoa humana.

1.6. O JUIZ COMO INTÉRPRETE ÚLTIMO DA NORMA

Interpretar o justo demanda a busca do melhor para a sociedade humana, assumindo o Poder Judiciário a responsabilidade de dizer o Direito com definitividade, após analisar imparcialmente a lide surgida e desde que fundamentado.

Esta função jurisdicional do Estado visa assim essencialmente a paz social, e a solução dos litígios deduzidos, buscando uma convivência humana baseada no respeito e entendimento às múltiplas subjetividades possíveis.

E o juiz seria então o integrante desta mesma sociedade cuja missão é a análise e a interpretação das relações sociais litigiosas, segundo as opções da maioria da sociedade expressada no direito vigente, seja nacional ou internacional.

Este trabalho interpretativo é pois a essência da atividade do julgador, devendo ele abstrair ou evitar substituir os interesses dos litigantes pelos seus próprios argumentos.

Neste sentido, CRISTINA QUEIROZ afirma que “*existe uma relação inversamente proporcional entre a clareza do texto da norma e o poder de interpretação conferido ao operador jurídico*”⁵⁸.

Porém, fundamentar uma decisão como justa não é trazer a opinião pessoal do julgador ao litígio, como aquilo que ele teria feito caso fosse uma das partes, mas sim aquilo que a sociedade do momento ou a sociedade que se espera no tivesse feito.

Novamente CRISTINA QUEIROZ, “*o núcleo da decisão, o seu conteúdo normativo, não se encontra na conclusão*”⁵⁹, mas nos seus fundamentos, na razão de decidir, pois o juiz anuncia a norma que se utilizou para decidir e apresenta a

⁵⁸ QUEIROZ, Cristina. Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra editora. 2000. P. 329.

⁵⁹ Ibid., p. 341.

norma particular do caso. O remédio judicial manipulado constitucionalmente para o caso concreto.

O resultado interpretativo, o esforço argumentativo e a razão de decidir é que influenciarão este julgador e outros possíveis julgadores para os casos assemelhados, libertando o juiz da obrigação ou do compromisso de se firmar com as teses abstratas ditas nessas normas hipotéticas.

Não é a norma jurídica quem decide o caso em julgamento, mas sim sua interpretação judicial, ou seja, a interpretação que fica.

Quanto mais brotam dessa fonte interpretativa fundamentos razoáveis de justiça, quanto mais se apóia no consenso geral de que se chegou na melhor interpretação possível, acima da qual não se conseguiria mais melhorar, é que se tem uma atuação judicial eficaz.

O juiz que não observa tais anseios, ou que não os observa em sua decisão, corre o risco de fazer de sua decisão um falar mais alto da discussão, como aquele que embora não tenha razão teve mais fôlego pra gritar.

Os anseios da sociedade brasileira do Século XXI não são os mesmos da sociedade do início do século passado, nem são os mesmos da sociedade portuguesa contemporânea, mas podem ser os mesmos da maioria da sociedade ocidental do planeta quando se tratam de direitos humanos pela busca, por exemplo, do erradicar a pobreza e a marginalização.

A interpretação judicial está neste caminhar constante e atento aos objetivos do futuro.

Por mais demorado que esteja o processo judicial, por mais longo que possam ter sido os inúteis anos de sua tramitação, a solução jurídica de mérito a ser nele adotada será sempre para a sociedade do agora ou do futuro, nunca para a passada.

A norma, seja a lei, a constituição, o tratado ou um princípio, são prospectivos, visam a melhoria da atual ou futura humanidade, nunca a do passado.

No período absolutista, a vontade do soberano era a expressão máxima da vontade do Estado, com concentração nas mãos de um único homem, supostamente escolhido por origem divina, dos poderes de elaborar as leis, e de fazê-las cumprir⁶⁰. Não haviam garantias à direitos individuais.

Já na era das Repúblicas, após a Revolução Francesa, a vontade da maioria é expressada pelas leis advindas de uma parlamento, de onde o povo tem voz, por meio de seus representantes eleitos.

Essa origem divina justificaria todas as ações arbitrárias, por expressar o próprio Deus encarnado, como assegurava THOMAS HOBBS ⁶¹.

Mas essa voz não ecoava acima de todas, havia quem não encontrasse qualquer justificativa divina a obedecer os desmandos desses monarcas, sobretudo quando JOHN LOCKE anunciava que nenhum soberano poderia avocar sua autoridade sobre os súditos por poder divino, já que não haveria nenhuma lei divina que garantisse tal herança entre gerações⁶².

Segundo ele, arguir para si direito natural não justificaria a obediência de todos, já que qualquer um poderia também sustentar sua origem divina, ou sua norma de direito natural como a compreendesse para coagir comportamentos de terceiros.

⁶⁰ GIORDANI, Mário Curtis. História dos Séculos XVI e XVII na Europa. Petrópolis: Vozes, 2003. P. 78. No Reinado Inglês de Carlos I (1625-1649), as convicções absolutistas predominavam. O rei *arrogava-se o direito de decretar e aplicar as leis, desrespeitar as leis votadas pelo Parlamento* e até mesmo de dispensar a existência desse importante órgão da estrutura governamental inglesa.

⁶¹ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Não se menciona editora e nem ano da tradução. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf acesso em 15.07.2013, p. 62.

⁶² LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes. 1998. P. 379.

É que o direito natural não segue regras pré definidas, aplicáveis indistintamente a todos, nem se fundamenta numa lógica aceitável e isenta de paixões ou convicções sem verificação⁶³.

Admitir o direito natural, é abrir caminho para o fundamento divino, filosoficamente questionável, baseado muitas vezes apenas na crença, sem provas.

O que para uns parece ser intuitivo, de fácil compreensão, sem questionamentos, como uma regra que vem sem artificialidades, ou seja, naturalmente, para outros pode ser exatamente o *pomo da discórdia*, o que mais trás dificuldades, como na mitologia grega da deusa não considerada a mais bela.

Argumentar que o direito individual a alguma liberdade decorre da crença intuitiva de que se está certo tão somente por ser lógico, é partir da premissa que seu adversário ou opoente compreenda sua regra, a considere minimamente aceitável, até lógica, porém questionável para quem serve.

Ocorre que as premissas é que estão em terreno instável. Sem o fundamento normativo da lei escrita e pré-existente, ou ao menos conhecida, embora que não escrita, como as regras de um jogo que se define antes da partida começar, não sendo assim possível se chegar a um resultado razoável e legítimo, quando no curso da partida se mudam as exigências, alterando logicamente os resultados.

E mesmo que ambos os lados compreendam e aceitem tais normas ditas naturais, ainda assim são questionáveis porque não se baseiam em algo que possa ser provado ou mesmo alterado, na hipótese de mudança da opinião social.

Ainda sobre o direito natural, não matar alguém parece ser uma regra do direito natural, de origem divina, até prevista no tronco religioso do judaísmo, cristianismo e islamismo, no qual não se previu exceção.

⁶³ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e argumentação. Uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 89.

Ocorre que matar alguém em legítima defesa própria ou de outrem, no estrito cumprimento de um dever de ofício, ou ainda em situação de calamidade pública para se salvar ou salvar a um outro indivíduo, pode não ser considerado inaceitável, mas até justificável pelas circunstâncias, ante a análise dos fatos.

É a vontade da maioria que vive em sociedade que escolhe essas regras. É a vontade política desta decisão coletiva que anuncia as regras a vigorar, como normas.

Sem essa presunção de legitimidade das regras possíveis as relações sociais não se harmonizam.

Inclusive para JOHN LOCKE o homem só se submete a esse poder político, unindo-se em sociedades políticas, para a conservação de tudo aquilo que adquirira até então, como vida, liberdade e patrimônio, cunhando ele o termo genérico de “*conservação da propriedade*”⁶⁴.

Esse poder se legitimaria exatamente pela existência de uma regra clara, pré definida, honesta, igual para todos, facilmente conhecível, ou seja, uma *lei*. Também estaria legitimado pela existência de um *juiz conhecido e imparcial*, com autoridade para fazer cumprir aquelas regras anteriores, a lei, sem favorecimentos, paixões ou interesses. E por fim, a força de execução da decisão tomada, que aplicará punição àqueles que não as cumprirem⁶⁵.

No entanto, considerando que a força do poder político baseia-se na obediência social à lei, como vontade da maioria, garantida por um juiz conhecido e imparcial, que validade tem a decisão judicial que não se baseia na lei ou é exatamente o oposto do que ela prescreve?

Uma lei válida, vigente e eficaz anulada por um juiz que tinha o dever de fazê-la cumprir pela confiança presumida da sociedade na escolha política dela

⁶⁴ Ibid., p. 495.

⁶⁵ Ibid., p. 496.

decorrente, não seria um contrassenso? Ou estaria não mais baseada na lei, mas sim em algo que lhe é superior, como os princípios?

O autor usa o argumento de que a entrada do homem numa sociedade política seria para que a maioria decidisse por meio de leis a forma como se protege as aquisições anteriores⁶⁶.

E em advindo do legislativo este poder, seria este o poder supremo da sociedade, com capacidade de até mesmo decidir como o Estado se autogoverna.

JOHN LOCKE atribui ao legislativo certas características sem as quais não indicariam ser este um poder supremo a representar a vontade política da sociedade. São elas: não pode ser ele arbitrário; precisa ser justo; não pode se valer de sua força para expropriar as aquisições do homem, sem sua vontade; é indelegável, pois não pode transferir sua autoridade a outras pessoas, senão àqueles a quem o próprio povo elegeu⁶⁷.

No entanto, na ausência de norma escrita, na lacuna da lei, na omissão deliberada, como pode o juiz suprir tal ausência? Um princípio geral de direito estaria sempre implícito como norma aplicável, e conseqüentemente supriria esta lacuna? Mas aí não estaria a jurisdição invadindo a esfera política da análise da conveniência?

E de onde viria a legitimidade de o juiz ser o responsável por dizer o direito com definitividade?

Penso que esta legitimidade esteja implicitamente contida nos textos constitucionais, como nos do Brasil e de Portugal, não decorrente assim do processo tradicional de escolha dos representantes políticos do Estado, como os titulares de mandato eletivo dos demais Poderes, Executivo e Legislativo.

⁶⁶ Ibid., p. 502.

⁶⁷ Ibid., p. 504/514.

Neste sentido inclusive é o que expressa J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁶⁸, para os quais esta função jurisdicional não decorre da soberania popular emanada pelo voto, mas sim de forma direta pelo próprio texto constitucional.

De igual modo, PAULO OTERO também conclui decorrer do próprio texto constitucional essa opção política de atribuir ao juiz tal poder, sendo *pura ficção jurídica* dizer que assim age em nome do povo⁶⁹.

É que embora na Constituição brasileira se afirma logo no primeiro artigo, que *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição*, não traz qualquer processo eletivo para os membros do Poder Judiciário, mas tão somente o procedimento por concurso público para ingresso na magistratura nacional, decorrendo assim do sistema jurídico nela adotado esta opção por atribuir a certas pessoas o poder de dizer a opinião do Estado.

Já na Constituição portuguesa embora de forma textual esteja contido no art. 202º que *os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo*, também não estipula qualquer processo eletivo popular de escolha desses magistrados.

Deste modo, pelos dois modelos constitucionais, o poder de dizer a vontade política do Estado pelo Direito decorre dos sistemas normativos nelas adotados.

E não se deve aqui haver qualquer confusão entre poder político de dizer o Direito com definitividade com decisões políticas emanadas por juízes, seja sob aspecto de política partidária ou mesmo de governo.

⁶⁸ Neste sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais. 2007. 2 V. P. 508.

⁶⁹ OTERO, Paulo. Direito Constitucional Português. Organização do Poder Político. Coimbra: Almedina, 2010. 2 V. P. 416.

É que Poder Judiciário é função permanente de Estado, e não função de governo, não podendo assim ser extinto por vontade dos governantes de então, mas sim e tão somente por novo modelo Constitucional.

Neste aspecto inclusive, há expressa vedação no inciso III do §4º do art. 60 da Constituição brasileira de que nem mesmo por emenda à Constituição é possível se tender a abolir a separação dos Poderes.

Voltando, e para que esse sentimento inato de justiça seja concretizado, e advenha do que seja o mais correto, o melhor aplicável, é necessário que o juiz conheça a realidade social onde conviva para aferir os anseios das pessoas, senão onde está sua legitimidade de se auto afirmar porta-voz dessa vontade?

Interpretar fatos do passado com leis passadas e visando resolver problemas antigos, é o mesmo que dirigir olhando só pelo retrovisor.

Deixar de observar essa visão de futuro na interpretação das normas é impor uma visão ultrapassada que pode nos levar para o nada jurídico, para o litígio pelo litígio, uma marcha sem destino.

No momento da análise da norma, o intérprete não pode deixar de observar quem a escreveu, pra quem e por que foi escrita, além de como se escreveu, pra qual finalidade, onde foi escrita e quando isso ocorreu.

Quando se perde um desses elementos há grande probabilidade de a norma ser inaplicável, seja pelo desuso ou mesmo ser nula.

E para demonstrar esses momentos interpretativos de fatos pelo tempo, e de acordo com o avançar interpretativo, pode-se utilizar das normas aplicadas no Brasil relativas ao adultério, desde o início do nosso processo de colonização.

De 05 de junho de 1595 até 08 de janeiro de 1831 vigorou no Brasil as Ordenações Filipinas⁷⁰ ou Código Filipino (assinado por Filipe II de Espanha ou Felipe I de Portugal), que previa no Título XXV a pena de morte para a pessoa que dormisse com uma mulher casada. E de 09 de janeiro de 1831 até 31 de dezembro de 1941 essa pena foi reduzida pelo art. 250 do Código Penal do Império para prisão com trabalho de um a três anos. E novamente reduzida para detenção de quinze dias a seis meses a partir de 1º de janeiro de 1942, com a entrada em vigor do art. 240 do atual Código Penal brasileiro de 1940. E finalmente revogada no dia 29 de março 2005, pela Lei n. 11.106, de 28.03.2005, quando o fato deixou de ser considerado crime⁷¹.

É que a hipótese criminógena era prevista para a quebra do dever de fidelidade entre os cônjuges, escrito sob a influência do direito canônico, que ainda hoje considera pecado tal prática.

Direito canônico este inclusive que a partir da outorga da Constituição da República de 1891 perdeu sua aplicabilidade, quando o Brasil deixou de adotar a religião católica como a oficial do Estado, havendo assim a separação definitiva entre o Estado e a Igreja.

Como visto, esse crime foi perdendo sua importância social com o passar dos anos pela interpretação que se foi dando às consequências de se considerar criminógena tal conduta.

No entanto, por pelo menos 420 (quatrocentos e vinte) anos existiu no Brasil uma conduta considerada criminosa que era a traição conjugal, escrita por monarcas até a Proclamação da República de 1889, e depois por representantes políticos do povo brasileiro que obrigavam aos casados civilmente a um dever de fidelidade com seus cônjuges, para o bem da família, e para tanto redigiram uma lei que previu como crime a conduta de adultério em todo o país, já que trazia a possibilidade do

⁷⁰ Disponível [HTTP://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm](http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm) acesso em 11.03.2015

⁷¹ O crime de adultério já vigorava antes de 1500 em Portugal com as Ordenações Manuelinas e antes destas com as Ordenações Afonsinas.

desfazimento da família, a instabilidade dos vínculos afetivos e a insegurança jurídica quanto ao patrimônio de seus membros.

Embora que de nobres objetivos, tais leis criminalizava desnecessariamente uma conduta de interesse mais cível e individual que penal ou de toda a sociedade.

É que o Direito Penal só deve ser utilizado quando os outros ramos do direito não estão sendo eficientes para coibir uma prática humana considerada perniciosa aos anseios de toda a sociedade, já que sua utilização pressupõe uma grave punição por infringir regras com prejuízo à liberdade do indivíduo⁷².

Ora, havendo no Direito Civil mecanismos que alcancem os mesmos e nobres objetivos acima anunciados, como o divórcio, a partilha de bens, o afastamento do lar do adúltero, ou até mesmo a indenização por danos morais, por que se utilizar do Direito Penal?

Deste modo, a interpretação da conduta de adúltero foi perdendo sua força como crime exatamente pela ausência de motivação e finalidade, já que as consequências da punição eram mais severas que o próprio ato em si.

Embora para o monarca julgador do período absolutista fosse adequada a pena de morte ao adúltero, por expressar uma conduta perniciosa aos interesses da sociedade de então, como mecanismo de controle social, nos dias atuais, há outros instrumentos menos onerosos para esta mesma tutela.

O conteúdo da norma de antes nem sempre espelha a vontade social da atualidade, embora que de mesmos vocábulos.

Interpretar é trazer sentido, vida, clarear o que estava obscuro, mas nem sempre buscar o sentido primevo do autor da norma ou do legislador, mas antes buscar utilizá-la como meio para se alcançar um melhor, um novo e atual objetivo.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 2009. p. 74.

Mas como perceber quando haverá distorção nessa interpretação? Já que se o sentido primitivo não está mais útil aos atuais anseios, como saber se agora é que não se está interpretando erroneamente a norma?

O que mudou nesses quatro Séculos para que a norma hoje não seja mais útil? Ou ainda, como saber se agora é que não a estamos interpretando incorretamente, e certos estavam seus idealizadores?

Será que a conotação da 2ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, datada de 15.12.1791, que expressamente autoriza o cidadão americano a possuir e portar arma de fogo tem o mesmo significado da interpretação que a ela se deve dá nos dias de hoje, Século XXI, com a proliferação de uma infinidade de modelos de armas de fogo e com um Estado constitucionalmente obrigado a prestar um serviço cada de segurança pública vez mais eficiente?

Vejamos ao que diz o texto daquela emenda: “*Sendo necessária à segurança de um Estado livre a existência de uma milícia bem organizada, o direito do povo de possuir e usar armas não poderá ser infringido*”⁷³.

Vamos a sua análise. Será que a previsão daquela emenda constitucional logo após a Independência Americana (1775-1783) e no período que antecedeu à Guerra Civil (1861-1865) num tinha mais um significado de defesa de seu país às investidas do colonizador em manter subjugada a colônia, garantindo assim às milícias uma forma de autodefesa contra tais investidas?

Será que de fato o texto constitucional americano garante a qualquer cidadão a posse de qualquer arma que queira, de qualquer calibre, de qualquer poder destrutivo? Ou será que precisamos mais uma vez nos fazer valer da interpretação para limitar seu uso?

⁷³ DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (1776). In Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2012. [Consult. 2012-12-28]. Disponível em [http://www.infopedia.pt/\\$declaracao-de-independencia-dos-estados](http://www.infopedia.pt/$declaracao-de-independencia-dos-estados)>. Acesso em 29.07.15.

Desde logo, registre-se que a Corte Constitucional americana em 2008 e 2010 não só ratificou o direito individual do americano de possuir e portar arma de fogo, como também declarou inconstitucional lei do Estado de Columbia que restringia tal possibilidade havia 32 anos e o declarou como direito inviolável, equipado ao direito de voto e à liberdade de expressão.

Ora, se a melhor interpretação daquela Emenda Constitucional foi essa de garantir como direito inviolável a posse e o porte de arma de fogo, por que não garantir também o direito do povo americano de formar milícias organizadas? Será que faz bem à segurança do Estado ter grupos armados com ideologias próprias e totalmente livres para se organizarem, reunirem e expressarem o que quiserem?

Mas qual a melhor interpretação que se poderia dar hoje? A que restringia a posse e o porte com fundamento na segurança pública, ou a que interpretou o fenômeno como algo ainda legítimo, também com fundamento na segurança pública?

Qual ângulo é o mais correto deste fato?

Que fórmula poderia ser encontrada para uma interpretação de norma constitucional de dois Séculos atrás?

Voltando ao tema do adultério, um julgador do Século XVI que utilizasse os argumentos atuais da não aplicabilidade prática do crime de adultério estaria levando insegurança jurídica às relações sociais daquela sociedade portuguesa? Seria levado à sério em suas proposições em defender a mulher e o homem adúlteros, livrando-os da morte? Vou além. Será que os adultérios na era monárquica portuguesa ou na colonial brasileira eram maiores ou menores que na atualidade? Como saber?

Aparenta ter a norma pouca ou nenhuma utilidade prática em coibir ou inibir tal conduta, não só por ser de difícil prova como também pela desproporção entre a falta e a reprimenda prevista.

O que faz presumir ser mais eficiente outros ramos de Direito que não o Penal para solucionar tal prática?

Será que a pessoa humana está sendo vista nessa prática ou só a falta dela?

É que a pessoa merece tratamento digno até mesmo quando falha. Não tratá-la assim é diminuí-la e aumentar o erro. A punição torna-se maior que a falta. O tratamento humanizado do faltoso leva luz à falta cometida, permitindo sua reparação e não a punição por ser criminoso.

Saber para onde vamos e porque estamos indo é fundamental na interpretação das leis.

Esse conhecimento das leis para interpretar passa também pela compreensão da origem desta obediência à lei.

Por que obedecemos ou devemos obedecer à lei? O que nos impele a este determinismo?

Ou apenas afeiçoa-nos a ideia de que obedecer alguém nos tornam menos responsáveis por nossas escolhas?

Viver em sociedade pressupõe ciência presumida de normas muitas vezes de vigência secular, escritas em épocas remotas para uma organização social que nem existe mais. Mas por que obedecê-la ainda?

HANS KELSEN sentencia que tal obediência decorre da norma constitucional, por ser norma superior em relação às demais⁷⁴. Por lhe buscar o substrato de validade, sua origem ou ao menos não disposição em sentido contrário, já que sendo a norma constitucional também organizacional da atual conformação sócio política, não haveria espaço para leis inconstitucionais em sentido oposto.

⁷⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1999. P. 136.

Lembra que a força da norma e seu caráter cogente não decorre da ordem de um Deus ou de um imperador, mas sim da própria norma constitucional.

Em sentido oposto, CARL SCHMITT, e ainda no começo do Século passado, afirmava que o sistema jurídico de normas não decorreria da força normativa da constituição, mas sim da vontade do povo que daria unidade ao Estado, “*na existência política do povo alemão*”⁷⁵, chegando a afirmar que o titular desse poder político seria o monarca, à semelhança da opção política adotada pelo povo francês quando após a Revolução, optou pelo império hereditário de Napoleão.

Para SCHMITT não seria o fato de ser escrita, de se submeter a um processo legislativo mais dificultoso que torna a norma mais respeitável como constitucional, mas sim aquela vontade popular fundante⁷⁶. E pra fundamentar seu argumento, citava que as normas constitucionais inglesas baseavam-se em diversos atos jurídicos, como convenções, pactos, leis, costumes e precedentes, bem como o exemplo francês onde não é só uma norma codificada é considerada constitucional.

Porém tratar a vontade política do povo como um instituto despersonalizado, sem endereço onde se possa encontrá-lo, ou mesmo medi-lo com os critérios e as técnicas científicas, tem o inconveniente de permitir que tal vontade esteja animando os governantes do momento.

E no caso específico da Alemanha, a ideologia da raça superior do povo alemão fez surgir o Nazismo de Hitler que justificava seus atos no bem está de seu povo, em detrimentos das minorias.

Também em crítica à Teoria Pura de Kelsen, FRIEDRICH MÜLLER afirma não existir o ser e dever-ser “puro” da norma pois esta “*é sempre um conjunto de dados lingüísticos e dados (primariamente ou secundariamente) reais*” por não terem

⁷⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução Francisco Ayala. Salamanca: Aliança Edital. 2003. P. 35 e 47.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 41.

estes os mesmos significados⁷⁷, argumentando em sua “*Metódica jurídica*” por uma nova análise da norma em sua aplicabilidade prática, testada nas necessidades sócias, e não apenas acadêmicas.

Ao mesmo tempo não aceita MÜLLER que a norma constitucional seja uma simples lei constitucional como defende SCHMITT, “*pois é o fundamento diretamente obrigatório da ordem jurídica na política, na sociedade e na vida de todos no país*”⁷⁸, e embora não haja hierarquia entre normais constitucionais há “*diferença de dignidade, de posição juridicamente relevante*” pelos temas abordados.

É que se houvesse hierarquia entre as normas constitucionais, haveria dentro da própria constituição normas com atributos de tornar outras partes do texto inválidas, perdendo assim a força de coesão de todo o texto.

Enfraquecida, todo o sistema poderia ruir, uma vez que ao interpretar certas normas constitucionais superiores a outras, abriria campo para possibilidade de desconsiderá-las, a depender de qual cada uma entendesse ter mais valor.

Compreende-se por *metódica jurídica* de FRIEDRICH MÜLLER, à gama de conceitos de “*hermenêutica, interpretação, métodos de interpretação e metodologia*”⁷⁹, sendo a hermenêutica as condições de compreensão da concretização jurídica da norma, interpretação como o tratamento jurídico filosófico do texto, e metodologia como sendo as regras técnicas de interpretação dessas normas, como a interpretação literal, gramatical.

Deste modo para o autor, sua metódica envolve os contornos fáticos e jurídicos que visam tornar concreta, real e aplicável uma norma, passando pela teoria do direito, técnicas de solução de conflitos, métodos interpretativos, e com a reflexão advinda da análise das normas constitucionais e também dos julgados judiciais.

⁷⁷ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto e BERCOVICI, Gilberto. Entrevista com Friedrich Müller. **Revista Seqüência**, dez. 2005, nº 51, p. 9-30, P. 11.

⁷⁸ Ibid., p. 14.

⁷⁹ MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 02.

Assim, se poderia buscar na '*interpretação gramatical*' pela vontade oculta do legislador sintetizada por vocábulos densificados de carga altamente valorativa, ou ainda a parte de seu nexos com outras normas, '*interpretação sistemática*' ou de sua finalidade, '*teleológica*' ou ainda da evolução histórica de sua vigência, '*interpretação histórica*'⁸⁰

O tema será retomado no capítulo específico sobre os métodos interpretativos das normas constitucionais.

Não se pode deixar de considerar também um outro favor externo na interpretação constitucional, que é a concentração de poder no Judiciário, quando chamado constantemente a dizer qual a vontade política do Estado.

É que trazendo para o campo de atuação do Poder Judiciário, corre-se o risco do "*Império do Direito*"⁸¹, como advertia CRISTINA QUEIROZ, ao fazer do juiz a última vontade política do Estado, pois a ele se atribui toda a carga de responsabilidade interpretativa, sem a necessária fundamentação de onde provém sua decisão. Se de sua vontade interpretativa ou se de um sistema jurídico pré-existente e orgânico.

As normas constitucionais são assim vetores ou pólos de atração dos objetivos de um povo, ou na tese de CRISTINA QUEIROZ, "*cláusulas constitucionais que conferem à nossa sociedade uma identidade e coerência internas, moralidade pública*"⁸².

O Poder Judiciário independente e autônomo do Poder Executivo faculta a livre decisão do juiz e lhe retira uma possível "*força opressora que poderia ele*

⁸⁰ Ibid., p. 7.

⁸¹ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra editora. 2000. P. 347.

⁸² Ibid., p. 347.

deter”, caso houvesse uma situação de inflação de suas atribuições constitucionais, como adverte RUI GUERRA DA FONSECA⁸³

Tais normas não são simples leis, porque tem visão ainda mais aberta do futuro, refletem o brilho do vindouro sucesso social. São como metas a serem alcançadas de uma maratona. Atingidas, ou se aproximando delas, seremos melhores, já que organizam a sociedade, o Estado, preveem direitos, obrigações, estipulam metas, planos, evitam abusos, impõe limites ao arbítrio daqueles que assumem a tarefa de governar.

Pensá-las não é tarefa fácil, implementá-las é uma luta diária e incansável, porque se as atingirmos seremos melhores do que nossos antepassados.

Para LUIS ROBERTO BARROSO as “*normas constitucionais consagram valores que guardam tensões entre si*”⁸⁴, devendo ser observado seu corpo normativo como um todo para que a melhor interpretação seja aquela que harmonize os interesses das pessoas e do Estado.

A norma está além da lei. Os princípios gerais de direito ultrapassam a norma.

E as normas constitucionais que definem direitos da pessoa humana e também organizam o Estado para que este possa fazer cumprir aqueles expressam a existência da pessoa humana, minimamente digna, e quando claramente existentes numa ordem jurídica, são as normas constitucionais sobre direitos humanos.

Enquanto as que organizam o Estado pressupõe a existência de uma vontade coletiva da maioria política de um povo que quer se vê representado ou dirigido de uma forma específica, as normas que expressam direitos da pessoa

⁸³ FONSECA, Rui Guerra. Montesquieu e a moderna identidade do poder administrativo. **Revista Direito & Política**. Dezembro de 2012. A. 1. N. 1. Outubro. P. 95.

⁸⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva. 2010. P. 213.

humana buscam manter essa existência, protegê-la de ataques até mesmo do próprio Estado criado, além de almejar outros benefícios.

Direitos da pessoa humana que tem origem com a declaração de independência do Estado da Virgínia nos Estados Unidos, em 12 de junho de 1776, seguido pelo Estado da *Pensylvania* de 11 de novembro de 1776, movimentos precursores da independência americana e da Constituição Americana de 1787⁸⁵.

Interpretar a norma segundo a Constituição é dela extrair todo o sumo possível de constitucionalidade. É observá-la sob um ângulo elevado dentro de um contexto jurídico sistêmico de outras normas. É não perder de vista que a norma constitucional a pressupõe e lhe dá vida. Ligada umbilicalmente por laços democráticos da vontade popular fundante.

Desconsiderar essas premissas é ignorar a própria existência do Estado de Direito, no qual o império é da *dei*, mesmo que ela nos desagrade, nos seja angustiante ou contrária aos nossos anseios.

A lei dá harmonia, equilíbrio e segurança de que há regras pré definidas sobre as condutas humanas, e que não haverá o caos mesmo na tempestade social mais acirrada.

Perder esse liame político importa em admitir a falência do sistema jurídico, e que para alguns há mais proteção do Direito que para outros.

Se se admitir para dada parcela social direitos, faculdades especiais, sem razoável critério de discriminação, é elevá-los a uma casta de privilegiados que todos almejariam está, porém quase ninguém alcançaria.

A história já demonstrou que castas especiais, e pessoas distintas das demais, com direitos especiais sobre patrimônios, decisões políticas e deferências

⁸⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução Francisco Ayala. Salamanca: Aliança Edital. 2003. P. 164.

imerecidas não trouxeram qualquer equilíbrio aos interesses da maioria, que digam os regimes monarcas absolutistas europeus.

Constituição não aplicada é desperdício de recursos sociais e prelúdio de sua falência.

Essa vontade constitucional e fundante pressupõe inquietação política revolucionária que a reorganizou. Distanciar-se dessas balizas é sair do abrigo seguro do lar para as incertezas da rua, da inexistência de um local para voltar quando tudo parecer desmoronar.

Se na Monarquia as decisões de governo vem da cabeça de um, na República há muitas cabeças, mas nem sempre concordantes ou afinadas, embora com a possibilidade de que o erro seja atenuado pela presunção de que a maioria sabe mais e pode compreender melhor o que acontece.

Embora que no modelo republicano democrático, ainda haja o risco de o Judiciário vir a se inflar e se tornar um superpoder, ou “*Império do Direito*” como adverte CRISTINA QUEIROZ⁸⁶.

A República só está suficientemente segura sobre o tripé de suas três funções essenciais, Legislativo, Executivo e Judiciário, convivendo em harmonia de mesma proporção. Inobstante seja compreensível que em momentos de crise de credibilidade política se sobressaia o Poder Judiciário como a função do Estado indispensável ao reequilíbrio social.

Os juízes aparentam ser aqueles que resolvem todos os conflitos surgidos, inclusive aqueles que são da esfera da representatividade popular. O que não deveria.

⁸⁶ QUEIROZ, Cristina. Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra editora. 2000. P. 347.

Em momentos assim a Constituição funciona como porto seguro do ordenamento jurídico, sua principal ancoragem, de onde devem sempre nascer as soluções.

O império do Poder Legislativo é a inércia do Estado. O do Executivo é a ditadura. E o do Direito é a insensibilidade e a incapacidade de inovação.

Só a lei é a garantia de que há de se esperar uma solução célere, justa e eficaz, pois decorre da vontade soberana do povo, do *“contrato social como anuência tácita à vontade coletiva, e a força dessa vontade coletiva é a soberania”*⁸⁷, como preconizado por ROUSSEAU. E assim se confirma ser no Parlamento onde se concentra a preponderância da vontade popular pela representatividade política, como lembra MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO⁸⁸.

Ganha relevância nos dias atuais saber interpretar, extrair o melhor significado à solução de um problema. A soberania não está só no Poder Executivo, que representa o Estado, nem só no Legislativo, autênticos procuradores do povo, mas também com Judiciário, por compor os conflitos surgidos com as normas existentes ou idealizadas.

Em síntese, o que motiva a aprovação de uma lei, nem sempre é o que ela expressa quando promulgada. É assim para CRISTINA QUEIROZ quando aduz em sua tese que *a “normatividade não se relaciona com o texto da norma. Apenas o resultado da interpretação se apresenta como norma jurídica”*⁸⁹.

⁸⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Tradução de Ridendo Castigat Mores. Disponível em www.jahr.org. 2002. P.48

⁸⁸ BRITO, Miguel Nogueira de. A constituição constituinte. Ensaio sobre o poder de revisão da constituição. Coimbra: Coimbra Editora. 2000. P. 357.

⁸⁹ Ibid., p. 336.

CAPÍTULO II - DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Não se interpretam normas de conteúdo constitucional com os mesmos métodos das normas comuns, por não haver hierarquia entre aquelas e existir submissão destas ao texto constitucional paradigma.

É que as disposições expressas e implícitas constantes na Constituição passam a figurar como metas e paradigmas de controle das demais normas, fonte de onde se busca substrato para suas validades e eficácias.

Assim, e em sendo a Constituição a fonte de onde se deve buscar a saciedade pela ânsia interpretativa, é inconcebível e contraditório que o juiz como responsável por fazer cumprir as leis as desconsidere, exatamente porque a interpretação judicial é fonte que vitaliza o texto escrito⁹⁰ e o atualiza, moderniza e até dá credibilidade a certeza de que o Estado pode resolver os conflitos sem que cada um se utilize da própria força.

Deste modo é indispensável o reconhecimento de métodos científicos de análise de normas constitucionais que permitam alcançar resultados confiáveis, isentos de paixões ou ideias preconcebidas, embora desde já se sabe não existir apenas um método interpretativo como o mais indicado, mas sim um conjunto de métodos que se interrelacionam e contribuem para o resultado mais aceitável.

Neste aspecto LÊNIO STRECK afirma que o intérprete não deve fazer análise por partes, mas sim como num “*círculo hermenêutico*”⁹¹ de prévia compreensão da norma questionada, além do texto constitucional em paradigma e também dos fatos que envolvem o caso.

Por este modo, para o citado autor, não haveria etapas pré definidas de primeiro encontrar o sentido do fato a ser interpretado, para depois encontrar no

⁹⁰ CAETANO, Marcello. Manual de ciência política e direito constitucional. Revista e ampliada por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina. 2003. 1 V. P. 67

⁹¹ STRECK, Lênio. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 2014. P. 32

ordenamento jurídico sua fundamentação ou justificação, mas sim todo esse processo como sendo circular, simultâneo.

E ainda segundo o autor, fundamentar não é um problema de encontrar a melhor técnica de argumentação do resultado, mas sim uma questão filosófica, de encontrar o resultado pela compreensão do todo, não só a norma, como o problema e a compreensão do intérprete⁹².

De fato, não é possível se desvincular durante o processo interpretativo a prévia consciência do intérprete do objeto sob análise, pois se este lhe for totalmente alheio a sua realidade, primeiro terá que compreendê-lo, tal como o juiz que irá julgar sobre a possibilidade de utilização de células tronco embrionárias para o processo de cura de outras doenças, sem primeiro saber do que se trata o tema na Biologia humana.

Ao mesmo tempo, que o julgador já tenha um bom arcabouço teórico sobre o objeto, desconhecer o sistema jurídico onde encontra-se imersa a discussão de nada lhe trará confiança no resultado.

Interpretar logicamente, é um raciocínio dedutivo que parte do intérprete para o objeto analisado em compreensão de onde se almeja chegar.

Inobstante a ferrenha crítica do autor brasileiro LÊNIO STRECK aos métodos interpretativos baseados no positivismo de KELSEN, e mesmo que ocultados deliberadamente de sua obra, para justificar sua compreensão como “*círculo hermenêutico*”, não se conseguiria entender de que fala o autor se previamente não se soubesse do que ele fala.

Ora, como saber que um método baseia-se no problema a ser resolvido ou mesmo é estritamente legalista sem sequer citar se está diante de um processo assim já refletido no passado?

⁹² Ibid., p. 242.

Será que sem a compreensão da norma como texto a ser respeitado e cumprido seria possível dele extrair desde já seu sentido filosófico?

Penso que não se deve abandonar tais métodos interpretativos até mesmo para se ter uma ideia do que se está a aplicar.

No entanto, embora não haja consenso na escolha de um ou mais de um método interpretativo das normas constitucionais, há pelo menos cinco deles mais citados que dão um caminho do pensamento jurídico quando diante do controle de constitucionalidade. São eles: o método jurídico (Ernst Forsthoff), tradicional, como assim enunciado; método tópico-problemático de Theodor Vichweg; método hermenêutico-concretizador de Konrad Hesse; método científico-espiritual por Rudolf Smend; e o método jurídico normativo-estruturante, por Friedrich Müller.

2.1. MÉTODO HERMENÊUTICO CLÁSSICO (Ernest Forsthoff)

Por este método, chamado de *Clássico*, a norma constitucional é interpretada apenas como sendo uma lei comum, tese defendida por ERNEST FORSTHOFF, utilizando-se dos métodos clássicos de interpretação jurídica de SAVIGNY, o gramatical (a partir do texto da norma), o histórico (do processo de criação), o sistemático (de sua conexão) e teleológico (de sua finalidade), embora não possam ser os únicos a serem adotados quando o parâmetro é o texto constitucional, em razão da prevalência de certos princípios e regras⁹³.

Os pontos negativos deste método é que a força do conteúdo da norma constitucional não se sobressai, mas tão somente sua posição hierárquica, o que a impede de conformar até mesmo as emendas constitucionais em comparação ao texto original, bem como o método de SAVIGNY não ter sido desenvolvido pensando num texto constitucional, mas sim em normas de direito privado, conforme advertência de LÊNIO STRECK⁹⁴.

⁹³ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2009. P. 152.

⁹⁴ STRECK, Lênio. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 2014. P. 197.

Apesar dos inconvenientes apontados, este método não pode ser de todo desconsiderado, já que em diversos momentos do processo de interpretação da norma constitucional como parâmetro de controle utiliza-se a análise gramatical do texto e quando fora ele escrito, para por exemplo saber se uma emenda constitucional na forma como aprovada em comparação ao texto original tem ou não consonância fática ou jurídica a ponto de assim ser admitida.

2.2. MÉTODO CIENTÍFICO ESPIRITUAL (Rudolf Smend)

Já por este método *científico espiritual* o intérprete deve buscar encontrar o valor, o sentido axiológico por detrás do texto, seu conteúdo espiritual, sua essência, e defendido por **RUDOLF SMEND**.

Para o autor, a norma não pode ser interpretada fora de seu contexto social e político, pelo que deve-se observar o tempo, a época e as circunstâncias de quando foi escrita.

De fato, não se pode desconsiderar quem interpreta a norma, para quem se interpreta, quando, onde, por que, o que se interpreta, pra qual finalidade, qual o interesse, quais instrumentos foram utilizados para se convencer do resultado, a norma da qual se origina, ou ainda o sistema jurídico onde está inserida? Além dos fatores culturais, sociais, econômicos, políticos e de moral interior, além de formação jurídica, ideias preconcebidas, e premissas da própria verdade interior, tudo deve ser levado em consideração.

Desconsiderar este método apresenta alguns inconvenientes, sobretudo de ordem política, quando a norma foi utilizada tão somente para beneficiar ou prejudicar deliberadamente uma pessoa ou uma coletividade.

Ora, no processo de invalidação da norma, não só se busca uma possível inconstitucionalidade formal, quando há falha no processo de sua elaboração legislativa, mas também quando há intenção desvirtuada do legislador.

No Brasil tivemos o processo de invalidação dos §§1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal por julgamento definitivo do Supremo Tribunal Federal nos autos das ações diretas de inconstitucionalidades ns. 2860 e 2797, que expressamente atribuíam competência diversa da prevista na Constituição em favor de autoridades políticas quando acusadas de atos de improbidade administrativa.

A lei tinha destinatário certo, afastar a competência dos juízes de primeiro grau de jurisdição para processar e julgar grupo de políticos acusados de atos de improbidade administrativa ante a força que ganhava a cada dia a Lei n. 8.429/1992, que visa punir os maus gestores públicos. No entanto, desconsiderada esta finalidade oculta na norma, e se não buscado o real sentido do legislador, não se teria interpretado corretamente sobre sua inconstitucionalidade.

No entanto, a crítica que se faz a este método, e também não se pode deixar de dá credibilidade, é que procurar o espírito da lei pode dá margem à subjetivismo, uma vez que cada intérprete pode procurar o seu sentido do que esteja lendo⁹⁵.

2.3. MÉTODO TÓPICO PROBLEMÁTICO (Theodor Viehweg)

O método *Tópico Problemático* de autoria de THEODOR VIEHWEG procurar interpretar a norma constitucional quando diante do problema surgido, mediante todas as ilações teóricas possíveis, prós e contra as teses surgidas para que se encontre uma solução mais adequada. Seria como um *processo aberto de argumentação*, como esclarece CANOTILHO⁹⁶.

Para o autor da tese, a norma a ser interpretada perante a constituição precisa resolver o problema prático surgido, já que a norma constitucional é ainda mais abrangente e indeterminada que sua lei infraconstitucional.

Embora pese contra este método o suposto casuísmo ilimitado, já que estaria buscando saber se uma norma constitucional pode ou não ser aplicada para uma relação privada muito específica, levando assim consequentemente à falsa

⁹⁵ Ibid., p. 153.

⁹⁶ Ibid., p. 1211.

conclusão de manutenção de lei inconstitucional tão somente porque prejudicaria muitas pessoas, não é de todo inválido, porque é exatamente isso que se faz quando se modula os efeitos de uma decisão de mérito em controle de constitucionalidade.

A modulação dos efeitos é utilizada para manter válido por um período de tempo ou em favor de certas pessoas, mesmo quando já declarada inconstitucional, visando a segurança jurídica, econômica ou política de um dado problema surgido.

2.4. MÉTODO HERMENÊUTICO CONCRETIZADOR (Konrad Hesse)

O método hermenêutico concretizador de autoria de **KONRAD HESSE** pressupõe que a interpretação constitucional concretiza a realidade investigada, já que não haveria possibilidade de aplicar a constituição sem a solução de problemas concretos⁹⁷.

Assim, sugere o autor que se conheça a norma, e compreenda-se o problema que dela decorreu para daí encontrar uma solução que a torne concreta, real, porém com primazia da norma sobre o problema, evitando o suposto casuísmo interpretativo.

Essa primazia da norma pressupõe a ideia do autor de que a constituição tem sua força normativa e deve ser sempre protegida, mesmo que precise para tanto invalidar outras normas e até mesmo emendas à constituição.

Em *A Força Normativa da Constituição* KONRAD HESSE⁹⁸ apresenta sua teoria de que ao contrário do pensamento de FERDINAND LASSALLE, que só reconhecia à Constituição um papel meramente político, e sem compromisso com o que nela estava escrito, entende o autor deste método que os “*fatores reais de poder*”, como os fatores históricos, políticos e sociais interferem na interpretação

⁹⁷ Ibid., p. 1212. NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2009. P. 156.

⁹⁸ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1991.

constitucional, com a atuação de todos os atores sociais, sejam representantes políticos, classes ou organizações sociais ou mesmo o próprio governo.

Deste modo, e por este método, a norma constituição não só não pode ser interpretada isolada do sistema jurídico onde está inserida, como também não pode se abster de decidir a vida social para a qual foi escrita.

2.5. MÉTODO NORMATIVO ESTRUTURANTE (Friedrich Müller)

Atribuído à **FRIEDRICH MÜLLER** a metódica de interpretar as normas constitucionais com foco na sua concretização, buscando-se a essência do conteúdo da norma, ou sua *normatividade* não se distanciando assim dos elementos clássicos de interpretação de *Savigny*, como os elementos gramatical, histórico, genético, sistemático e teleológico⁹⁹.

Por este método o intérprete deve voltar sua atenção na resolução prática do problema humano concreto, com foco na estrutura intrínseca da norma e de seu conteúdo normativo¹⁰⁰.

No entanto adverte o próprio autor deste método que “*não se trata das peculiaridades efetivas do caso concreto por resolver, senão dos elementos materiais da própria norma jurídica*”¹⁰¹, mas sim de que maneira a realidade social influencia a concretização da norma.

Em crítica ao positivismo de **KELSEN**, **MÜLLER** chega a afirmar ser um erro que a norma hipotética seja uma ordem abstrata de dever ser, mas sim uma norma de *caráter aberto* que oferece estrutura apta a ensejar as mais variadas interpretações possíveis com “*amplitude e dinâmica de seu âmbito de regulação*”¹⁰².

⁹⁹ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2009. P. 157.

¹⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Edições Almedina. 2003. P. 1213..

¹⁰¹ MÜLLER, Friedrich. Teses sobre a estrutura das normas jurídicas. Texto traduzido do espanhol por Rossan Ingrid Jansen dos Santos, revisto por Sinéia dos Santos Rosa e Daniela de Abreu Santos. **Revista dos Tribunais**. Ano 102, março de 2013, Volume n. 929. P. 194.

¹⁰² *Ibid.*, p. 201.

Para o autor já não é suficiente a lógica hermenêutica clássica de interpretação das normas, com seus elementos acima mencionados, por não conseguirem concretizar os múltiplos conflitos baseados nos direitos fundamentais.

Sugere o autor que “*fatores normativos adicionais (econômico social, sociológico, de Estado)*”¹⁰³ influenciam a jurisprudência constitucional, citando inclusive decisões do Tribunal Constitucional Alemão neste sentido que não deixou de considerá-los durante a interpretação de normas sobre direitos fundamentais, concretizando assim a normatividade por detrás do texto.

2.6. MÉTODO CONCRETISTA DA CONSTITUIÇÃO ABERTA (Peter Haberle)

Por fim, e apesar de não objetivar essencialmente a concretude das normas constitucionais, PETER HÄBERLE, chamou de “*sociedade aberta de intérpretes*”¹⁰⁴, como a possibilidade que se confere a todo aquele que tem o dever de cumprir a norma constitucional, em especial aquelas que expressam direitos fundamentais.

É que não se trata de uma técnica de como encontrar a solução concreta a um problema proposto baseado em norma constitucional, mas sim de atribuir a todo aquele que tem o dever de manter a força da Constituição e ser um de seus vários intérpretes.

Pressupõe o autor que como todos tem o dever de cumprir as normas constitucionais, não deveria existir apenas um intérprete legitimado, mas sim uma “*sociedade aberta de intérpretes*”.

Por essa tese, se todos tem essa obrigação, muito mais o juiz singular, como possível intérprete final da norma num caso concreto, em especial quando não houver recursos contra sua decisão.

¹⁰³ Ibid., p. 204.

¹⁰⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris. 1997.

Diferentemente do guardião da constituição, como único tribunal constitucional de um país, não só o juiz singular mas também todos aqueles que se relacionem horizontalmente com outro particular também deverá observar suas disposições.

É que não observar o texto constitucional nas relações privadas importa em graves riscos sociais, sobretudo nas contratações de massa globalizadas, sem a personalidade comum das avenças, em desprestígio, por exemplo, da dignidade da pessoa humana em favor do poder econômico.

Deste modo, atribuir ao destinatário da norma constitucional também a responsabilidade por zelá-la e fazê-la cumprir, não se afeiçoa enfraquecer seu conteúdo normativo, mas sim dar maior autoridade, já que haverá infinitos defensores de seu texto.

CAPÍTULO III - DOS PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Os métodos interpretativos acima mencionados não teriam por si a capacidade de resolver os problemas sociais surgidos sem o suporte de princípios interpretativos que garantam a própria existência do sistema constitucional no qual estão inseridos.

E não se pode desconsiderar a existência desses princípios a serem abaixo anunciados pois tornaria a norma constitucional apenas uma lei de hierarquia superior, com possibilidade de ser interpretada em menor abrangência do que dela se espera.

A importância de buscar suporte em princípios constitucionais ganha relevância quando o ordenamento jurídico a ela inferior não consegue resolver os problemas surgidos pelo aparente conflito entre suas disposições.

Estes conflitos normativos são possíveis em razão da própria dinâmica social que apresenta vários segmentos de interesses econômicos, políticos, sociais e culturais divergentes, e obviamente não coincidentes, influenciando deste modo o processo legislativo.

Assim, para a solução da aparente colisão entre normas constitucionais e seus princípios, os critérios tradicionais de solução dos conflitos próprios das normas infraconstitucionais, que utilizam o plano da vigência e da validade não se mostram aptos para tanto¹⁰⁵.

Lembrando que por princípios entenda-se as normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 328 e 329.

existentes, estabelecendo um caro valor de nobres objetivos Já as regras são normas que precisam ser cumpridas na exata medida de suas disposições¹⁰⁶.

Já quando houver conflito entre duas normas que expressam regras, uma deverá prevalecer sobre a outra, ante a impossibilidade de ambas estarem no mesmo sentido. Inclusive, no texto constitucional brasileiro há várias regras de aplicação de incidência tributária com clara instituição de tributos em favor dos entes políticos da República. E caso uma hipótese fática de exação seja prevista em favor de dois entes políticos, haverá a bitributação, com afastamento de uma das hipóteses previstas, privilegiando aquela que mantivesse equilibrada a repartição da arrecadação tributária.

Por outro lado, quando a colisão é aparentemente entre princípios, deve-se buscar a solução que harmonize ambos, sem invalidá-los, já que possível aproveitá-lo a outras hipóteses.

Utilizando mais uma vez o Direito Tributário, tem-se o princípio da estrita legalidade tributária, com incidência de impostos apenas quando previstos em lei, e o princípio da vedação do efeito confiscatório dos tributos, pelo qual a exação não pode ser superior à capacidade econômica do contribuinte, sob pena de tornar inviável sua vida financeira ou mesmo economias domésticas. E na hipótese de uma colisão entre estes princípios, a opção pela manutenção da instituição do imposto, porém sob certas hipóteses fáticas que não ensejem o aniquilamento econômico do contribuinte, favorece a manutenção de ambos no sistema jurídico constitucional tributário.

ALEXY lembra ainda que esta solução passa pela observância do caso concreto, porém considera absoluto o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰⁷.

Com idêntica advertência, e em obra coletiva, porém na parte a ele dedicada, INGO SARLET¹⁰⁸ observa que a interpretação constitucional visa também

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução da 5ª edição por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. P. 90.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução da 5ª edição por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. P. 96 e 111.

a solução de problemas jurídico constitucionais, com observância da distinção entre texto e norma, pois esta seria o resultado concreto daquele.

De fato, interpretar as normas é trazê-las à vida, retirá-las do plano das ideias, pois foram pensadas exatamente para esta finalidade, serem aplicadas.

E as normas que expressam direitos fundamentais trazem ainda uma maior singularidade por se referirem a interesses entre pessoas e o Estado ou apenas entre pessoas, cuja base é a própria existência do ser humano.

Encontrar um método interpretativo da ciência do Direito que solucione aparentes colusões entre direitos fundamentais, por exemplo, não é tarefa das mais simples, já que cada um dos princípios assim interpretativos visa garantir uma parcela desse sonho maior que é uma sociedade mais justa e solidária.

A seguinte os princípios que auxiliarão à compreensão dessas supostas colusões de direitos: Princípio da Supremacia da Constituição; Princípio da unidade da Constituição; Princípio da máxima efetividade; Princípio da força normativa da Constituição; Princípio da interpretação conforme à Constituição.

3.1. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A supremacia da Constituição pressupõe esteja ela no topo da hierarquia descendente de normas de um dado sistema jurídico, da qual decorrem todas as demais como substrato de suas disposições¹⁰⁹.

Esta supremacia pressupõe que os direitos individuais e coletivos nela previstos e suas garantias, o conteúdo expresso de organização do Estado, e o processo mais dificultoso de sua origem e emenda.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 205.

¹⁰⁹ Ibid., p. 215.

Decorre deste princípio todo o controle de constitucionalidade, já que as normas infraconstitucionais é que devem buscar no texto constitucional sua validade e eficácia, e não o contrário.

Por mais recente ou aparentemente mais moderna que seja a norma, deve ela buscar sua harmonia com o atual texto constitucional, sob pena de torná-la um meteoro do sistema jurídico, que por algum tempo orbita mas uma dia se choca com outra previsão em sentido oposto.

3.2. PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Por este princípio, a norma constitucional não deve ser interpretada fora do sistema no qual orbita, pois cada uma se interrelaciona com as demais, não devendo haver opção em detrimento dos demais.

É que no texto constitucional não se pode encontrar antinomias ou contradições¹¹⁰, muito menos hierarquia entre as normas constitucionais¹¹¹, pois o todo expressa uma perfeição jurídica de escolha da sociedade ideal, aquela para qual todos almejamos, não havendo deste modo amparo para a declaração de inconstitucionalidade do texto original da Constituição.

Admitir haver uma parte do texto com maior relevo que as demais enfraqueceria toda a norma, já que não seria impossível supor haver sempre uma tentativa de se elevar a parte que se almeja vê garantida, em detrimento das demais.

É da unidade da constituição que decorre por obviedade a força normativa da Constituição desenvolvida por KONRAD HESSE¹¹², pois seu poder de influência e resolução dos graves conflitos sociais passa por essa especial qualidade da norma em se auto integrar no sistema de normas onde orbita.

¹¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Edições Almedina. 2003. P. 1223.

¹¹¹ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2009. P. 168.

¹¹² HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1991. P. 21.

3.3. PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

A busca pela máxima efetividade possível das normas constitucionais desloca o interpreta do plano meramente filosófico do Direito para o dia a dia, o factual, o plano real, da vida cotidiana.

Desconsiderar que a norma constitucional faz parte da vida social e transformá-la apenas no hipotético, surreal, imaginário, é deixar de considerar que suas disposições foram previstas exatamente para conformar todas as relações sociais e estas para o Estado.

Não se dissociar a realidade do Direito. Este só existe para por ordem nos litígios que surgem das pessoas.

Por este modo, estipular um direito fundamental e não prevê como o garantir, não é dá máxima efetividade às normas constitucionais, e por consequência, perde-se força normativa do próprio texto e também o caráter unitário das disposições constitucionais.

De que adiantaria prevê um direito social como o da saúde pública sem os instrumentos que o efetivassem? Dizer que todos são iguais perante a lei pode significar tão somente uma promessa, caso desacompanhada dos instrumentos processuais que o assegure, como as ações constitucionais de tutela de liberdades de ir e vir e garantia do patrimônio.

3.4. PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Antes de uma premissa do ser uma norma constitucional, a força normativa de Constituição é o resultado da garantia de se tutelar sua máxima eficácia e efetividade, pois será tanto menor sua atuação quanto menor for sua capacidade de garantir os direitos fundamentais que nela expressamos.

Esta normatividade constitucional pressupõe não ser uma simples promessa ou um ideal, mas algo executável, palpável, concreto, que possa ser exigido de quem a desrespeite. Sem essa garantia de que serviria prevê tantos direitos e garantias individuais sem a possibilidade de os concretizar?

Porém tal concretude não ilide ou afasta os elementos sociais, políticos e econômicos de suas consequências, como já advertia seu autor, KONRAD HESSE¹¹³, já que não há como se desvencilhar os fatos do direito.

Esse papel garantidor ou guardião da autoridade máxima do texto constitucional cabe essencialmente à Corte Constitucional, como previsto no art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo dela a última palavra em tal controle, mantendo o texto constitucional com a ideia fundante, representando deste modo a força do Estado de Direito Democrático.

3.5. PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

Por este princípio a norma ou o ato jurídico deve ser interpretado à luz do que prevê ou espera o sentido do texto constitucional vigente, por se supor terem sido obedecidos os ditamos constitucionais quando de sua elaboração.

É que sendo a constituição a fonte de onde provem a expressa autorização legislativa para a inovação da ordem jurídica, pois organiza o estado e prevê os direitos básicos da pessoa humana, bem como seus deveres sociais e políticos, supor ser uma lei inconstitucional passa a ser contraditório.

Enquanto não afastada, anulada, invalidada ou mesmo interpretada como contrária à constituição, a norma deve ser tida como válida, eficaz e apta a produzir os efeitos para a qual se destina, exatamente por ter supostamente seguido o processo legislativo previamente previsto para sua elaboração e sanção presidencial.

¹¹³ Ibid., p. 20.

E no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, há pelo menos dois momentos distintos para o prévio controle de sua conformidade com os preceitos e balizas constitucionais. O primeiro, interno nas Casas Legislativas, Câmara dos Deputados e Senado Federal (arts. 51 e 52 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), pelas chamadas comissões de constituição e justiça, que poderão impedir inclusive a tramitação de projeto de lei ou de emenda à constituição contrários aos dispositivos constitucionais. E o segundo momento, e desde que não se refira às emendas constitucionais, que independem de sanção da presidência, quando da análise de sanção ou veto pela Presidência da República dos projetos de lei aprovados pelas duas referidas Casas Legislativas (§1º do art. 66).

Logo, encerrado o longo percurso do processo legislativo, desde a iniciativa do projeto, inclusive observando-se os temas restritos à iniciativa de certas pessoas ou entidades, como as matérias de lei de iniciativa do Poder Executivo, passando pelas comissões temáticas (Constituição e Justiça, Comissão Econômica, entre outras), votações em duas casas nas comissões e nos Plenários, com quoruns simples ou qualificados, até a sanção ou veto da Presidência da República, deve-se deste modo sim presumir a conformidade de suas disposições ao texto constitucional.

Por este princípio busca-se ao máximo aproveitar a norma por esta presunção, evitando o desperdício do tempo e dos recursos públicos e políticos utilizados para sua elaboração, como também o desperdício de um possível sentido que não a torne inconstitucional.

Em assim observando, e havendo dois ou mais sentidos interpretativos, deve-se priorizar aquele que não só mantenha a norma constitucional, ou conforme a Constituição, como também aquele que melhor se alinhe com os princípios norteadores de suas disposições¹¹⁴.

¹¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Edições Almedina. 2003. P. 1227.

Importante frisar que as normas constitucionais, inclusive seus princípios implícitos, como a dignidade da pessoa humana, não expressamente positivados por exemplo, é que são os parâmetros de controle, ou seja, as metas a serem alcançadas, e não o contrário. Por assim, interpreta-se a norma infraconstitucional olhando para a norma constitucional, nunca o contrário.

Não há qualquer superioridade da norma infraconstitucional frente a constitucional, seja em razão do tempo ou da temática que aborda. O que pode ser inconstitucional é a norma ordinária infraconstitucional ou mesmo um texto de emenda à constituição.

E apesar de não ser razoável supor hierarquia ou superioridade de parte do texto original de uma norma constitucional em relação ao restante dela, exatamente por enfraquecer sua força normativa, não é impossível supor que uma alteração por emenda possa, em tese, tentar desvirtuar o sistema por ela adotado¹¹⁵.

Deste modo, a emenda pode ser objeto de controle de constitucionalidade, sendo o texto original seu parâmetro de controle, o alvo a ser perseguido.

E nesta hipótese, o controle de constitucionalidade passa a ser ainda mais delicado, exatamente pelo processo rígido de sua alteração, com votações mais qualificadas durante seu processo legislativo.

É que não só precisa ser harmônico e prático o sentido de todo o texto constitucional, como também as normas jurídicas dele decorrentes. O sistema legal tem que ser coeso e coerente.

Voltando, e ultrapassado o momento de controle prévio de constitucionalidade pelo Poder Legislativo e Executivo, como dito, ao Judiciário cabe esta tarefa de dizer o que seria ao final essa conformidade constitucional.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 218..

E embora às Cortes Constitucionais caibam dizer o direito com definitividade, e dá a última palavra em controle de constitucionalidade pela própria previsão constitucional das matérias de suas competências, não se retira do juiz singular esta possibilidade, pois igualmente existe para que o Direito, o Justo, o Equilíbrio seja aplicado.

Assim, não há qualquer vedação da interpretação conforme a ser adotada como técnica ou princípio interpretativo visando afastar um sentido inconstitucional de uma norma utilizada pelas partes como objeto de controle de constitucionalidade. Contraditório seria o juiz aplicar uma norma num sentido contrário à Constituição por lhe faltar tal competência.

A aplicação deste princípio deduz a compreensão dos demais princípios interpretativos, como o da supremacia da Constituição, por ser sua norma o parâmetro de controle; o da presunção de constitucionalidade da norma investigada, ante a suposição de ter passado por todo o processo legislativo para existir; força normativa da Constituição, exatamente por garantir que esteja esta acima dos critérios interpretativos; princípio da máxima efetividade, em razão da busca de um sentido que torne a norma constitucional mais concreta e executável possível; e efeito integrador, evitando que as normas infraconstitucionais colidam com os princípios adotados pelo texto constitucional.

Por fim, deve-se evitar a aplicação deste princípio quando a norma ou o ato jurídico em análise não tem mais de um sentido possível, ou seja, quando evidentemente inconstitucional qualquer interpretação a que se possa dele alcançar¹¹⁶ e deve-se declará-lo inconstitucional.

¹¹⁶ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2009. P. 166.

CAPÍTULO IV – DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Como se viu acima, os métodos e os princípios interpretativos do texto constitucional são caminhos científicos utilizados para a análise dos fatos sociais, compreensão das normas jurídicas e busca da efetivação de suas disposições.

Já a interpretação judicial, diversamente da que ocorre por qualquer pessoa, tem a característica especial de ser a última, a que fica, aquela que pode ser executada mesmo contrariamente à vontade do que dela não se beneficia.

A jurisdição, que é dizer o Direito com definitividade, é uma das três funções da República, em Estados democráticos, pela qual os juízes encontram soluções jurídicas para os problemas sociais surgidos.

A atuação desses julgadores delimita-se pela distribuição de certas competências, como fatias deste todo que é a jurisdição.

Tais competências são estruturadas em forma de hierarquia entre Tribunais e juízes pelas quais limita-se a atuação de cada órgão jurisdicional à sua parcela correspondente, devendo, como se verá, em alguns aspectos, uma instância inferior observar vinculadamente o que fora decidido pela instância mais a acima.

O desenvolvimento das técnicas dessas decisões pelos vários níveis da hierarquia jurisdicional, seja pelo controle concentrado ou pelo difuso, é o que se aborda a partir de então, pois cada órgão possui um modo peculiar pelo qual diz o direito e informa as consequências de sua interpretação.

4.1. DAS TÉCNICAS DE DECISÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Pelo caráter normativo das disposições constitucionais e sua coesão textual, as normas jurídicas infraconstitucionais recebem dela não só autorização para existirem, como também as matérias pelos quais podem dispor, passando assim a gozar de presunção de conformidade quando passam pelo processo legislativo lá previsto.

Daí buscar por técnicas de interpretação visando mantê-las no sistema jurídico, quando possível compreendê-las, sob determinado enfoque constitucional.

4.1.1. O CONTROLE CONCENTRADO E O CONTROLE DIFUSO

Quando nenhuma interpretação constitucional é possível, afasta-se a norma ou seu dispositivo do sistema jurídico declarando-a inconstitucional em controle direto pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 97 da Constituição da República do Brasil de 1988), ou de forma indireta pelos juízes de primeiro grau, posto que todos devem proteger a Constituição.

Quando a análise de constitucionalidade se dá no plano abstrato, sem partes subjetivas denomina-se controle concentrado de constitucionalidade, e quando se dá no plano concreto, com partes identificáveis, denomina-se controle difuso de constitucionalidade.

O controle concentrado tem legitimados extraordinários que substituem os beneficiários da medida. E no controle difuso a questão constitucional é incidental ao pedido principal da demanda formulado pelo próprio interessado.

Tal afastamento da norma ou ato administrativo por inconstitucionalidade pressupõe ofensa direta ao comando constitucional em parâmetro, e importa e revogação de parte do texto impugnado ou inaplicabilidade de um dos sentidos de sua interpretação.

Encerrando este tópico, recorda-se a advertência feita por J. J. CANOTILHO quanto aos méritos e deméritos destas duas modalidades de controle de constitucionalidade, já que o controle concentrado apesar de trazer maior segurança jurídica por deter o Tribunal Constitucional intensa influência na rápida solução sumária das várias possibilidades de conflito, em contraposição ao controle difuso no qual embora seja mais eficaz em sistemas judiciais baseados no direito costumeiro, pela força da autoridade social do juiz, se presta também a ser a salvaguarda potencial de constitucionalidade.

4.1.2. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM E SEM REDUÇÃO DO TEXTO

Em havendo redução ou supressão do texto ou de parte do texto da norma, deve-se manter sua coesão interpretativa da parte remanescente. Em não havendo, indica-se em qual ou quais sentidos a norma torna-se inconstitucional, remanescendo obviamente um que a mantém válida no sistema.

Na inconstitucionalidade parcial com redução do texto, um sinal ortográfico, uma palavra, uma expressão ou toda a norma é anulada por inconstitucionalidade. Já na hipótese de ser declarado um sentido interpretativo como contrário à Constituição, haverá inconstitucionalidade sem redução do texto.

4.1.3. A DIFERENÇA ENTRE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DO TEXTO E A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

A inconstitucionalidade parcial sem redução do texto diferencia-se da interpretação conforme, pois aquela técnica de decisão pressupõe uma afirmação positiva de que parte da norma está contrária à norma fundante, enquanto na interpretação conforme mantém-se a norma como promulgada, por ter sido encontrado um sentido que mantém no sistema, conforme apontado por LÊNIO STRECK¹¹⁷.

No entanto, observa-se que eventualmente o Supremo Tribunal Federal funde ambos os institutos quando utiliza a técnica da interpretação conforme¹¹⁸. É

¹¹⁷ STRECK, Lênio. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 2014. P. 772.

¹¹⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 10149153 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 2. A EXPRESSÃO "RESSALVADA A FILIAÇÃO", CONSTANTE DO INCISO V DO ART. 44 DA LEI Nº 8.625, DE 12.2.93. 3. Dispositivo que permite a filiação de membros do Ministério Público a partido político. 4. Alegação de incompatibilidade com o art. 128, § 5º, inciso II, da Constituição. 5. Ação julgada procedente, em parte, para, sem redução de texto, dar ao inciso V do art. 44 da Lei nº 8.625, de 12.2.93, interpretação conforme a Constituição, para fixar como única exegese constitucionalmente possível aquela que apenas admite a filiação partidária de representante do Ministério Público dos Estados-membros, se realizadas nas hipóteses de afastamento, do integrante do Parquet, de suas funções institucionais, mediante licença, nos termos

que sendo utilizada esta última técnica, é desnecessária a menção de ser sem redução do texto, posto que sendo a interpretada dada conforme à Carta Magna, sempre nunca haverá redução do texto.

A interpretação conforme pressupõe a manutenção de um sentido compatível com a norma constitucional paradigma, já a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto parte da premissa que uma fração da norma objeto é inconstitucional, se aplicada como se encontrada.

Quanto a técnica da interpretação conforme, só há lei que a disponha no controle concentrado, (parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/1999), evitando a declaração desnecessária de inconstitucionalidade, quando possível manter a norma válida utilizando-se uma das interpretações possíveis que não a torne inconstitucional.

Por esta técnica de interpretação, o julgador adota uma possibilidade de interpretar a norma mantendo-a constitucional ou afastando uma interpretação que a torna inconstitucional, com ou sem redução do texto impugnado.

Para CRISTINA QUEIROZ “a interpretação conforme não resulta do ‘texto da norma’, mas de sua aplicação a casos particulares”¹¹⁹, permitindo mantê-la válida para novas e futuras aplicações sem invalidá-la. Já para JORGE MIRANDA ¹²⁰ não se trata de “uma regra de interpretação, mas um método de fiscalização de constitucionalidade”, pois visa mais uma economia do ordenamento jurídico com o máximo de aproveitamento possível de seus textos normativos, do que efetivamente uma presunção de constitucionalidade.

Sobre o tema, interpretação conforme em controle difuso de constitucionalidade, a doutrina pouco trata¹²¹.

da lei. (Supremo Tribunal Federal STF; ADI 1.377-7; Tribunal Pleno; Rel. Desig. Min. Nelson Jobim; Julg. 03/06/1998; DJU 16/02/2006)

¹¹⁹ QUEIROZ, Cristina. Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra editora. 2000.P. 342.

¹²⁰ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e Constituição. Coimbra: Coimbra editora. 2002. P. 660.

¹²¹ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado. 4ª edição. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 689; NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3ª edição. São

Assim como no Brasil, em Portugal utiliza-se a técnica da interpretação conforme quando há polissemia de sentidos em uma norma, mantendo-se no sistema quando possível interpretá-la ainda constitucional¹²².

A relevância desta técnica interpretativa se mostra mais evidente quando se observa a advertência de que se deve buscar mais a intenção do legislador do que aquilo que nos parece melhor, ainda que mais justo¹²³.

Por todos esses fundamentos, pela técnica da interpretação conforme o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a Lei Fundamental¹²⁴, com ou sem redução do texto impugnado.

Também não se pode deixar de registrar o arrastamento de normas vinculadas por prejudicialidade ou conexas por lógica jurídica, quando da declaração de inconstitucionalidade de parte ou de todo o texto de uma norma.

O arrastamento por inconstitucionalidade retira do sistema jurídico fragmentos ou até mesmo normas inteiras que dependiam daquela afetada pelo controle de constitucionalidade.

4.2. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A organização do Poder Judiciário brasileiro baseia-se na distribuição de competência jurisdicional estabelecida no texto constitucional e é hierarquizada tendo no ápice o Supremo Tribunal Federal, cuja competência está prevista no art. 102, sendo não só a última instância recursal como também a Corte Constitucional e

Paulo: Editora Método, 2009. P. 165; e MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24ª edição. Editora Atlas. São Paulo: Editora Atlas, 2009. P. 16.

¹²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Edições Almedina, Coimbra Portugal, 2003. P. 958.

¹²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 406.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 194.

a Corte originária para o foro por prerrogativa de função de autoridades da República quando acusadas da prática de ilícitos.

Logo abaixo, e num mesmo plano hierárquico horizontal estão os tribunais superiores, responsáveis pela uniformização da jurisprudência infraconstitucional em matérias específicas: o Superior Tribunal de Justiça (art. 105); o Tribunal Superior do Trabalho (arts. 111 a 114); o Tribunal Superior Eleitoral (arts. 118 a 121); e o Superior Tribunal Militar (arts. 122 a 124). Enquanto os Tribunais Superiores especializados (Eleitoral, do Trabalho e o Militar) só decidem temas específicos destas matérias, o Superior Tribunal de Justiça é o responsável residualmente pelas questões não afetas aqueles outros estando num plano hierárquico superior à Justiça Federal e à Justiça dos Estados e Distrito Federal.

Em seguida, e abaixo dos Tribunais Superiores estão também num plano horizontal os Tribunais Regionais Federais (art. 108 a 109), os Tribunais Regionais do Trabalho (arts. 113 e 114), os Tribunais Regionais Eleitorais (arts. 120 e 121), os Tribunais Militares (arts. 122 a 124), e os Tribunais de Justiça e do Distrito Federal e Territórios (art. 125). Os Tribunais de Justiça e do Distrito Federal e Territórios diferenciam-se dos Tribunais Regionais porque há pelo menos um para cada uma das 27 unidades federadas, enquanto os Tribunais Regionais englobam parte do Território Nacional, nem sempre coincidindo com sua divisão política.

Por fim, e no primeiro grau de jurisdição estão os juízes singulares, que decidem monocraticamente, separados por competências. Existem os juízes federais (art. 109 e 110), os juízes do trabalho (art. 114), os juízes eleitorais (arts. 121), e os juízes de direito (art. 125), estes últimos detendo competência constitucional residual das demais instâncias do Poder Judiciário, quando não especificamente indicada para aquelas outras.

Além dessas unidades jurisdicionais ainda existem em nossa estrutura judicial as chamadas Turmas Recursais da Justiça Federal e da Justiça Estadual, como instâncias superiores ao Juizados Especiais cíveis, criminais e previdenciários, mas que não realizam controle concentrado de constitucionalidade, apenas o difuso.

4.2.1. AS AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE CONTROLE CONCENTRADO - ADI, ADC e ADPF

No Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, tendo como parâmetro norma contida na Constituição da República (alínea “a”, do inciso I do art. 102 da Constituição da República de 1988).

O objeto do controle de constitucionalidade então é a lei ou o ato normativo e o parâmetro de controle é a norma constitucional. Nunca o inverso, a norma constitucional não deve ser objeto de controle de constitucionalidade tendo a norma ou o ato normativo infraconstitucional como parâmetro, pois o que se deve garantir é a força normativa do texto constitucional.

E por lei federal entende-se as normas jurídicas advindas do Poder Legislativo da União, formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. São elas: as emendas à Constituição da República; as leis complementares; as leis ordinárias; as leis delegadas; os decretos legislativos; e as resoluções (art. 59).

E por lei estadual as mesmas espécies normativas só que advindas das 26 (vinte e seis) casas legislativas das unidades da Federação e do Distrito Federal, inclusive as próprias Constituições desses Estados¹²⁵.

Já por ato normativo federal impugnado frente à Constituição entende-se o ato administrativo erigido por qualquer dos três Poderes da República no plano federal, desde que contenham os elementos de “*abstração, generalidade, autonomia e impessoalidade*”¹²⁶, seja emitido pelo Legislativo Federal (Câmara dos Deputados, Senado Federal ou Congresso Nacional, tais como seus próprios regimentos internos); pelo Poder Executivo da União (atos da Presidência da República, como as Medidas Provisórias, os Decretos e os atos dos Ministros de Estado, tais como as

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 924.

¹²⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-AgR 2.630; RJ; Tribunal Pleno; Rel. Min. Celso de Mello; Julg. 16/10/2014; DJE 19/11/2014; Pág. 35.

Portarias, circulares, instruções normativas); ou os atos normativos administrativos emitidos pelo Judiciário da União (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar, além dos atos administrativos dos Tribunais Regionais Federais, tais como as resoluções, ou os regimentos internos. Deve-se ainda serem aqui incluídos os atos administrativos do Conselho Nacional de Justiça e os atos do Conselho Nacional do Ministério Público, por serem órgãos de controle da administração da Justiça e do Ministério Público em todo o território nacional, por não terem características de atos judiciais.

E por ato normativo estadual impugnado frente à Constituição da República entende-se o ato administrativo erigido por qualquer dos três Poderes dos entes federados estaduais ou do Distrito Federal, desde que igualmente contenham os mesmos elementos de “*abstração, generalidade, autonomia e impessoalidade*”, e seja emitidos pelo Legislativo Estadual (Assembleia Legislativa, tais como seus regimentos internos); pelo Poder Executivo dos Estados e do DF (atos dos Governadores de Estados, como as Medidas Provisórias, os Decretos e os atos das Secretarias de Estado, como as Portarias, circulares, instruções normativas); ou os atos normativos administrativos emitidos pelo Poder Judiciário dos Estado e do DF (Tribunais de Justiça e Tribunal da Justiça do Distrito Federal e Territórios).

No entanto, não admite o Supremo Tribunal Federal o controle concentrado de constitucionalidade em ato normativo de efeito concreto, como aquele que só beneficia ou atinge parcela restrita e identificável da sociedade, exatamente porque tais decisões precisam ter eficácia contra todos e não apenas para os minimamente atingidos pela norma concreta¹²⁷ (§2º do art. 102 da Constituição da República).

O texto originário da atual Constituição da República não é objeto de controle de constitucionalidade exatamente para manter sua força normativa, ante a ausência de hierarquia de suas disposições internas. Já que se uma parte dela

¹²⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO DE CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. Impugnação da constitucionalidade de norma estadual no Tribunal de Justiça. Parâmetro: cons tituição estadual. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal STF; RE-AgR 656.160; SP; Segunda Turma; Relª Minª Carmen Lúcia; Julg. 05/08/2014; DJE 18/08/2014; Pág. 42)

preponderasse sobre outra, enfraqueceria o conjunto na medida que os anseios pessoais de interpretação buscariam privilegiar os interesses menores.

Embora o texto original da atual Constituição não seja objeto de controle, por ser primário no atual sistema normativo, os textos das Emendas à Constituição, podem ser não só objeto de controle, tendo como parâmetro o texto constitucional original, como também podem ser parâmetro, para normas ou atos normativos infraconstitucionais. É que sendo as emendas fruto do poder constituinte reformador devem obediência à conformação política originária do atual sistema normativo, não podendo assim desvirtuar o planejamento institucional adotado.

Neste sentido há expressa vedação de alteração constitucional no §4º do art. 60 da atual Constituição republicana brasileira, impedindo inclusive seja objeto de deliberação por Casa Legislativa da proposta de emenda que tenda, dirija-se ou encaminhe-se a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e as garantias individuais, sendo assim conhecidas como *cláusulas pétreas*.

A expressão *cláusulas pétreas* tem sido utilizada como suporte interpretativo à impossibilidade de diminuição do alcance de sua proteção, em harmonia a dicotomia rigidez e flexibilidade desenvolvida por BRYCE e DICEY¹²⁸, para os quais rígida é a norma constitucional para a qual o processo de alteração é mais dificultoso que o flexível, de ordinária mudança.

E ainda como limites ao poder constituinte reformador observa-se que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, quando ratificados por três quintos em dois turnos de votação por cada Casa do Congresso Nacional, não só igualam-se às emendas constitucionais como também passam a ser parâmetros de controle de constitucionalidade, conforme previsto no §3 do art. 5º da Constituição da República.

¹²⁸ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e Constituição. Coimbra: Coimbra editora. 2002. P. 581.

Já os textos constitucionais anteriores não são nem objeto e nem parâmetro de controle das normas atuais. Não são objeto porque sendo anteriores prescindem, por lógica jurídica, de que suas disposições previssem os futuros comandos constitucionais. E não são parâmetros porque é a atual constituição que precisa ser garantida e não as anteriores.

Assim, não se deve declarar inconstitucionais mas sim não recepcionadas as normas ou os atos normativos que estejam sendo objeto de controle de constitucionalidade, se anteriores à norma constitucional parâmetro. É que a declaração de invalidação constitucional pressupõe ofensa direta, o que não seria possível se anterior às suas disposições.

Igualmente não se admite o controle concentrado perante aquela Corte Constitucional, como objeto, leis ou atos normativos dos Municípios, os quais estão sujeitos ao controle de constitucionalidade perante os Tribunais de Justiça (§2º do art. 125 da CR), já que seu parâmetro é a Constituição do Estado membro respectivo, podendo no entanto a questão ainda aporatar no Supremo Tribunal Federal por meio de Recurso Extraordinário, se contrariar disposição constitucional igualmente prevista na Carta Magna (alínea c do inciso III do art. 102 da CR), chamada norma de repetição obrigatória¹²⁹.

E ainda quanto ao controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal observa-se também que o constituinte brasileiro só admite a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, e não dessas espécies normativas emitidas pelos Estados federados ou pelo Distrito Federal.

¹²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 10258628 - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DE CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 280/STF. PRECEDENTES. 1. Para que seja admissível recurso extraordinário de ação direta de inconstitucionalidade processada no âmbito do tribunal local, é imprescindível que o parâmetro de controle normativo local corresponda à norma de repetição obrigatória da Constituição Federal. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação local. Incidência da Súmula nº 280 do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal STF; AI-AgR 694.299; RJ; Primeira Turma; Rel. Min. Dias Toffoli; Julg. 13/08/2013; DJE 17/02/2014; Pág. 22)

Pela ação direta de inconstitucionalidade – ADI, a Corte afasta do sistema jurídico toda ou parte da lei ou do ato normativo que comparado à norma constitucional se mostra com ela contrário ou incompatível. Já na ação direta de constitucionalidade – ADC o fim é inverso, busca-se evitar a multiplicação ou o crescimento de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação de norma federal ou ato normativo federal que gere *dúvida*¹³⁰ sobre sua constitucionalidade, e nem sempre divergência interpretativa.

Interessante observar neste ponto que a própria existência da ação direta de constitucionalidade é a confirmação do controle difuso de constitucionalidade praticados pelos juízes de primeiro grau e também pelos Tribunais estaduais, pois evita ela, como dito, a incerteza ou a dúvida sobre uma interpretação constitucional dada à norma federal ou ao ato normativo federal.

Em regulamentação da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade há a Lei Federal n. 9.868/1999 que estipula o modo como tais ações constitucionais se processam perante o Supremo Tribunal Federal, exigindo a presença de pelo menos 08 (oito) Ministros para suas deliberações, prevendo também a possibilidade de concessão de medida cautelar nessas duas ações desde que votem concordes “*a maioria absoluta dos membros do Tribunal, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado*” (arts. 10 e 22 da Lei n. 9.868/1999).

Para a hipótese de declarar a inconstitucionalidade por omissão de medida que vise tornar efetiva norma constitucional, o §2º do art. 103 da Constituição da República prevê que a Corte Constitucional brasileira deverá cientificar o Poder competente para que adote as providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para assim fazê-lo em trinta dias.

E inobstante não preveja qual a consequência a ser adotada após esse prazo, e pelo poder geral de cautela decorrente das funções jurisdicionais, é possível aferir que tal mora não pode impedir o exercício de um direito fundamental,

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 959.

sob pena de enfraquecimento da força normativa que se espera do texto constitucional.

À semelhança do que ocorre na ADI por omissão, em que a mora é declarada e a decisão judicial adotada efetiva direitos fundamentais, nos juízos inferiores, tribunais e juízes de primeiro grau, não é razoável supor que se possa deixar uma omissão do Estado inviabilizar ou tornar ineficaz direitos assegurados e possíveis de serem efetivados.

O tema será retomado no decorrer do estudo com maior aprofundamento, em especial com o paralelo entre a omissão estatal e o chamado ativismo judicial. Porém desde já é possível antecipar que a pecha de ativismo judicial deve-se vincular quando a atuação do Poder Judiciário extrapola os limites de suas funções republicanas invadindo o campo de atuação dos demais Poderes, quando a mora a mora não é desarrazoada.

E ainda há em nosso sistema constitucional de controle abstrato de constitucionalidade a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF prevista no §1º do art. 102 da Constituição da República, regulamentada pela Lei Federal n. 9.882/1999, tendo por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público ou quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

De plano observa-se que o objeto desta ação constitucional, diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de constitucionalidade, não é apenas a norma federal ou o ato normativo federal ou estadual, mas sim qualquer ato do Poder Público, seja Federal, Estadual ou Municipal, de qualquer dos Poderes, e embora não haja nem na Constitucional e nem na lei regulamentadora, a definição do que seja preceito fundamental sua jurisprudência relaciona genericamente a fatos relevantes de aspectos econômicos, políticos, social ou jurídico¹³¹.

¹³¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 309, Relator Min Marco Aurélio. Requerente: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT (CF 103, 01X) Requerido: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO.

Ainda como preceitos fundamentais aponta a doutrina¹³², citando julgado proferido na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 33, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes serem aqueles ligados aos direitos e garantias individuais e coletivos, não só os elencados no art. 5º, como também os dispersos no texto constitucional, além das chamadas cláusulas pétreas do §4º do art. 60, e ainda os princípios constitucionais sensíveis do inciso VII do art. 34, que preveem as hipóteses de intervenção federal nos Estados para assegurar a observância da forma republicana, do sistema representativo, regime democrático; dos direitos da pessoa humana; da autonomia municipal; da prestação de contas da administração pública, direta e indireta, e ainda da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

E inobstante este amplo espectro de atuação, o Supremo Tribunal Federal para conhecer de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental tem exigido a demonstração do “*prévio do exaurimento de outros meios processuais, capazes de fazer cessar a lesividade ou a potencialidade danosa dos atos omissivos questionados*”¹³³, tais como as ações individuais e coletivas sem caráter abstrato.

Deste modo não basta uma simples omissão estatal ou um agir negligente frente a efetivação de direitos e garantias individuais e coletivos. O fato precisa gerar repercussão econômica, política, social ou jurídica a ponto de merecer um tratamento geral e abstrato, em controle de constitucionalidade.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 1134.

¹³³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 10220456 - CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. INOBSERVÂNCIA DO ART. 212 DO TEXTO CONSTITUCIONAL. PREFEITO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DA ALEGADA LESÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I – Aplicação do princípio da subsidiariedade. A arguição de descumprimento de preceito fundamental somente pode ser utilizada quando houver o prévio exaurimento de outros meios processuais, capazes de fazer cessar a lesividade ou a potencialidade danosa dos atos omissivos questionados. II - A Lei nº 8.429/1992 e o Decreto-Lei nº 201/1967, dentre outros, abrigam medidas aptas a sanar a ação omissiva apontada. III – Não está evidenciado, ademais, documentalmente, o descumprimento de preceito fundamental, seja na inicial da adpf, seja no presente recurso. IV – Agravo improvido. Secretaria judiciária vigésima primeira ata de publicação de acórdãos, realizada nos termos do art. 95 do RISTF. (Supremo Tribunal Federal STF; ADPF-AgR 141; RJ; Tribunal Pleno; Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Julg. 12/05/2010; DJE 01/07/2010; Pág. 36)

4.2.2. A REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Afora as ações constitucionais de controle concentrado (Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental), pelas quais o Supremo Tribunal Federal analisa abstratamente a alegada confrontação de norma ou ato normativo frente à Constituição da República, ainda há tal possibilidade por via recursal, quando da análise do recurso extraordinário, desde que comprovada a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, inciso III e §3º da Constituição da República de 1988).

Cabe recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal quando as causas forem decididas em única ou última instância, e a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição da República; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição, ou ainda julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Em regulamentação ao dispositivo, preveem os arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil¹³⁴, que a repercussão geral estará presente quando em

¹³⁴ BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

debate existirem relevantes questões do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, em decisão irrecurável por pelo menos quatro votos dos Ministros que a integram, ocasião em que será remetida ao Plenário para deliberação pelos demais ministros¹³⁵.

O instituto da repercussão geral em recurso extraordinário foi introduzido no sistema constitucional brasileiro a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, porém regulamentada pela Lei n. 11.418/2006, em vigor apenas a partir do dia 20.02.2007.

Assim, em sendo admitido o recurso extraordinário por partes subjetivas, por haver repercussão geral do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a questão constitucional controvertida será analisada à semelhança das ações constitucionais de controle concentrado.

4.2.3. O MANDADO DE INJUNÇÃO

O inciso LXXI do art. 5º da Constituição da República prevê que conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Esta ação constitucional tem como legitimado no pólo ativo qualquer cidadão que encontre inviabilidade de exercício de direitos e liberdades previstas na Constituição e também nas prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania. E no pólo passivo estará aquele que tenha a atribuição legal de editar a

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

¹³⁵ No novo Código de Processo Civil, Lei Federal n. 13.105/2015, que entra em vigor dia 18 de março de 2016, a repercussão geral está presente a partir do art. 1.035.

norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Deste modo, qualquer juiz ou tribunal poderá ser competente para conhecer de Mandado de Injunção, desde que tenha expressa autorização constitucional para agir em face de certas pessoas e entidades.

E em confirmação da possibilidade de ingresso desta ação constitucional frente a outros níveis do Poder Judiciário, a alínea h do inciso I do art. 105 da Constituição da República atribui competência ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

A Constituição no entanto expressamente atribuiu competir ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente *o Mandado de Injunção*, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (alínea q do inciso I do art. 102 da Constituição da República).

Como se vê o Mandado de Injunção visa evitar que a omissão estatal legislativa impeça exercício de direitos e prerrogativas constitucionais de certa pessoa. Já na Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão o pronunciamento da Corte será em favor de todos aqueles cuja norma beneficiaria.

Há diferenças no entanto entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção. Enquanto naquela o controle é abstrato, nesta o controle é concreto, com partes subjetivas, e conseqüentemente, os efeitos jurídicos de ambas são diversos, pois na Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão o

efeito é contra todos e vinculante aos demais órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, e no Mandado de Injunção só vale nos limites materiais da coisa julgada proferida contra quem foi parte no processo.

Também trata-se de diferença a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão só pode ser proposta por aqueles que detêm expressamente tal legitimidade no controle concentrado, que no caso do Supremo Tribunal Federal são: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103 da Constituição da República), enquanto no Mandado de Injunção não há tal limitação de propositura.

O Supremo Tribunal Federal controla apenas a legitimidade passiva desta ação de Mandado de Injunção com foco na autoridade responsável pela edição da norma regulamentadora faltante, e não no pólo ativo. Vejamos:

10254197 - MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DE SERVIDORES MUNICIPAIS. REGULAMENTAÇÃO DOS ARTS. 5º, INC. LXXI, 37, INCS. VII E XVIII, 39, CAPUT E § 1º, E 150, INC. II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Os arts. 5º, incs. LXXI, e 150, inc. II, da Constituição da República são normas autoaplicáveis. 2. Greve de servidor público municipal. Carência de competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar mandado de injunção cujo objeto seja matéria a ser regulamentada por autoridades não especificadas no art. 102, inc. I, alínea q, da Constituição da República. Ausência de legitimidade ativa e passiva (art. 37, inc. VII e XVIII, 39, §§ 1º e 2º, da constituição da república). 3. Mandado de injunção não conhecido. (Supremo Tribunal Federal STF; MI 598; PR; Tribunal Pleno; Relª Minª Carmen Lúcia; Julg. 04/10/2013; DJE 08/10/2013; Pág. 40)

E ainda no pólo ativo admite até mesmo seja proposta por legitimado extraordinário em ação coletiva, como entidades de classe e sindicatos, o que de certo modo estende os efeitos da coisa julgada material resultante. Neste sentido:

10265454 - MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO. Legitimidade da utilização, por entidades de classe e/ou organismos sindicais, de referida ação constitucional. Doutrina. Precedentes (RTJ 166/751-752, V. G.). Alegada omissão estatal no adimplemento de prestação legislativa

determinada pelo art. 40, § 4º, da Constituição Federal. Servidor policial. Pretendido acesso ao benefício da aposentadoria especial. Inocorrência de situação configuradora de inércia estatal. Existência de legislação, editada pela União Federal, pertinente à disciplina normativa da aposentadoria especial dos servidores policiais integrantes dos órgãos de segurança pública do estado (Lei complementar nº 51/85). Precedentes. Inviabilidade, de outro lado, do pedido de contagem diferenciada do tempo de serviço exercido em atividades de risco ou insalubres, para efeito de conversão em tempo comum. Inexistência de lacuna técnica. Precedentes. Recurso de agravo improvido. (Supremo Tribunal Federal STF; MI-AgR 2.830; DF; Tribunal Pleno; Rel. Min. Celso de Mello; Julg. 28/05/2014; DJE 30/10/2014; Pág. 83)

Neste ponto adverte JORGE MIRANDA que na Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal do Brasil não se substitui ao legislador, porque apenas declara a omissão inconstitucional, enquanto no Mandado de Injunção o Tribunal edita medidas necessárias, de efeito concreto¹³⁶ para tornar viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Ainda sobre o Mandado de Injunção admite nossa Constituição que a questão constitucional versada nessas ações pelas instâncias inferiores possam chegar ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso ordinário quando decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, e se denegatória a decisão (alínea a do inciso II do art. 102).

4.2.4. AS SÚMULAS VINCULANTES E AS SÚMULAS IMPEDITIVAS DE RECURSOS

A mesma Emenda Constitucional n. 45/2004 instituiu no sistema de controle de constitucionalidade do Brasil as chamadas Súmulas Vinculantes¹³⁷, como

¹³⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e garantia da constituição. Coimbra: Coimbra Editora. 2014. 3 v. T 6. P. 379.

¹³⁷ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

consequência prática da conclusão a que se chegou sobre a competência final do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade.

As súmulas de jurisprudência já existiam em nosso sistema jurídico¹³⁸, como verbetes sínteses das reiteradas decisões proferidas por tribunais, como rápida orientação do teor do decidido pelo colegiado. E embora impedissem o acesso de recursos às instâncias superiores, quando as contrariassem, já que o relator monocraticamente assim poderia fazê-lo¹³⁹, não eram vinculantes, ou seja, não impediam decisões em sentidos opostos às suas disposições.

A novidade trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 foi exatamente vincular as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade, impedindo que decisões outras fossem proferidas contra as teses firmadas pela Casa.

É que tais súmulas vinculantes tem por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

¹³⁸ BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

¹³⁹ BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Art. 544. [...]§ 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; II - conhecer do agravo para:a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso; b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

Assim como a repercussão geral, as súmulas vinculantes não só aumentaram a autoridade das decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, como também servem hoje de filtro recursal para impedir o acesso de debates jurídicos subjetivos de interesses individuais.

4.2.5. A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Embora já existisse a possibilidade de propositura de reclamação constitucional para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões perante o Supremo Tribunal Federal (alínea I do inciso I do art. 102 da Constituição da República de 1988), e ainda no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade perante aquela Corte, a Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu o §3º ao art. 103-A, instituindo a reclamação constitucional como demanda autônoma a ser lá proposta visando atacar o ato administrativo ou a decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, ocasião em que, caso procedente, o Supremo anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Como se vê, para a propositura da reclamação constitucional, a Constituição só exigiu prévia existência de Súmula, independentemente de ser vinculante, e um ato administrativo ou judicial que a contrariar, independentemente de qual unidade da Federação ou de qualquer das três funções republicanas.

Inclusive, o novo Código de Processo Civil, ainda em *vacatio* até março de 2016, também prevê a existência da reclamação como demanda autônoma, e não recursal para garantir a autoridade das decisões proferidas não só pelo Supremo Tribunal Federal, como também pelos demais Tribunais¹⁴⁰, em reforço a autoridade de divisão de competências constitucionais.

¹⁴⁰ BRASIL. NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 937. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do caput do art. 1.021: I - no recurso de apelação; II - no recurso ordinário; III - no recurso especial; IV - no recurso extraordinário; V - nos embargos de divergência; VI - na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação; [...].

4.3. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS

No art. 97 da Constituição da República se autoriza também os tribunais e somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, sem especificar qual lei ou qual ato normativo de qual Poder Público.

Por dedução e exclusão da competência delegada ao Supremo Tribunal Federal, compreende-se que o legislador refere-se aos demais tribunais que integram nosso sistema jurídico, sejam os Tribunais de Justiça, Tribunais Federais, do Trabalho, Militares e os Tribunais Superiores, limitadas as questões discutidas no âmbito recursal.

Diversamente dos juízes de primeiro grau, que tem o dever de não só fazer cumprir a Constituição como também de evitar a aplicação de normas inconstitucionais pelo controle difuso de constitucionalidade, os Tribunais para tal tarefa precisam observar a chamada cláusula de reserva de plenário remetendo a questão constitucional para seu órgão especial, caso haja, ou a seu Tribunal Pleno.

Singularidade há quanto aos Tribunais de Justiça das 26 (vinte e seis) unidades da Federação e do Distrito Federal que poderão ainda conhecer de

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: [...] § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação proposta após o trânsito em julgado da decisão.

§ 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. É o que diz o §2º do art. 125 da Constituição da República.

Deste modo, aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, não só poderão conhecer da questão constitucional em controle difuso cuja norma ou o ato objeto do controle sejam federais, como também poderão em ação de controle concentrado conhecer da representação por inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais tendo como parâmetro a Constituição do próprio estado federado.

Porém durante a análise do controle difuso de constitucionalidade, os Tribunais deverão observar o teor da Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal, pela qual:

“viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. (DJe-STF 26.6.2008 e DOU 27.6.2008)”.

É que em tribunais divididos em Turmas, Câmaras ou Seções, não se pode utilizar nem mesmo a interpretação conforme para afastar certa opção interpretativa de constitucionalidade, sem que se obedeça ao comando constitucional da cláusula de reserva de plenário.

Ainda neste particular interessante notar que a constituição admite o controle concentrado de constitucionalidade de leis estaduais ou atos normativos estaduais não só ao Supremo Tribunal Federal, quando o parâmetro for a Constituição Federal, como também esses mesmos objetos pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, quando a norma de comparação for a Constituição local.

4.4. DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU

Como demonstrado acima, o constituinte previu competir aos tribunais do Poder Judiciário nacional, em controle difuso, e somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 97). No entanto, quanto aos juízes de primeiro grau de jurisdição, aqueles que trabalham singularmente e não em órgãos colegiados, o legislador nada dispôs expressamente sobre o controle difuso de constitucionalidade, podendo apenas concluir ter ela deles afastado o controle concentrado, já que só previu em favor de tribunais, seguindo a *Teoria dos Poderes Implícitos*¹⁴¹, uma vez que se a Constituição é a norma suprema República, e todos devem obedecê-la, logicamente o juiz ao decidir não pode admitir normas jurídicas que a invalidem.

Sobre este aspecto, a doutrina constitucional adota posicionamento dominante no sentido de que tais magistrados detêm tal competência de forma intrínseca, ou seja, decorrente do sistema constitucional por ela adotado¹⁴², uma vez que os juízes integram o Poder Judiciário nacional (inciso VII do art. 92 da CR/1988), por também dizerem o direito com definitividade (inciso XXXVI do art. 5º da CR/1988), e por também estarem obrigados a fazer cumprir a Constituição não podendo ficar inertes frente a flagrância de ataques neste sentido (art. 4º do Decreto Lei n. 4.657/1942).

Inclusive em reforço à importância deste controle difuso de constitucionalidade, adverte LÊNIO STRECK do enfraquecimento¹⁴³ desta modalidade pelas súmulas vinculantes, e demais filtragens constitucionais de acesso dos processos aos tribunais superiores, por impedir a oxigenação da jurisprudência brasileira.

¹⁴¹ CAETANO, Marcello. Manual de ciência política e direito constitucional. Revista e ampliada por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina. 2003. 1 V. P. 73.

¹⁴² PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 729; NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2009.p. 241; MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24ª edição. Editora Atlas. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 709; SILVA, 2009, p. 49

¹⁴³ STRECK, Lênio. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 2014. P. 34.

E quando o magistrado expressamente declara que tal norma jurídica é inconstitucional, posto que impossível de aplicá-la ao caso concreto que vai julgar, equivale a retirá-la do ordenamento jurídico para aquelas partes em litígio, assim como ocorre nas ações diretas a cargo do Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça.

Porém, o legislador constituinte de 1988, quando expressamente permitiu no art. 97 o controle difuso de constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público perante os tribunais, exigiu quorum qualificado de maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, silenciando a respeito de outras exigências a cargo dos juízes singulares¹⁴⁴.

E por não se exigir maiores formalidades, inclusive sobre legitimados singulares ou extraordinários, poderá o juiz de ofício conhecer de eventual inconstitucionalidade incidental quando precise avançar sobre o mérito deduzido¹⁴⁵.

A tarefa torna-se então mais dificultosa para o juiz singular por não contar com a coletividade subjetiva de várias mentes pensantes dos tribunais a refletirem sobre a inconstitucionalidade apontada ou descoberta.

E ao contrário do argumento utilizado por LÊNIO STRECK¹⁴⁶, para o qual em controle difuso o juiz não declara inconstitucional a norma, por não ser aplicável a técnica do art. 97 da Constituição da República, mas sim e tão somente por deixar de aplicá-la.

Penso que não lhe assiste razão. É que ao fundamentar sua decisão no sentido contrário ao previsto na norma, por ser esta contrária à Constituição da República ou da Constituição dos Estados, não só deixa o juiz de aplicá-la, mas sim

¹⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. 39ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 116.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 117.

¹⁴⁶ STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 2014. p. 527.

a declara inconstitucional, posto que contrária aos princípios e regras nelas previstas.

A decisão em controle difuso só não tem o efeito contra todos e nem o caráter vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, como nas decisões tomadas no controle abstrato. Porém, a coisa julgada material nela formada impedirá que não só as partes subjetivas daquele processo discutam a aplicação da norma afastada como também impedirá que outras instâncias alterem seu conteúdo de mérito.

Note-se que a coisa julgada material formada não só é do dispositivo do julgado, como preconizado pelo art. 467 do Código de Processo Civil¹⁴⁷, por tornar imutável os efeitos da decisão de mérito, como também transcendem neste caso os motivos que determinaram o dispositivo. Será uma coisa julgada despida de validade¹⁴⁸.

Neste aspecto caminha inclusive o novo Código de Processo Civil brasileiro, que não considera fundamentada a decisão que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, ou ainda deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489 do Código de Processo Civil de 1973)¹⁴⁹.

Os fundamentos utilizados passam a integrar a razão da existência do dispositivo, sobretudo quando presente o controle difuso de constitucionalidade.

¹⁴⁷ BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

¹⁴⁸ NASCIMENTO, Carlos Valder; Theodoro Júnior, Humberto & FARIA, Juliana Cordeiro de. Coisa Julgada inconstitucional. A questão da segurança jurídica. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2011. P. 213.

¹⁴⁹ BRASIL. NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

E a questão agrava-se se tal decisão em controle difuso for adotada em demanda abstratamente coletiva cujos substituídos não possam ser identificados, como nas ações coletivas por direitos difusos.

É que não é impossível supor que em demanda proposta por um legitimado extraordinário como o Ministério Público ou a Defensoria Pública, em tutela de direito difuso de saúde, meio ambiente ou mesmo questões salariais, para cujo mérito necessite passar indubitavelmente por alegação de inconstitucionalidade, a declaração tomada como decisão por invalidação da norma, tem efeito contra todos os substituídos.

Neste sentido há firme orientação jurisprudencial no Brasil pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁰, que admite o controle de constitucionalidade incidental em ação coletiva, desde que não seja o pedido principal, mas sim a causa do pedido, sob pena de violação dos legitimados exclusivos para tais proposituras previstos na Constituição da República.

A exceção seria ao próprio Supremo Tribunal Federal que analisando a norma afastada monocraticamente pelo juiz, em controle abstrato de constitucionalidade, e decidindo em sentido inverso, torna ineficaz a decisão adotada.

Neste sentido há expressa previsão no §1º do art. 475-L do Código de Processo Civil quando considerada inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado

¹⁵⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 84086989 - PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURIDADE SOCIAL. ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTRANGEIROS E REFUGIADOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DO DECRETO Nº 1.744/95. POSSIBILIDADE. CONTROLE DIFUSO. CAUSA DE PEDIR. RETORNOS DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROCESSAMENTO DA LIDE. 1. [...] . 3. **É firme o entendimento do STJ no sentido de que a inconstitucionalidade de determinada Lei pode ser alegada em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir. E não de pedido., como no caso em análise, pois, nessa hipótese, o controle de constitucionalidade terá caráter incidental.** Precedentes: RESP 1.326.437/mg, Rel. Ministro castro meira, segunda turma, dje 05/08/2013; RESP 1.207.799/df, Rel. Ministro Humberto Martins, segunda turma, dje 03/05/2011. 4. [...]. **(Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 1.487.032; Proc. 2014/0198449-3; SP; Segunda Turma; Rel. Min. Humberto Martins; DJE 09/03/2015) [grifo nosso]**

em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Deste modo, mesmo em controle difuso o juiz controla a constitucionalidade da norma ou do ato administrativo utilizado como fundamento na demanda subjetiva, e após o trânsito em julgado, com a formação da coisa julgada material, tem-se a estabilização jurídica da tensão antes havida com a impossibilidade de as partes utilizarem futuramente o fundamento afastado por inconstitucionalidade, impedindo inclusive que outros juízos rediscutam a questão, salvo o Supremo Tribunal Federal.

4.5. DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

De igual modo, dizer que o direito interno decorre do direito internacional ou vice versa, passa a não ter relevância jurídica na aplicação das normas, quando se foca no conteúdo de suas disposições.

A norma internacional não tratará sobre a organização interna do Estado, por pressupor assim fazer o legislador interno, uma vez que são as soberanias que se conversam, e não tal ou qual regime de governo.

Agora, quando o tema envolve direitos fundamentais da pessoa humana, é possível compreender a possibilidade de no direito interno o tema não está ainda suficientemente melhor trabalhado quanto no plano internacional.

Tratados internacionais sobre direitos humanos que versem sobre temas polêmicos, ou que gerem acirradas interpretações de polaridades diametralmente opostas, precisam ser compreendidos no contexto sócio político onde se inserem.

Tais tratados costumam valorar a existência humana como o áureo objetivo da existência do Estado como ente político garantidor.

Desconsiderá-los importa em grave crise de legitimidade, representando a negação de sua existência.

Ora pra que serve então o Estado senão para manter as pessoas saudáveis e aptas a se relacionarem socialmente de forma contínua e equilibrada?

Assim como o direito interno pode validar a existência de tratados internacionais sobre direitos humanos, utilizando-se seus instrumentos de validação, o direito internacional aproveita a organização política interna do próprio estado para coibi-lo nesta consecução.

Simbiose visceral de organismos que se relacionam mutuamente por uma necessidade política de organização dos Estados.

Para aqueles que veem o direito interno como o validador do direito internacional, nada haverá de jurídico enquanto não ratificado internamente o tratado ou a convenção internacional. Já para aqueles que observam tais tratados como impossíveis de serem desconsiderados, ou de serem reduzidos, também não compreendem como possam no plano interno não serem levados em conta.

Se a lei interna é a garantia da estabilidade social, os tratados internacionais que igualmente disponham sobre relações privadas ou as relações de direito público também tem a força de produzir uma inconstitucionalidade?

Para HANS KELSEN há plena possibilidade de coexistência entre o direito interno e o internacional, por se basearem em argumentos jurídicos “*igualmente corretos e igualmente justificados*”¹⁵¹, a depender do ângulo que se observe a questão.

Caso se compreenda o direito internacional válido apenas quando no plano interno for assim aceito, conclui-se seja aquele decorrente deste. Quando se observa o direito interno como possível de existir soberanamente válido e em toda sua força estatal se respeitando os demais sistemas jurídicos dos vizinhos, haverá uma compreensão dos dois mundos jurídicos.

¹⁵¹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1999. 244.

Mesmo para aqueles que não reconhecem qualquer superioridade das normas de direito internacional sobre o direito interno, ante o foco da soberania, é indubitável que as normas que versem sobre direitos humanos possuem um forte magnetismo jurídico de transpassar ou de coexistir nos dois mundos.

À semelhança dos vários sistemas solares existentes nas galáxias, com seus movimentos gravitacionais e magnéticos próprios decorrentes do tamanho de suas estrelas mães, não há como deixar de considerar que cada um desses sistemas sofre a influência uns dos outros.

Nosso planeta está preso gravitacionalmente ao nosso sol, como estrela de maior massa e de maior força magnética, mesmo quando não compreendíamos integralmente tal fenômeno até a idade média, e era amplamente aceita a teoria geocêntrica, pela qual a terra seria o centro do universo.

Deste modo, era absolutamente irrelevante o fato de não se compreender, aceitar ou mesmo concordar com a teoria heliocêntrica, já que nada que fizéssemos a terra continuaria a girar em torno do Sol.

A Constituição da República brasileira, desde sua redação original prevê no §2º do art. 5º que 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, fazendo crer que os tais atos internacionais terão significativo destaque no plano interno.

Abstraindo-se da questão sobre a recepção desses tratados, ante a existência de pelo menos três posições diversas¹⁵², pelas quais seriam equivalentes à lei federal, ante a supremacia da Constituição da República; posição hierarquicamente igual ao próprio texto formal da Constituição; e a terceira, a que nivela os tratados internacionais sobre direitos humanos a conteúdo material da

¹⁵² WEIS, Carlos. Direitos humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros Editores. 2012. P. 31

própria norma constitucional, inclusive na defesa desta última posição encontram-se FLAVIA PIOVESAN¹⁵³ e VALÉRIO MAZZUOLI¹⁵⁴.

Embora tais divergências doutrinárias, o certo é que com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, que acrescentou o §3º ao art. 5º e atribuindo equivalência de emendas constitucionais aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos se forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, a questão ficou resolvida para os documentos assinados após sua promulgação.

Agora os tratados internacionais sobre direitos humanos já ratificados pelo Brasil anteriormente àquela Emenda Constitucional sem o quorum qualificado tem hierarquia supralegal sobre o ordenamento comum, porém abaixo da norma constitucional, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal:

10217734 - HABEAS CORPUS. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. [...] **O pacto de san José da costa rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, prepondera sobre Lei ordinária que admita a prisão civil por dívida.** 4. [...] . (Supremo Tribunal Federal STF; HC 100.888; SC; Primeira Turma; Rel. Min. Ayres Britto; Julg. 09/02/2010; DJE 12/03/2010; Pág. 38) (grifo nosso)

Para FLÁVIA PIOVESAN os tratados internacionais sobre direitos humanos tem conteúdo de norma constitucional. Porém se também o for ratificado pelo quorum qualificado aí o será também formalmente constitucional¹⁵⁵.

Por sua vez, VALÉRIO MAZZUOLI chama atenção para as consequências da adoção desta última posição, pois se este tratado embora verse sobre direitos humanos e por alguma razão não for ratificado por aquele quorum qualificado o seria logicamente norma infraconstitucional, o que segundo entende não espelha a

¹⁵³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 108.

¹⁵⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. P. 750.

¹⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 139.

vontade do legislador constituinte do §2º do mesmo artigo que manda aplicar igualmente outros direitos previstos em tratados¹⁵⁶.

Fica então o juiz de primeiro grau obrigado a observar também os tratados internacionais sobre direitos humanos como parâmetro de controle de convencionalidade, já que é possível supor haver normas jurídicas no ordenamento interno que por ventura conflitam ou neguem vigência a tais atos jurídicos internacionais.

Por tais fundamentos é possível que não só o juiz singularmente como o Tribunal Constitucional deverão igualmente analisar a conveniência da manutenção da eficácia de uma norma interna ou de um ato administrativo restritivo a direitos humanos quando tratados internacionais que sobre eles disponham protejam em maior escala.

¹⁵⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. P. 759.

CAPÍTULO V - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ANTE A OMISSÃO ESTATAL

5.1. DOS PRINCÍPIOS E DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS

Apresentados acima os métodos interpretativos das normas constitucionais, com enfoque na observância da força normativa de seu texto, sua concretização e máxima eficácia, além de seus princípios interpretativos como o da supremacia da constituição e sua unidade, e também demonstrados os caminhos processuais pelos quais os diversos órgãos do Poder Judiciário brasileiro analisam e fazem o controle de constitucionalidade, seja de forma concentrada ou difusa, tem-se agora uma abordagem particularizada de certas e específicas omissões do Estado a direitos fundamentais.

De início, constata-se que após a II Guerra Mundial os direitos fundamentais da pessoa humana passaram a merecer amplo e sempre crescente proteção, visando a não repetição de ataques desmedidos e desarrazoados à pessoa humana, em evidente retrocesso às épocas mais primitivas da humanidade.

Erigir certos direitos como fundamentais é recolocar a pessoa humana como o fim último da interpretação da norma, o centro do Universo jurídico, sem a qual a própria existência do Direito perderia sua finalidade que é o evitar o conflito, ou ao menos solucioná-lo.

Desde logo deve-se quanto ao tema da dignidade da pessoa humana fazer observar que é a existência ideal da pessoa humana que se tutela e não a vida biológica de um indivíduo em especial, por ser impossível ao Estado garantir a todos o direito à vida.

Não há instrumentos fáticos humanos possíveis de assim tutelar a vida indiscriminadamente. Até a pessoa que comete crimes precisa ter sua vida tutelada, sobretudo pelo compromisso assumido pelo Estado com seu encarceramento. Inclusive, também deve o Estado promover meios para que os demais presos e agentes do Estado garantam tal integridade, até para que a pena seja integralmente imposta.

Deste modo, a vida ideal do preso é garantida pela dignidade da pessoa humana, mesmo sendo ele um criminoso. Mas não será assim garantida quando age ele contra um outro bem igualmente importante e tutelável.

O princípio da vedação ao retrocesso não consegue se sobrepor às condições sociais calamitosas ou econômicas desastrosas de um país falido. Ou seja, garante-se a ideia de que o já alcançado não se deve perder, porém no caso concreto, como lembra ALEXY, pode haver redução significativa para uma pessoa ou um grupo delas em particular, a depender do valor que se atribua a esses princípios.

É que atribuir maior valor a um princípio em detrimento de outro muda o resultado da interpretação.

Ora, não é impossível supor poder-se valorizar mais a liberdade de expressão artística e jornalística em detrimento da intimidade e vida privada da pessoas públicas e políticas sobretudo após eventos restritivos à liberdade de imprensa, como mortes de jornalistas, fechamentos de jornais, não renovação de concessão por perseguição política. É que nestas hipóteses se está valorando o bem jurídico em evidência no momento.

Quando em sentido oposto, se vive em plena democracia, e há efetiva liberdade de imprensa, com acesso facilitado às informações de interesse social, haverá uma tendência a se valorar o bem jurídico menos efetivado.

Também de fácil percepção acontece tais oscilações dessas valorações com o tema da redução da menoridade penal. Discutir o assunto logo após um grave incidente em que um menor tenha cometido uma infração fará com que a vida da vítima e a segurança pública sem mais valoradas, já em momentos de aparente normalidade, ou ao menos a ausência de informações jornalísticas de que o problema estaria sanado, leva a eloquência dos defensores dos direitos dos adolescentes.

No entanto, o debate não deveria ser entre os que são contra ou a favor desta redução da menoridade penal, porque é do senso comum que a vida humana de todos, adolescentes infratores e vítimas sejam protegidas e valoradas, mas sim qual o modelo ideal a ser adotado frente as várias hipóteses possíveis, seja daquele que intencionalmente pratica um ato hediondo, e daqueles que não tenham pleno desenvolvimento psíquico a ponto de se autodeterminar.

E ainda quanto a esta valoração de princípios, adverte ALEXY sobre a possibilidade da tirania dos valores¹⁵⁷, pela possibilidade de condicionantes sociais, econômicos, culturais, regionais e religiosos.

Neste aspecto, vale a pergunta: valor pra quem?

Defende o autor o “*sopesamento fundamentado*”, modelo científico, pois baseado na possibilidade de se repetir a análise com o mesmo resultado.

Inobstante os argumentos científicos utilizados, o modelo não é isento ou imune a subjetivos, pois basta valorar num caso concreto tal princípio a mais que o outro para que o julgador encontre fundamento jurídico que apenas justifique sua preferência decisória.

É que uma norma restritiva de direito fundamental à saúde da pessoa humana imposta a cidadãos de um rico país da Europa pode não inviabilizar tal direito como o faz num país cujo desenvolvimento econômico, político e social ainda está se firmando.

A norma restritiva nesta hipótese pode encontrar defensores que valorizem a segurança econômica do Estado ou mesmo o equilíbrio político de um governo de ocasião, enquanto ao cidadão de um país pobre a mesma restrição pode significar a morte.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução da 5ª edição por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. P. 160.

Exemplificando, uma lei num país em desenvolvimento que obrigue a dispensação de vacinas na rede pública de saúde apenas para certa patologia, deixando um leque de outras graves doenças a demandarem pagamento particular pelo cidadão pode não trazer graves consequências a países cuja economia esteja equilibrada em razão da possibilidade de sua fácil aquisição.

Em assim observando, trata-se da mesma lei restritiva valorada diferentemente a depender do caso em particular. Num país pobre poderia ser alvo de declaração de inconstitucionalidade por inviabilizar a vida digna da pessoa humana. Já num país rico sequer seria objeto de controle de constitucionalidade, por não afetar significativamente o bem jurídico tutelado.

Em colisão de princípios sobre direitos fundamentais, a técnica interpretativa deve ser moldada ao caso concreto, buscando a máxima efetividade desses princípios envolvidos, porém sem deixar de lado a força normativa da constituição, que exige coesão do texto, harmonia na tutela dos bens jurídicos envolvidos, economicidade da técnica legislativa, aproveitamento dos modelos decisórios já em curso, máxima efetividade dos direitos fundamentais, e possibilidade de futura utilização da norma a outros casos, evitando-se assim a desnecessária invalidade da norma.

O foco da análise das medidas restritivas é saber se não se inviabiliza sua existência. Abaixo se analise exatamente sua existência, origem e mecanismos de impor limitações.

5.2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais começaram a ser escritos como normas a partir da idade média, tendo como documento histórico a *Carta Magna de João Sem Terra*, de 15.06.1215, entre o Rei Inglês e os nobres donos de terras visando garantir não só o direito de propriedade como também do que hoje se chama de direito público a uma acusação certa, justa e confiável.

Na sequência e passando por também outros três documentos ingleses: a *La Petition of Rights*, pela qual se obrigou o Rei Carlos I em 07.06.1628, renovando a Magna Carta, e com acréscimos a garantia de que os impostos só seria cobrados por meio de autorização legislativa; a petição de *habeas corpus* de 26.05.1679 e por fim o mandado de segurança de 13.02.1689¹⁵⁸.

No entanto é a partir da Declaração de Independência do Estado americano da Virgínia de 12.06.1776 que se inicia a positivação em constituição do que hoje se chama direitos fundamentais.

E de 1776 a 1783 outros estados americanos (*Pensilvania, Maryland, Carolina del Norte, Vermont, Massachusetts, New Hampshire*) elaboraram suas próprias constituições seguindo o modelo anterior garantindo aos cidadãos o direito legítimo de autodefesa e de serem tratados individualmente por seus governantes.

No entanto, os direitos da pessoa humana ganharam projeção mundial com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26.08.1789, texto fruto da Revolução Francesa que pôs fim a um período absolutista monárquico instituindo direitos básicos como os da vida e liberdade e patrimônio¹⁵⁹.

Já a partir do Século XIX a concepção alemã de *derecho público subjetivo*¹⁶⁰ introduzida por *Georg Jellinek* trouxe maior garantia de respeito desses direitos frente ao Estado, passando à ideia de Estado de Direito com a “*Assembleia da Igreja de São Paulo*” de 1848, fundada na soberania do povo alemão e na tradição do pensamento constitucional democrático¹⁶¹, onde até mesmo o governo deveria se submeter ao império da lei, diferentemente dos estados monárquicos. Em sendo direito público exige-se contra o Estado, já como direito privado só em face de particulares.

¹⁵⁸ CONDE, Enrique Álves. Curso de Derecho Constitucional. El Estado Constitucional. El Sistema de Fuentes. Los derechos y Libertades. Madrid: Editora Tecnos. 2008. 1 V. P. 301. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 255.

¹⁵⁹ SOARES, Rogério Ehrhardt. Direito público e sociedade técnica. Tenacitas. 2008. P. 34

¹⁶⁰ CONDE, Enrique Álves. Curso de Derecho Constitucional. El Estado Constitucional. El Sistema de Fuentes. Los derechos y Libertades. Madrid: Editora Tecnos. 2008. 1 V. 303.

¹⁶¹ PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 27.

Pela obra de *Georg Jellinek* haveria direitos fundamentais do particular perante o Estado divididos em “*status negativus, status positivus e status activus*”¹⁶². Por *status negativus* entende-se os *direitos de defesa* frente a ataques do Estado num *esfera individual de liberdade*¹⁶³, ou seja, deve o Estado abster-se de impedir a liberdade do cidadão. Já por *status positivus* pressupõe uma conduta positiva do Estado em favor da pessoa, como o direito à proteção jurídica. E por *status activus* entende-se os direitos cívicos, pelos quais o cidadão coopera com o Estado na consecução de seus próprios objetivos, tais como votar e ser votado.

Mas é a partir do fim da II Guerra Mundial que o processo de internacionalização dos direitos e liberdades humanos ganham uma nova etapa em sua evolução com a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, documento assinado em 10.12.1948, fruto da recém instituída Nações Unidas, formada originalmente pelas nações vencedoras e aliadas no combate aos estados facistas e totalitários perdedores, tendo influenciado os textos constitucionais de então, inclusive a atual carta constitucional brasileira de 1988, como o título sobre os direitos individuais e coletivos.

Extraí-se deste processo evolutivo que no período absolutista, quando havia forte concentração de poder na pessoa do monarca por supor não deter o povo entendimento ou lucidez suficiente para decidir seus próprios destinos, originando daí o direito natural e divino que supunha garantir a todos capacidade de vivência por seus próprios atributos.

Da origem celestial do monarca, passando para o Estado de Direito, onde o império é da lei, que obriga a todos, mesmo os que supostamente não teriam o entendimento quanto a complexidade do Estado e as implicações de suas decisões, indo para o Estado Social de Direito Democrático no qual o foco é na dignidade da pessoa humana, em múltiplas e contínuas relações interpessoais, ficando o Estado limitado a garantir que tais relações ocorram a bem de todos.

¹⁶² Ibid., p. P. 76 a 87.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 300.

Neste aspecto, PAULO OTERO¹⁶⁴ traz as coordenadas jurídicas do Estado de Direito material como sendo aquele no qual não só há o império da lei e obediência do Estado as suas disposições, como também se proíbe a banalização da vida humana, elevando-a ao fim essencial da própria existência do Estado, sem que se trata o ser como uma coisa ou um objeto, e para o qual se atribui a faculdade de livremente se autodeterminar, em respeito à sua dignidade humana.

Afirma ainda que até mesmo a soberania popular fica limitada por este respeito à dignidade, já que nem mesmo a maioria dos representantes advindos e eleitos pelo povo poderiam assim reduzir sua aplicação.

Inclusive, ambos os modelos constitucionais brasileiro (inciso III do art. 1º) e português (art. 1º) elevam tal dignidade da pessoa humana como fundamentos de suas respectivas repúblicas, não sendo assim possível haver restrições a suas aplicações, salvo por novos modelos advindos do Poder Constituinte originário e por nova Constituição.

Deste modo, os direitos fundamentais quando positivados, e aqui o principal deles, o da dignidade da pessoa humana, escritos como normas jurídicas e aprovadas por meio de processo legislativo prévio, diferenciam-se dos direitos humanos por serem estes mais ligados à moral e à religiosidade, e nem sempre encartados como deveres jurídicos¹⁶⁵.

Em assim sendo, os direitos fundamentais da pessoa humana é que são objeto do controle judicial.

E em maior profundidade, por direitos fundamentais entende-se também como os direitos individuais e coletivos positivados num texto constitucional ou em

¹⁶⁴ OTERO, Paulo. Direito Constitucional. Identidade constitucional. Coimbra: Almedina. 2010. 1 v. P. 76.

¹⁶⁵ ALEXANDRINO, José de Melo. Hermenêutica dos Direitos Humanos. Texto revisto da conferência proferida no Curso "Tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais", organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito do Acordo-quadro de cooperação com o Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM) e a Universidade do Norte do Paraná (UENP), entre 11 e 13 de Janeiro de 2011.

tratados internacionais sobre direitos humanos que garantam a existência humana minimamente viável, seja do ponto de vista biológico, sociológico ou político, e especialmente percebidos.

Com os direitos fundamentais instaura-se o Estado de Direito, pelo compromisso assumido de a própria entidade política submeter-se aos institutos jurídicos definidos pelos quais passou a se obrigar, democratizando assim as relações pessoais pela segurança jurídica alcançada induzindo a vivência no Estado Democrático. E é no aprimoramento e na cobrança desses direitos em favor de todos da sociedade que se alcança o Estado Social. O passo seguinte seria o Estado da Cultura, como anunciado por PAULO FERREIRA DA CUNHA¹⁶⁶.

Sob outra perspectiva, ROGÉRIO EHRHARDT SOARES¹⁶⁷ propõe a diferenciação entre o “*Estado de Direito Formal e Estado de Direito Material*”, sendo neste último onde há preocupação com a realidade social frente as previsões constitucionais, em contraposição a primeira proposição, de onde apenas se anunciam tais direitos.

Em textos constitucionais do pós guerra, países como Brasil e Portugal garantiram um considerável elenco de direitos individuais ligados tão somente a obrigatoriedade do Estado observar e proteger a pessoa humana, remontando à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 da Revolução Francesa e a própria carta constitucional americana de 1787, como fontes inspiradoras¹⁶⁸.

Lembrando que o Brasil entre os anos de 1824 e 1988 já esteve sob sete constituições distintas, ora outorgadas como as dos anos de 1824, 1891, 1937, 1967¹⁶⁹, (a primeira pelo Imperador Dom Pedro I, filho de Dom João VI, e as demais pelos presidentes militares: Marechal Deodoro da Fonseca; Getúlio Vargas e Castelo Branco), e ora por constituições promulgados como as dos anos de 1934,

¹⁶⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Editora Quid Juris?. 2006. P. 247.

¹⁶⁷ SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Tenacitas. 2008.

¹⁶⁸ CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Revista e ampliada por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina. 2003. 1 V. P. 67

¹⁶⁹ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2010. Ps. 149, 249, 351 e 365.

1946 e a atual de 1988 que buscaram conformar e organizar a sociedade e a política nacional trazendo em maior ou menor intensidade alguns direitos ligados à vida, à liberdade ou ao patrimônio das pessoas.

Essas Cartas Políticas, desde a imperial de 1824, consubstanciaram textos louvavelmente harmonizados com o estágio evolutivo da época¹⁷⁰. Inclusive essa Constituição Imperial se originou não de um processo histórico de mudança da vontade política do povo, mas sim da outorga da carta do então Imperador Dom Pedro I, que reservou para si o Poder Moderador, inviolável e sagrado, para que incessantemente velasse sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos (arts. 98 e 99 da Constituição Imperial de 1824).

Já a primeira Constituição Republicana de 1891, inspirada na norte americana, trouxe a mudança na forma de governo, de monárquica passa a republicana; o sistema de governo, de parlamentar transmuda-se em presidencial; a forma de Estado, de unitário converte-se em federal¹⁷¹.

Adotadas essas opções políticas de forma e sistema de governo e forma de Estado, os três poderes ou três funções do Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário ganharam importância, passando o Judiciário a desempenhar cada vez mais seu papel autônomo de dizer o direito com definitividade¹⁷².

No entanto, para CRISTINA QUEIROZ “*é a supremacia da Constituição, não a separação dos poderes, que determina a relação de inferioridade da lei*”¹⁷³.

Em um Estado Democrático e Republicano o que impera é a lei, vontade da maioria do povo. Assim, e ainda na lição de LUIZ ROBERTO BARROSO¹⁷⁴, as normas constitucionais, por serem também jurídicas, são dotadas de imperatividade,

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8.

¹⁷¹ Ibid., p. 13.

¹⁷² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 301.

¹⁷³ QUEIROZ, Cristina. Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra editora. 2000. P. 328.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 76.

por isso cogentes, de execução forçada, não podendo assim suas disposições serem desprovidas de finalidades ou serem mero ideário não jurídico.

Se Democracia é o povo no Poder tomando decisões, por meio de seus representante eleitos de forma alternada em períodos históricos, em contraposição ao autoritarismo das minorias, como saber se o povo está sendo representado no poder?

CARL SCHMITT lembrava as diversas acepções da palavra povo, não só como o portador da opinião pública e sujeito de aclamação, ou aquele que não governa diretamente e nem é autoridade, mas sim também povo como sujeito do poder constituinte¹⁷⁵, pela representação popular.

A participação política do popular cidadão nem sempre foi a mesma. Houve época no Brasil, por exemplo, que mulheres, pobres e jovens não votavam (Constituição de 1891). Só a partir da Constituição de 1934 é que se garantiu o direito às mulheres de votarem, mas ainda se vedava o voto aos mendigos, aos quais só foram autorizados a partir da Constituição de 1967.

No entanto, mesmo para a atual Constituição brasileira de 1988, ao analfabeto é vedado votar e ser votado. Ou seja, há uma grande parcela da população brasileira que participa como maioria das decisões políticas de seu país.

Os analfabetos não podem falar e nem serem ouvidos politicamente. Não tem força de influenciar as decisões sobre suas próprias vidas, por uma suposta incapacidade de entendimento de certos temas.

O sistema político baseia-se na presunção de que haverão representantes presumidos dessa minoria, cada vez menor em países em desenvolvimento sócio econômico como o Brasil.

¹⁷⁵ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Tradução Francisco Ayala. Salamanca: Aliança Edital. 2003. P. 245.

No entanto, que garantia se pode ter de que os representantes eleitos de fato representam a vontade da maioria do povo? Maioria parlamentar representa vontade popular?

Como saber quando um representante não mais espelha o mandato que lhe foi outorgado?

Um parlamentar é eleito por um grupo de pessoas aptas a tal exercício de sufrágio, seguindo regras de um processo eleitoral pré-existente e legal, mas nunca pela unanimidade desse povo.

A lei aprovada por esses representantes populares nem sempre traduz o pensamento dos representados.

O que é possível presumir é que na vigência do mandato, o parlamentar apenas exerce o poder de influência daqueles que o elegeram, só logo tem compromisso com essa pequena fatia da sociedade, até para lá se manter nas próximas eleições.

É que distanciar-se desse mandato não mais garante legitimidade das leis aprovadas.

Leis aprovadas por parlamento descompromissado com os desejos da sociedade atual ou fora da sintonia com os objetivos constantes das normas constitucionais são fadadas à inconstitucionalidade.

É a busca da aplicabilidade das normas constitucionais o grande esforço dos que tem o dever de fazê-las existirem materialmente.

Todos devemos então respeito à vontade política fundante, pois vivemos sob a égide dessa nova configuração político social que a fez surgir, motivo pelo qual se faz imperioso o respeito às normas, sobretudo as constitucionais, estejam elas explicitadas ou em princípios implícitos na carta política.

Configuração política esta decorrente do abandono que se faz do anterior processo de conformação política, econômica, jurídico e social com o surgimento de uma nova ordem social, ante “acontecimentos revolucionários”¹⁷⁶ e históricos que alteram a realidade.

São os novos ideais, anseios, objetivos e novos princípios escolhidos pelo legislador constituinte que agora passarão a iluminar o ordenamento interno e infraconstitucional, bem como importará na sua não recepção quando lhes contradizer.

Deste modo, a opção por certos direitos fundamentais decorrentes do novo modelo constitucional adotado alteram sobretudo a “*margem de atuação e de decisão do Estado*”¹⁷⁷, já que impede o legislador infraconstitucional de decidir de modo diverso.

Por tal perspectiva, os direitos fundamentais tem duplo aspecto, o subjetivo, por serem direitos exigíveis pela pessoa humana, e o objetivo, por impedirem o legislador e o intérprete de restringi-lo ou inviabilizá-lo¹⁷⁸.

No texto constitucional brasileiro de 1988 são facilmente encontrados às dezenas no art. 5º tais direitos, embora hajam outros lá dispersos e também em tratados internacionais, assim como na Constituição portuguesa de 1976, onde tal rol não se restringe ao disposto nos arts. 24º a 79º, como se verá abaixo.

E ainda quanto a similaridade entre ambos os textos constituições, observa-se que o primeiro artigo de ambas expressamente elevam a dignidade da pessoa humana como base e fundamento das respectivas repúblicas, confirmando assim a assertiva do parágrafo anterior.

¹⁷⁶ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e Constituição. Coimbra: Coimbra editora. 2002. P. 666.

¹⁷⁷ PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.P. 91.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 296.

O princípio da dignidade da pessoa humana também pode ser utilizado como base para esta identificação dos demais direitos fundamentais dispersos na carta política¹⁷⁹.

Dentre os direitos individuais e coletivos do art. 5º da Constituição brasileira estão a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, proteção contra o tratamento não isonômico, garantia de que o fazer e o não fazer decorrerão de lei, e que toda acusação pressupõe um devido processo legal; que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; além de se garantir o direito à livre manifestação do pensamento, da expressão da convicção religiosa, dentre vários outros.

Ainda há os chamados direitos sociais do art. 6º, também denominados direitos prestacionais do Estado, porque deste se espera uma atuação positiva em promover a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Ainda há inúmeros outros direitos fundamentais contemplados expressamente naquele texto brasileiro, como o direito ao sufrágio universal pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, contemplado no art. 14; o direito fundamental a um tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação de desigualdade, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos (inciso II do art. 150); ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225).

Já na Constituição portuguesa é possível percebê-los desde o art. 1º (dignidade da pessoa humana), como também nos arts. 13º (princípio da isonomia),

¹⁷⁹ Ibid., p. 280.

20º (direito fundamental do acesso à tutela jurisdicional efetiva), 21º (direito de resistência contra ataques e abusos do Estado), 104º, (princípio da isonomia tributária, evitando a diferenciação entre contribuintes), 113º (direito fundamental da participação política nas decisões do Estado, votando ou sendo votado)¹⁸⁰.

Embora existam essas dezenas de direitos ligados a própria existência digna da pessoa humana, o certo é que alguns são de improváveis efetivações concretas a todos indistintamente.

É que como pode o Estado garantir que todos terão direito à vida, ao trabalho, à saúde, ao lazer e à moradia? Seria necessário um Estado para cada pessoa, com recursos infinitos e sempre disponível para atender a todas as necessidades humanas.

Nem na utopia comunista de Stalin do bem estar social para todos se efetivou tais promessas. Na verdade, nem na própria União Soviética, pátria deste comunismo, se viveu efetivamente essa ilusão. Onde uma pequena casta de privilegiados se beneficiava do trabalho escravo e em condições de indignidade de milhões de pessoas que só tinham obrigações para com todos, mas nunca usufruíam dos resultados do trabalho coletivo.

Não se pode garantir o que não se pode cumprir.

Tal revolução social, política e econômica pressupõe haver uma pressão por mudanças. O povo almejando o que o governo de então não mais consegue fornecer.

E pelo modelo constitucional atual, de 1988, cabe ao Poder Judiciário a função de dar a última palavra em interpretação das normas jurídicas, tendo como parâmetro a própria constituição (inciso I do art. 102 e art. 97), embora não seja o único a ter esta função.

¹⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais. 2007. 1 V. p. 73.

Aos Poderes Executivo e Legislativo, durante o processo de elaboração das normas, cabem também o controle prévio da constitucionalidade ou de sua conformidade com a vontade política originária¹⁸¹.

Mas no Judiciário esse controle pode se dar por meio de exceção, chamado controle concreto ou difuso, ou por meio de ação, controle abstrato ou direto. Por meio de exceção, quando uma das partes levanta, em defesa de sua causa, e por ação, quando proposta por legitimados extraordinários¹⁸².

Imprescindível então se torna conhecer e entender o modo pelo qual não só as normas jurídicas surgem como também são interpretadas.

E sem ainda aprofundar a quem competiria ser o guardião da constituição, no já bastante conhecido embate acadêmico entre HANS KELSEN e CARL SCHMITT, embora a opinião hoje dominante seja a de que a melhor opção é a de KELSEN, que atribui ao juiz a última palavra neste controle, em contraposição ao chefe do executivo, como pretendia SCHMITT¹⁸³, o certo é que sendo o juiz a autoridade do Estado para dizer o direito com definitividade, ou seja, dizer ou realizar a jurisdição, e estando ele diante de uma norma que se contraponha ou negue vigência ao texto constitucional, deve se recusar a cumpri-la.

Em assim atuando, age como verdadeiro agente político do Estado, pois na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito¹⁸⁴.

E quando o juiz decide questão constitucional o faz não mais sob o ponto de vista jurídico, mas sim político¹⁸⁵.

¹⁸¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 301.

¹⁸² Ibid., p. 307.

¹⁸³ SANTOS, Paulo Júnior Trindade dos. *Jurisdição constitucional e o embate que o antecede em Kelsen e Schmitt*. In Revista da ESMESC. V. 20, n. 26, dez 2013. P. 381/403.

¹⁸⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução por Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 251.

¹⁸⁵ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1991. P. 124.

Sob tais fundamentos é que se originou o precedente da jurisprudência constitucional norte americana *Marshall vs. Madison*, quando se concluiu que é nulo o ato legislativo que se oponha à Constituição¹⁸⁶.

Também nesse sentido leciona CANOTILHO¹⁸⁷ e JORGE MIRANDA¹⁸⁸, que no sistema difuso a competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido à apreciação judicial.

5.3. DOS LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Limitar é confinar, restringir, não ir além, circunscrever a um plano menor que o antes possível. Já restringir direitos fundamentais é impor-lhes menor alcance de efetividade do que sua ideia apresenta.

Não há possibilidade fática de garantir a irrestrita aplicabilidade de todos os direitos fundamentais¹⁸⁹, mesmo em sistemas jurídicos nos quais sejam eles garantidos por fortes mecanismos normativos e processuais, ante as incontáveis probabilidades da vida cotidiana.

O ordenamento jurídico deve se estruturar e organizar tais direitos com claras previsões de sua abrangência e aplicabilidade, indicando os mecanismos de torná-los realidade quando violados, só assim se estará diante de um Estado de Direito Democrático.

Em não sendo absolutos, deve-se buscar mecanismos normativos e judiciais para que se lhes dê a maior aplicabilidade possível dentro de um razoável e limitado âmbito de abrangência.

¹⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 307.

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Edições Almedina, Coimbra Portugal, 2003. P. 898.

¹⁸⁸ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e Constituição. Coimbra: Coimbra editora. 2002. P. 739.

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 328.

A total ausência de aplicação dos direitos fundamentais ou a sua grave deficiência de efetividade apresenta-se como omissão inconstitucional a exigir intervenção do Poder Judiciário.

Há no entanto alguns direitos fundamentais, ligados à dignidade da pessoa humana, que por si só já se apresentam limitados por sua própria natureza ou essência, e outros que poderão o ser ou não. Trata-se os primeiros dos direitos sociais, por serem prestacionais do Estado e os demais daqueles ligados a existência individual do ser.

Aprofundando, o direito social ao trabalho por exemplo previsto no *caput* do art. 6º da Constituição brasileira e art. 58º, item 1 da Constituição portuguesa, pressupõe a livre oferta e procura no mercado, sobretudo o não estatal, sob condições ideais de livre iniciativa e concorrência, e desde que não haja exploração desta mão de obra em condições análogas as de escravos.

Para este direito, deve o Estado contribuir com ideais condições políticas, econômicas e sociais em aguardada atuação de fazer, promovendo o fomento da atividade econômica e abstendo-se de adotar ineficazes controles inflacionários.

Já o direito fundamental à vida (art. 5º da Constituição brasileira e art. 24º, da Constituição portuguesa), o mais ínsito à dignidade da pessoa humana pressupõe menor âmbito restritivo, embora dele também haja possibilidade de restrição em dadas situações.

Por essas limitações desenvolve-se a “*teoria interna e teoria externa*”¹⁹⁰ aos direitos fundamentais. Fala-se então limitação imanente às hipóteses em que a medida restritiva é pressuposto da própria existência do direito, como a limitação interna do direito fundamental do *trabalho* (condições econômicas, políticas e sociais do momento) pressuposto lógico de sua existência, conforme a teoria interna ou limitação imanente. Já pela teoria externa, as restrições são apresentadas de acordo com sua aplicabilidade.

¹⁹⁰ Ibid., p. 328.

É comum haver na norma fundamental limites aos direitos fundamentais, como situações excepcionais pelas quais aqueles não se aplicam ou reduzem sua máxima eficácia. Exemplo desta possibilidade encontramos em ambos os textos constitucionais brasileiro (inciso IX do art. 5º) e português (art. 37º) limites ao exercício do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, sendo vedado o anonimato, e garantido o direito à reparação por ofensa no excessivo exercício deste direito.

Em contrapartida há outros direitos fundamentais que não sofrem da norma constitucional ou infraconstitucional previsão de restrição de sua abrangência, demonstrando haver expressa indicação de sua máxima eficácia, como no direito à saúde pública gratuita (art. 6º da Constituição brasileira e art. 64º da Constituição de Portugal).

Ocorre que mesmo nesta última hipótese de ausência normativa de limites, é possível se supor limites materialmente possíveis ante a escassez de recursos públicos.

Sempre que as normas constitucionais expressarem direitos fundamentais sujeitos à regulamentação por lei ou o exercício demandar prévia autorização legislativa, tem-se a limitação interna dessas disposições.

Especial atenção encontra-se esta distinção quando da interpretação da norma constitucional em favor de algum interessado em processo judicial litigioso, ocasião em que no controle difuso de constitucionalidade pode o juiz declarar a omissão inconstitucional da falta de regulamentação e complementá-la para fins de dá efetividade ao comando maior.

Já quando a omissão inconstitucional diz respeito a falta de implementação de políticas públicas que transformem a previsão constitucional em direito prestacional a ser posto em favor das pessoas, é que vem o Poder Judiciário trazer sua contribuição com mecanismos processuais que tornem tais direitos em mudança pra melhor na vida dos que requerem.

O que não se admite são limitações ao exercício de direitos fundamentais quando a própria lei assim não o prevê ou não o autoriza. Deste modo, restringir o alcance de direitos fundamentais positivados como normas constitucionais só por normas de mesma hierarquia.

Se não autorizada ou prevista pela Constituição não pode o administrador público ou mesmo o juiz impor limites ao exercício de direitos fundamentais. Igualmente não pode uma norma infraconstitucional mesmo que de forma oblíqua impedir ou embaraçar a efetividade de direitos fundamentais.

É a norma ou o ato administrativo infraconstitucionais que precisam ser interpretados conforme a Constituição e não o contrário.

Indo além, e desde que haja expressa autorização, encontrar limites aos direitos fundamentais durante a atuação judicial em processo que vise tal efetivação não é tarefa simples por demandar quase sempre a análise do juízo de proporcionalidade ou razoabilidade da medida a ser tomada frente aos riscos do não cumprimento da norma constitucional e da impossibilidade material de seu implemento.

Encontrar este ponto de equilíbrio é chave da justiça.

Mas o que seria proporcionalidade ou razoabilidade?

5.3.1. DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

Apresenta-se proporcional algo que está mais ligado ao harmonioso, ao bem conformado, ao concordante. Já razoável seria o lógico, o justo, o plausível, o aceitável pela razão, o sensato.

Algo então que esteja na medida do proporcional e razoável seria o que seja harmonioso e justo.

Mas o que é justo? Por ser grandeza subjetiva, demanda interpretação e valoração por cada aplicador da norma, surgindo assim a dificuldade. E ainda, em que medida uma restrição do Estado a um direito fundamental é aceitável?

De forma sintética, JORGE REIS NOVAIS quando trata do *Princípio da Proibição do Excesso*, como um freio jurídico às possibilidades de o Estado restringir direitos fundamentais, só o admite sob um enfoque de proporcionalidade em sentido estrito, desde que não ultrapasse o adequado ou necessário aos fins a que se destina, já que pode ser ela *inapta, inútil, desnecessária, gratuita ou arbitrária, desproporcionada, desrazoável, vaga ou indeterminada*¹⁹¹.

No entanto, a dificuldade ainda remanesce no que seja desarrazoado ou desproporcional.

E na tentativa desta compreensão o mesmo autor, em outra obra,¹⁹² propõe até mesmo uma análise mais concreta e comparativa na qual se atribui pontuações para as medidas restritivas, aptas e proporcional diante de uma situação concreta, visando evitar o decisionismo ou o arbítrio da escolha judicial pelo direito fundamental mais atacado.

Embora a técnica por ele adotada contribuía de fato para uma análise mais científica da questão, já que é possível identificar que na proporcionalidade se compara sacrifícios e benefícios e na razoabilidade o foco seria na pessoa que foi atingida pela medida restritiva, não se retira totalmente a subjetividade da escolha da maior ou menor pontuação em favor do direito ou da medida restritiva que se escolha arbitrariamente proteger.

Tratando sobre o tema de restrições aos direitos fundamentais, J. J. CANOTILHO antevê três possíveis modalidades: aquela restrição imediata e estabelecida pela própria norma constitucional; a restritiva por lei autorizada pela

¹⁹¹ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. P. 164.

¹⁹² NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora. 2003.

constituição; e as restrições não autorizadas pela constituição, ou *limites iminentes*¹⁹³.

Das duas primeiras não se trata o presente trabalho, e sobre as quais penso não haver grande dificuldade interpretativa, posto que às normas constitucionais também se autoriza limites por ela mesma impostas visando sua aplicabilidade. No entanto, quanto as limitações não autorizadas cita o autora a dificuldade evidente que se tem de encontrar mecanismos jurídicos a impor restrições aos direitos fundamentais, citando inclusive o princípio da proporcionalidade¹⁹⁴.

Por sua vez, HUMBERTO ÁVILA sugere que a razoabilidade teria três acepções. A primeira, como a relação entre a norma abstrata e o caso concreto. A segunda, como a relação entre a medida adotada e o fim da norma pretendida. E a terceira, como a relação de equivalência entre as duas acepções. Sintetizando, para o autor haveria uma necessária congruência “*entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada*”¹⁹⁵.

De fato, não há como se desvencilhar entre o paralelo da abstração prevista na norma com o caso a ser decidido. Não se deve fazer comparações fictícias entre o que duas normas cominam, mas sim sua efetivação aplicação.

??

Já para HUMBERTO ÁVILA esta proporcionalidade seria um eficiente critério de controle dos atos da administração pública¹⁹⁶ entre os meios restritivos adotados pelo administrador e fins previsto na norma. Seria a análise concreta entre a norma ou o ato administrativo que restringe direitos e o fim ideal da própria.

Assim, para o autor, proporcional seria aquele ligado a medida menos restritiva concretamente aplicada aos fins previstos na norma abstrata.

¹⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Edições Almedina, Coimbra Portugal, 2003. P. 1276..

¹⁹⁴ Ibid., p. 1280.

¹⁹⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo. Malheiros Editores. 2006. P. 152 a 156.

¹⁹⁶ Ibid., p. 160.

Embora a razoabilidade e a proporcionalidade tenha deste modo caracteres diferenciados, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal são utilizados num mesmo contexto como sinônimos:

10272750 - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. 2. Direito constitucional e administrativo. Ensino superior. Matrícula. Perda de prazo. Motivos justificados. **Razoabilidade e proporcionalidade**. 3. [...] (**Supremo Tribunal Federal STF; Ag-RE-AgR 844.919; RS; Segunda Turma; Rel. Min. Gilmar Mendes; Julg. 03/03/2015; DJE 16/03/2015; Pág. 63**) (grifo nosso)

10262531 - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EX-AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL. TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. NOTA DE CULPA NOS REGISTROS FUNCIONAIS. ALEGADA VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS COROLÁRIOS. [...] **Proporcionalidade e razoabilidade da pena aplicada: ato vinculado do adminis trador**. Precedentes. Compatibilidade entre a indicação e o fundamento da punição aplicada. Valoração das circunstâncias pela autoridade administrativa: reexame vedado ao poder judiciário. [...] (**Supremo Tribunal Federal STF; RMS 32.495; DF; Segunda Turma; Relª Minª Carmen Lúcia; Julg. 10/06/2014; DJE 01/08/2014; Pág. 102**) (grifo nosso)

Volta-se então mais uma vez ao bom senso, ao arbítrio, a prudente análise do julgador, pois sem esta torna-se impossível solucionar as situações reais mais difíceis.

Mas qual a medida mais razoável a ser tomada pelo juiz singular quando demandado para o fornecimento de medicamento pela rede pública de saúde em favor apenas de uma pessoa quando aparentemente não há por parte do Estado qualquer justificção concreta para a recusa neste atendimento ou sua deficiência?

São comuns no âmbito do Poder Judiciário brasileiro as demandas judiciais para fornecimento de medicamentos, quase sempre fundamentada na inércia do Estado em promover sua regular dispensação ou mesmo ainda na total ausência de suas entregas, seja pela desorganização de suas provisões ou mesmo pela sempre alegada falta de recursos públicos. Vejamos:

10278228 - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. [...]. **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 (Tema 793). [...] (Supremo Tribunal Federal STF; ARE 839273; Primeira Turma; Rel. Min. Roberto Barroso; Julg. 17/03/2015; DJE 07/04/2015; Pág. 30) (grifo nosso)

10269335 - MEDICAMENTOS. INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS RESPONSABILIDADE DO ESTADO (GÊNERO) RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM AGRAVO DESPROVIDO. 1. [...]. **É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem.** 2. Conheço deste agravo e o desprovejo. (Supremo Tribunal Federal STF; AI 831.129; PE; Rel. Min. Marco Aurélio; Julg. 29/01/2015; DJE 10/02/2015; Pág. 133) (grifo nosso)

Mas como saber quando a falta de recursos públicos de fato é a medida restritiva mais razoável a fundamentar um juízo de improcedência, ou seria apenas uma ótima certificação judicial para a inércia do Estado, acobertado inclusive pela coisa julgada material que torna imóvel os efeitos da decisão de mérito?

Indubitável não ser possível prover todas as necessidades humanas relativas a saúde, isto é um fato, uma realidade. Mas a quem cabe tal comprovação? Qual o papel do Judiciário neste dilema? Sempre inércia ou de contínua e efetiva promoção dos direitos?

Tradicionalmente o Poder Judiciário é um órgão inerte, age apenas e quando provocado na medida exata da legitimidade e interesse de quem pede pois o direito subjetivo quando judicializado só assim o será tratado se reconhecido pelo juiz.

A inércia do Judiciário é um pressuposto da jurisdição alcançada pela tradição processualística que só admite intervenção do Estado nos assuntos que a pessoa não possa ou não queira resolver por si.

Já o Estado por sua função Executiva não é órgão inerte e nem demanda prévia provocação, cabendo-lhe sempre adotar eficazes mecanismos de melhorar não só a arrecadação de tributos como também adequadamente utilizá-los racionalmente.

Inerte quando devia agir, precisa ser agitado para que se mova novamente.

Demandado judicialmente, ao Estado pesa o ônus de comprovar não está ausente e nem inerte, já que é possível supor situações em que a aparente inércia possa relevar estratégia de ação.

Ainda quanto ao juízo de proporcionalidade, tem-se utilizado também os conceitos de adequação e necessidade da medida restritiva adotada como aferições desta proporção.

Adequado seria então o que estaria em perfeita conformidade com algo; adaptado, ajustado. E necessário ao absolutamente preciso; essencial, indispensável.

Por assim dizer, uma medida restritiva a um direito fundamental só seria proporcional, ou seja, harmonioso, bem conformado quando em perfeita conformidade com as mesmas normas constitucionais que expressamente assim o autorize, além de indispensável.

Voltando a questão do fornecimento gratuito de medicamentos para o tratamento pela rede pública de saúde. Proporcional seria então a medida estatal restritiva a direito fundamental de saúde praticada pelo estado quando expressamente autorizada por norma jurídica de conteúdo constitucional e indispensável no caso proposto.

E mesmo sendo proporcional ainda há de se analisar se razoável, ou seja, aceitável pela razão, justa.

Logicamente a ausência do fornecimento do medicamento poderia até não ser desproporcional pela ausência de autorização neste sentido, mas ser desarrazoada, quando demandado o fornecimento de medicamento extremamente caro para uma única pessoa quando possível com os mesmos recursos salvar outras dezenas de vida.

Não se trata de ponderar ou por na balança o direito à vida e a quantidade de recursos públicos disponíveis, mas se esta medida restritiva encontra juízo de proporcionalidade e razoabilidade no sistema jurídico.

Em sempre acirrada crítica ao decisionismo dos juízes, por expressarem opções políticas do julgador, “*segundo suas conveniências*”, LÊNIO STRECK¹⁹⁷ acentua a discussão buscando encontrar mecanismos científicos que possam contribuir para uma diminuição desta discricionariedade de escolhas políticas dos julgadores.

Cita como modernos freios deste decisionismo, em especial das instâncias iniciais do Poder Judiciário que quase sempre agem de forma *solipsista*, as Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal e também as repercussões gerais em Recursos Extraordinários daquela Corte.

E como contribuição para evitar esse viés discricionário propõe ele uma “*resposta adequada à Constituição*”¹⁹⁸ para os casos difíceis. No entanto, não traz novidade quando o assunto admite múltiplas possibilidades de decisão, como no caso da efetivação dos direitos sociais positivados como fundamentais, retornando à discricionariedade do intérprete, “*pois o problema continua na subjetividade do intérprete*”.

Apesar de afirmar não ser suficiente uma fundamentação jurídica a justificar uma escolha política, não introduz o autor ao tema nenhuma novidade de ferramenta hermenêutica que retire por completo a subjetividade de que decide.

E não há como fazer isso. Sempre haverá margem à subjetividade.

Justa será sempre a decisão que mais consonância esteja com o que se espera de um ordenamento jurídico para um dado momento.

¹⁹⁷ STRECK, Lênio. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 2014. P. 304 e 307.

¹⁹⁸ Ibid., p. 316 e 317.

É a evolução do pensamento jurídico que introduz novas necessidades de realização social e alcance do mais sublime para o direito.

Deixar margem à ineficácia dos direitos fundamentais apenas por ser uma cômoda postura política de deixar que os outros resolvam os problemas mais difíceis quando a solução poderia de plano ser dada pelo juiz, é no mínimo irresponsável e absentista. Ora, já se leva ao Judiciário exatamente porque a pretensão foi resistida.

A inércia do Poder Judiciário é uma negação da sua própria existência, posto que criado para que as pessoas acreditassem no poder de um órgão do Estado, antigo e imparcial, que solucionasse a lide surgida, sem o uso da força bruta.

E como lembra PAULO FERREIRA DA CUNHA¹⁹⁹ como pode o juiz se abster de decidir quando a própria lei exige que suas decisões não sejam obscuras, duvidosas ou imorais? Ou ainda que o obrigue a decidir mesmo nas hipóteses de lacunas da lei?

Assim, e citando o poeta *Jacques Peletier du Mans*, deve o juiz encontrar novidade nas coisas velhas, autoridade nas novas, impregnando sua sabedoria nas decisões que proferir para que o rude possa se transformar no belo e as sombras se dissipem pela luz da verdade que encontrar.

5.4. DA REPARTIÇÃO DE RECEITA DECORRENTE DA ARRECADAÇÃO DE IMPOSTOS COMO INSTRUMENTO DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O argumento restritivo à efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo os prestacionais do Estado é falta de recursos disponíveis.

No exemplo brasileiro, e em sendo a União, a entidade política que congrega as unidades federadas e detém a maior parcela da arrecadação resultante de

¹⁹⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Res Publica*. Ensaios Constitucionais. Coimbra: Almedina. 1998. P. 112 a 116.

impostos (arts. 153 a 156), segundo o modelo constitucional adotado no art. 157 e seguintes da Constituição da República de 1988, ficando os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com parcelas menores, a depender do repasse desses recursos por conveniência política do Governo Central, caberia àquela unidade política a coordenação desta gestão pública.

E embora expressamente vedada pelo art. 160 a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos, condiciona-se tais repasses ao atendimento de requisitos previstos nas Leis Complementares ns. 61, 62 e 63/1989, sob controle e fiscalização na aplicação desses recursos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n. 101/2000.

Inobstante essas balizas constitucionais de previsão de direitos fundamentais (arts. 5º a 7º, por exemplo), obrigação do Estado em garanti-los (art. 3º), previsão de arrecadação de recursos públicos por impostos (arts. 153 a 156) e repartição dessas receitas às unidades federadas (art. 157 a 162), ainda assim tem-se uma proteção deficiente dos direitos fundamentais elencados como fundamentais por opção política.

Deste modo no Brasil não faltam normas constitucionais e muito compromisso político para atender aos direitos fundamentais.

O esforço do Poder Judiciário é equalizar essas previsões normativas de direitos e obrigações do Estado e as constantes e contínuas demandas de cidadãos que as exigem para si a parcela prometida do esforço comum em viver num mesmo território, se submeter às mesmas regras, e comungar dos mesmos ideais políticos.

A omissão estatal na efetivação de direitos fundamentais nem sempre é deficiente na profusão de normas garantidores, mas essencialmente na inexecução das já existentes.

O juiz singular, de primeiro grau, e sobretudo aquele que não reside nos grandes centros e nem nas capitais, é quem inicialmente recepciona as demandas do cidadão sobretudo para atender as demandas básicas, como saúde, educação e segurança pública.

Impedir a este juiz constitucional de tornar eficaz normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais é afirmar que há cidadãos, pessoas, indivíduos que não merecem a completa proteção do Estado. E que para estes só há promessas políticas.

O juiz é a última trincheira de proteção do cidadão. Não confiar nele é adotar a antiga prática da justiça pelas próprias mãos, e na completa ausência do Estado, onde o mais forte, o que mais grita é quem concentra e detém mais oportunidades.

Os direitos fundamentais são muitos, diversificados, de complexas aplicações práticas. Por outro lado os recursos públicos são finitos e de acordo com a capacidade econômica do povo. Muitos direitos, poucos recursos. Muitas demandas, pouca atuação.

O equilíbrio a ser encontrado é garantir o máximo de direitos possíveis com os recursos disponíveis, em análise caso a caso, quando o Judiciário for provocado.

Ativismo judicial pernicioso acontecerá quando não houver recursos públicos ou tempo mínimo suficiente para uma adequada atuação do Estado. Quando não se permitir a normal atuação dos poderes públicos responsáveis pela execução dos objetivos fundamentais da República.

No entanto, havendo omissão ou deficiência na prestação desses serviços públicos, essa interpretação em última *ratio* só cabe ao juiz, pela repartição de funções republicanas por nós adotada desde a Constituição de 1891. Provocado, deverá o juiz atuar, buscando colher a pretensão, sua previsão normativa, analisando a atuação estatal até então já efetivada, com foco na mora ou omissão inconstitucional, e por fim adotando meios e estratégias para que os direitos fundamentais previstos e possíveis de serem efetivados não virem só promessas.

Abstrair esta possibilidade e admitir a inércia até mesmo do Poder Judiciário, importará em maior recuo dos poderes públicos executores da lei, pois quanto menos cobrado e exigido maior será sua inércia.

A omissão do Estado em editar norma jurídica que torne efetivo direitos fundamentais pode ser solucionada com a ação direta de inconstitucionalidade – ADI por omissão, no controle abstrato, e pela ação de Mandado de Injunção e Repercussão Geral em Recurso Extraordinário no controle concreto de constitucionalidade, e ainda no controle abstrato pelos juízes de primeiro grau.

No entanto, quando não é por falta de norma jurídica que os direitos fundamentais se tornam concretos, mas sim pela ausência da movimentação da máquina estatal em provê-los, aí sim só no controle difuso com partes subjetivas é que se pode garantir tal efetividade.

5.5. DA OMISSÃO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Exatamente por serem os princípios constitucionais atinentes aos direitos fundamentais uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo²⁰⁰, que se impõe aos Estados severos deveres de buscarem meios de os colocar em prática, já que se assim se comprometeram politicamente.

O Estado brasileiro tem o dever de garantir sejam efetivados os objetivos fundamentais por ele mesmo elevados no art. 3º da Constituição da República, não podendo ficar só na promessa sem consequências práticas o construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, sem que isso possa se tornar prático.

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 141.

Garantir é responsabilizar-se por, abonar, afiançar, tornar seguro; assegurar que a promessa seja cumprida. Não é dizer genericamente que vai fazer e não tornar concreto para o cidadão que precisa desta esperança.

Qual a credibilidade que se pode dá ao Estado quando apenas promete e não cumpre? Que apenas fala mas não age? Que planeja mas não executa?

O agir estatal é pressuposto lógico dessas promessas. Quem está na gestão pública precisa adotar meios e planejar estrategicamente para que as ideias não ficam só no papel, mas sim tragam resultados concretos às pessoas, sobretudo às mais fragilizadas, aquelas que não sabem sequer o direito que tem.

Omitir é deixar de agir ou deixar de se manifestar quando era necessário, esperado ou possível que se agisse. É a inatividade na consecução dos objetivos fundamentais inscritos na promessa política fundante.

Tais objetivos tem como pressupostos direitos individuais e coletivos positivados não só no texto constitucional, como também em tratados internacionais e em leis infraconstitucionais, os chamados direitos fundamentais da pessoa humana.

Só são fundamentais porque servem de fundamento, de alicerce, de base para o início do projeto de construção da prometida sociedade livre justa e solidária.

E partindo da premissa de que muitas das promessas ligadas aos direitos da pessoa humana são de difíceis aplicações práticas ou em alguns casos de impossíveis aplicações por questões essencialmente de falta de recursos para todos, como afirmar existir a omissão do Estado no dever de efetivar os direitos fundamentais?

Num hipotético Estado onde hajam recursos públicos em quantidade suficiente para que os serviços básicos de saúde, educação, segurança e trabalho funcionem adequadamente não é impossível que todos aqueles direitos se efetivem.

No entanto, em Estados reais onde a formação dos institutos democráticos de oportunidades iguais para todos ainda são frágeis, é bem mais difícil tais garantias.

Embora em países ditos economicamente desenvolvidos como vários países Europeus se tenha avançado em temas sociais, como o acesso de todos aos citados benefícios da modernidade, mediante o presumido esforço para o equilíbrio político e econômico, o certo é que a pessoa humana para existir dignamente sempre exigiu e sempre vai exigir um mínimo de atuação do Estado.

As necessidades das pessoas serão sempre crescentes e cada vez mais refinadas. Onde não se tem saúde, educação e segurança pública exige-se que tais serviços públicos sejam oferecidos minimamente, porque expressam a efetivação de direitos fundamentais da pessoa humana. No entanto, postos à disposição das pessoas, exige-se que cada vez mais sejam eficientes, modernos e ágeis.

A deficiência na prestação, seja por interrupções ou má prestação desses serviços importa em omissões deficientes do Estado, a demandar a rápida atuação não só política como até mesmo jurídica para forçá-lo a ser mais ágil e eficiente.

Esta proteção deficiente demonstrada por JORGE REIS NOVAIS²⁰¹ fragiliza os direitos fundamentais como “*trunfos contra a maioria*”, exatamente por serem essenciais à existência mínima da pessoa humana, e põe em risco os inúmeros objetivos e metas a serem atingidos pelo Estado e trazem insegurança jurídica, sobretudo quando há inação de Tribunal Constitucional, como aponta no caso português.

Entende NOVAIS que essa maioria contra a qual existem tais trunfos é a própria organização política do Estado, que erige e multiplica as normas constantemente por meio de representantes eleitos pelo povo, num processo democrático de que só o maior número de votantes é quem elege os representantes.

²⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático. Coimbra: Coimbra Editora. 2012.

Ainda quanto a efetivação dos direitos fundamentais ante a omissão estatal, o Plenário do Supremo Tribunal Federal no mês de agosto de 2015, por meio de Repercussão Geral em Recurso Extraordinário, autos n. RE 592581, à unanimidade, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, confirmou a constitucionalidade da cominação de obrigação de fazer contra o Poder Executivo em deixar de efetivar condições mínimas de salubridade, segurança e higiene como direitos fundamentais das pessoas presas. Vejamos:

REPERCURSÃO GERAL

Obras emergenciais em presídios: reserva do possível e separação de poderes - 1

[...] O juiz só poderia intervir nas situações em que se evidenciasse um “não fazer” comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que colocasse em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados. RE 592581/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 13.8.2015. (RE-592581)

Como se viu, o juiz só pode intervir nas situações em que se evidencie um “não fazer” comissivo ou omissivo por parte do Estado, pondo em grave e iminente riscos os direitos dos jurisdicionados.

5.5.1. A OMISSÃO DO ESTADO QUANTO A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

Neste contexto de que direitos fundamentais positivas no texto constitucional, embora trunfos contra a própria existência do Estado, e não efetivados na vida cotidiana pela omissão estatal em provê-los, tem-se a não implementação da estrutura mínima das Defensorias Públicas no plano federal e estadual no país.

Embora garantido constitucionalmente, ainda não é realidade para os mais necessitados. Inclusive, neste sentido, o Supremo Tribunal Federal chamado a

decidir sobre a omissão do Estado no implantar as Defensorias Públicas em prol daqueles que não podem constituir advogados particulares, expressamente garantiu tal direito básico previsto no inciso LXXIV do art. 5º e art. 134 da Constituição da República, pois *traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs*. Vejamos então o extrato do acórdão:

[...] O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs. – [...] - autoriza o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado e permite aos juízes e Tribunais que determinem a implementação, pelo Estado, de políticas públicas previstas na própria Constituição da República, sem que isso configure ofensa ao postulado da divisão funcional do Poder. Precedentes: RTJ 162/877-879 - RTJ 164/158-161 - RTJ 174/687 - RTJ 183/818-819 - RTJ 185/794-796, v.g.. Doutrina. (Supremo Tribunal Federal STF; AI-ED 598.212; PR; Segunda Turma; Rel. Min. Celso de Mello; Julg. 25/03/2014; DJE 24/04/2014; Pág. 59) (grifo nosso)

E como se percebe na parte final deste julgado, tal omissão autoriza não só Tribunais, como também os juízes, a determinarem ao Estado que implementem efetivas políticas para tornar certo tal direito fundamental.

O reconhecimento desta omissão decorre da interpretação a que se chega por vários métodos interpretativos constitucionais aliados a certos princípios interpretativos.

De início, já chama atenção o objetivo do constituinte ou o fim axiológico por detrás da norma (*Método Científico Espiritual*), uma vez que ao estipular ser dever do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, visa essencialmente garantir que numa disputa jurídica, seja judicial ou extrajudicial, que haja 'paridade de armas', evitando que o mais abastado de recursos tenha vantagem pela presença de advogados contratados.

Trazendo para o plano prático, e utilizando-se desta prerrogativa perante a 32ª Zona Eleitoral, e no exercício de competência criminal eleitoral para a apuração de fato supostamente criminoso imputado a cidadão nos autos da ação penal n. 363-12.2012.6.27.0032²⁰², determinei, como juiz natural do processo, seu arquivamento definitivo antes de analisar o mérito deduzido, exatamente pela ausência de ampla defesa, uma vez que naquela circunscrição jurisdicional não haviam Defensores Públicos da União aptos à defesa da pessoa acusada e nem advogados voluntários para tanto, embora requisitados.

No caso acima citado, apesar de ter adotado diversas providências administrativas de requisição de informações para a solução do problema, este ainda remanesceu não havendo alternativa senão a declaração da omissão inconstitucional no dever de prestar a assistência judiciária integral e gratuita à pessoa que se afirma sem condições de pagar por advogado particular.

Manter a ação penal como proposta importaria uma acusação sem defesa.

Neste momento interpretativo passa a ser útil o método *Tópico Problemático* que se mostra eficaz em solucionar o problema surgido por sua própria existência. Ora, por todas as ilações teóricas possíveis, prós e contra a falta de defesa, o resultado mais adequado é aquela que garante ao acusado de um crime eleitoral o direito constitucional de ser ouvido, de poder influenciar seu julgador, uma vez que o processo acusatório penal pressupõe um juiz neutro e imparcial.

Como ser um juiz neutro e imparcial sem que se possa efetivamente dá a oportunidade de a pessoa se defender? Assim não pensando é pressupor que toda acusação não depende de provas e seria válida só por advir do Estado.

É também pela análise do caso concreto que se mostra útil outro método hermenêutico, o *Concretizador* de KONRAD HESSE, citado no segundo Capítulo, pois garante a *Força Normativa de Constituição*, fazendo com que suas disposições

²⁰² BRASIL. Diário da Justiça eletrônico do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins. Disponível em www.tre-to.jus.br, publicado em 28.03.2014.

não sejam letras mortas ou desprovidas de eficácia, já que os objetivos constitucionais precisam se realizar e não serem apenas ideias ou sonhos teóricos.

De igual modo não se distancia da metódica estruturante proposta por **FRIEDRICH MÜLLER**, que também vê a necessidade de se buscar a interpretação constitucional por sua concretização.

Voltando ao processo penal acusatório eleitoral acima mencionado.

O que fazer? Manter ativo o processo contra um acusado sem defesa até ele prescrever? Aguardar indefinidamente a vontade do Estado em dotar todas as Zonas Eleitorais de Defensores Públicos, quando já houvera feito com o Ministério Público, presente em todas aquelas unidades? Ou adotar mecanismos eficazes de tornar certos que o direito fundamental ao devido processo legal e a ampla defesa constitucionalmente garantidos contra os acusados em geral de só considerá-los culpados quando de seu definitivo julgamento?

Penso ser dever do Estado prover a estrutura mínima não só de acusação como também de defesa, por isso do arquivamento.

Ocorre que nem sempre isso é possível. O bom senso impõe ao Poder Judiciário não dever buscar efetivar todos e indistintamente os direitos prestacionais pela suposta omissão do Estado, ante a reserva do possível, uma vez que os recursos públicos são de fato limitados. No entanto há de se garantir um mínimo para uma existência digna²⁰³, porém sem haver a total inércia frente a desmedidos ataques do Estado.

Mais uma vez NOVAIS²⁰⁴ chama atenção neste ponto para a necessária ponderação de bens e riscos envolvidos no decisionismo judicial, chegando a propor

²⁰³ DA SILVA, Rodrigo Medeiros O ativismo judicial como consequência da crise de representatividade. **Revista RJLB**, Ano 1 (2015), nº 3, 1419-1438. BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2011. p. 272. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito fundamental à saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. P. 134.

²⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático. Coimbra: Coimbra Editora. 2012. P. 126.

fórmula para encontrar a solução técnica mais indicada, evitando a aleatória escolha pelo bem jurídico que esteja sofrendo o maior ataque.

E ainda neste aspecto, interessante notar não haver no ordenamento jurídico português a instituição da Defensoria Pública como órgão permanente de Estado para a tutela dos hipossuficientes, seja num processo administrativo ou judicial, havendo apenas uma cooperação entre a Ordem dos Advogados e o Judiciário na indicação de profissionais que assumam tais defesas em favor dos hipossuficientes, mediante o pagamento dos honorários pelo Governo.

Não se quer dizer com isso que haja uma deficiência do Estado Português pelo modelo adotado em tutelar individualmente os que não possam contratar advogados, porém a ausência de uma estrutura de Estado faz presumir uma também inexistente estratégia de tutela coletiva dos interesses dos hipossuficientes economicamente, circunstância relevante no Brasil com seus mais de duzentos milhões de habitantes.

Deste modo, não se pode deixar de considerar que a falta de uma organização estatal em prol de uma defensoria pública de carreira, à semelhança do que já existe no Brasil (art. 134 da Constituição da República), pode contribuir para uma aparente calma em demandas que envolvam prestações positivas do Estado no tocante aos direitos sociais.

5.5.2. A OMISSÃO DO ESTADO QUANTO A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Já quanto ao direito de greve, observa-se sua previsão no art. 9º da Constituição brasileira como um direito social fundamental, pelo qual se assegura competir *aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.*

Por sua vez, o inciso VII do art. 37, contido no Capítulo VII do Título III, que trata da administração pública e da Organização do Estado brasileiro, estende este direito aos servidores públicos, porém o condiciona a termos e limites a serem

impostos por lei específica. No entanto, até os dias atuais nunca foi editada pelo Parlamento.

É sobre esta omissão de concretização que se trata esta parte do Capítulo.

A omissão do dever de agir quando possível sem por em risco não só a existência do Estado, como também suas bases de harmonia e independência entre os Poderes, evitando o chamado ativismo judicial. Por outro lado, a atuação do Estado juiz em garantir que os direitos fundamentais, sobretudo os sociais de cunho prestacional positivo sejam efetivados.

Restringir a aplicação de direitos fundamentais seja impedindo deliberadamente que algum deles seja exercido, como a liberdade de expressão, ou a restrição por proteção deficiente, com a inação do estado no dever de agir, omissão inconstitucional, impõe célere e eficaz atuação do Poder Judiciário, sob pena de enfraquecimento da força normativa do seu texto.

E ainda quanto a esta omissão estatal mais uma vez pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal durante o julgamento do Mandado de Injunção n. 708-0, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, pela falta de norma regulamentadora ao direito de greve dos servidores públicos previstos no art. 7º, inciso LXXI da Constituição da República, determinando fosse adotada como alternativa prática a ausência desta norma a lei que regulamenta o direito de greve da iniciativa privada. Vejamos então a íntegra do acórdão:

[...]II) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; [...] V) por fim, esse plexo de poderes institucionais legítima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. [...] Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. [...]. **(Supremo Tribunal Federal STF; MI 708-0; DF; Tribunal Pleno; Rel. Min. Gilmar Mendes; Julg. 25/10/2007; DJE 31/10/2008; Pág. 48)** (grifo nosso)

Destaca-se no julgado acima que a Corte apontou haver flagrante omissão legislativa na falta de norma regulamentadora diversas vezes declaradas em outros feitos de controle abstrato de constitucionalidade, não podendo a situação permanecer no estado em que se encontrava.

Dentre os métodos hermenêuticos possíveis de serem utilizados para a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal quanto ao direito de greve, observa-se que mais uma vez o *Científico Espiritual* tratado no segundo Capítulo, uma vez que o objetivo do legislador constituinte foi de reconhecer serem também trabalhadores os servidores públicos, para os quais as condições de trabalho e de renda influenciam no resultado a ser desempenhado.

Desconsiderar as condições de trabalho e de remuneração dos servidores públicos e não permitir que pudessem reivindicar melhorias até mesmo utilizando-se do direito de paralisar os serviços públicos, seria abandoná-los à mercê da conveniência política dos governos momentâneos.

Por sua vez, também se mostram úteis à concretização desta garantia constitucional os métodos *Tópico Problemático* e *Hermenêutico Concretizador* por visualizarem a necessidade de a norma constitucional se tornar eficaz para o fim a que se almeja, uma vez que os problemas de falta de condições de trabalho e de remuneração não param por aguardar os 27 (vinte e sete) anos de mora legislativa para o tema proposto.

Ora, se mostra evidentemente desarrazoado a demora de quase três décadas para editar uma norma regulamentadora de um direito fundamental. Tempo suficiente para que vários trabalhadores do setor público não só tenham iniciado como até mesmo se aposentado por tempo de serviço, sem que tivessem tido a oportunidade de exercer um direito constitucionalmente assegurado.

Durante toda esta mora legislativa, e caso não tivesse a Suprema Corte brasileira adotado a estratégia de se utilizar por analogia a já promulgada lei de greve da iniciativa privada, qualquer paralisação dos servidores públicos seria ilegal,

não lhes garantindo assim que a Constituição tivesse qualquer supremacia ou força normativa.

Neste sentido, e citando a proibição do excesso aos direitos fundamentais, HUMBERTO ÁVILA²⁰⁵ analisa a ponderação e a proporcionalidade como medidas a buscar essa racionalidade entre a omissão do Estado e o agir do Judiciário, porém sempre no caso em particular, e registrando como conclusão a necessária e obrigatória atuação deste último frente aquelas deficiências, sendo simplista a solução de impedir tal atuação, sob argumento de deixar os demais Poderes agirem.

Também no mesmo sentido da prévia compreensão do alcance da norma, da análise do caso a caso e das consequências jurídicas da opção adotada é a posição adotada por ANA PAULA DE BARCELLOS²⁰⁶.

Já sobre a vedação da proibição do excesso em controle difuso proferido nos autos de *Habeas Corpus*, o Supremo Tribunal Federal, analisando a constitucionalidade da restrição ao porte de arma de fogo como crime de perigo abstrato, afirmou que “os direitos fundamentais expressam, não apenas uma proibição do excesso (*übermassverbote*), como também podem ser traduzidos em proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*untermassverbote*)”, trazendo a solução que compatibiliza a segurança pública quanto o dever de todos de obediência às regras para uma convivência pacífica. Vejamos então o julgado:

[...] Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam, não apenas uma proibição do excesso (*übermassverbote*), como também podem ser traduzidos em proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*untermassverbote*). [...] Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias à efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. [...] 4. Ordem denegada. (Supremo Tribunal Federal STF; HC 106.163; RJ; Rel. Min. Gilmar Mendes; DJE 14/09/2012; Pág. 27) (grifo nosso)

²⁰⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo. Malheiros Editores. 2006. P. 175.

²⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. P. 300 a 302

Em outro julgado e estendendo a proteção ao direito da profissão de jornalista, sem a necessidade de apresentação de diploma, por ausência de previsão legal restritiva, por ser o jornalismo “*uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação*”, não vislumbrou a Suprema Corte qualquer alteração constitucional apta à restrição. Vejamos:

[...] A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial. 5. Jornalismo e liberdades de expressão e de informação. Intepretação do art. 5º, inciso XIII, em conjunto com os preceitos do art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220 da constituição. O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. [...] (Supremo Tribunal Federal STF; RE 511.961; SP; Tribunal Pleno; Rel. Min. Gilmar Mendes; Julg. 17/06/2009; DJE 13/11/2009; Pág. 16) (grifo nosso)

Como se tem observado nos julgados acima, o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal aos direitos fundamentais não tem sido de total ou irrestrita aplicação, sem ponderação com necessidade ou razoabilidade. Percebe-se movimentação jurisprudencial no sentido de tornar efetivos tais direitos, porém garantindo não só o excesso protetivo, como impedindo a proteção deficiente.

Em crítica ao trabalho apontado por JORGE REIS NOVAIS, que considera “*trunfos contra a maioria*” os direitos sociais, por demandarem uma necessária atuação positiva do Estado, LUÍS PEREIRA COUTINHO²⁰⁷ aponta que esses direitos sociais deveriam ser tão somente “*compromissos normativas da comunidade*”.

É que para o autor, não há razão para considerar proteção deficiente a direitos sociais quando eles estão expressamente elencados no texto constitucional, como no caso Português, e brasileiro, embora por ele não citado.

Para LUIS PEREIRA COUTINHO a existência dos direitos sociais no texto constitucional já demonstram efetivo compromisso em sua implementação, não

²⁰⁷ COUTINHO, Luiz Pereira. Os direitos sociais e a crise: algumas notas. **Revista Direito & Política**. Dezembro de 2012. A. 1. N. 1. Outubro. P. 75

havendo deficiência por falta de lei, e nem dever de o juiz fazer a escolha por efetivar aquele que entende mais fragilizado, por ser esta a atuação do poder político, e não jurídico.

No entanto, percebe-se que o autor não demonstra em seu estudo como materializá-lo durante a jurisdição constitucional.

É porque os direitos sociais, sejam impressos na constituição, como no caso português e brasileiro, ou em normas infraconstitucionais como no caso americano e alemão, não deixam de ser direitos contra o Estado, ou seja, exigíveis coercitivamente para a hipótese de inércia.

De fato em momentos de crise econômica pela qual não só passa Portugal, como também o Brasil, as soluções políticas e jurídicas quando o tema é a efetivação de direitos fundamentais sociais precisam levar também em consideração a impossibilidade material de executá-las. Porém, será que todas as soluções são impossíveis por falta de recursos? Ou haverão muitas que demandariam apenas uma boa gestão pública?

No Brasil há vinte e seis Estados Federados e um Distrito Federal onde situa-se a Capital, Brasília. Integram ainda a República cinco mil e quinhentos e setenta municípios espalhados em mais de oito milhões de quilômetros quadrados de Território, com população nacional ultrapassando os duzentos e quatro milhões de habitantes²⁰⁸. E embora o país seja uma das maiores economias do mundo, temos enormes desigualdades regionais.

Há Estados e Municípios muito ricos outros tantos muitos pobres. A repartição de receita decorrentes de impostos ainda não é a mais indicada por se concentrar mais nos Estados produtores. Assim, há lugares onde os serviços públicos de saúde, educação e segurança pública são de boa qualidade, alguns até de excelência, onde os recursos públicos não são a origem do problema, como a maioria dos Estados da Região Sudeste, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, e

²⁰⁸ Disponível em <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2972>, acesso em 01.09.15.

há outros Estados, sobretudo das Regiões Norte e Nordeste, onde o dinheiro não chega suficiente.

Reduzir essa desigualdade é objetivo fundamental da República que impõe também atuação ao Poder Judiciário, quando provocado, por não ser razoável se perceber a má distribuição de riquezas entre todos os beneficiários dos frutos da nação.

5.5.3. A OMISSÃO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Expressando essa desigualdade regional, é tema presente nas demandas judiciais brasileiras o direito social à saúde pública.

É que em nossa Constituição nos art. 6º, inciso II do art. 23, art. 30, alínea "e" do inciso VII do art. 34, inciso III do art. 35, art. 194, §10. do art. 195, art. 196, art. 197, art. 198, art. 200 à saúde pública foi a todos assegurada como direito social e fundamental sem indicação de limitações não só de beneficiários como também de valores ou complexidade, e com expressa previsão de solidariedade em sua efetivação entre a União, os Estados Federados, o Distrito Federal e os Municípios, sendo até motivo para intervenção da União nos Estados ou destes nos seus respectivos Municípios para a hipótese de inércia em sua execução orçamentária.

Em regulamentação ao chamado pela Constituição de *Sistema Único de Saúde – SUS* há a Lei Federal n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que *dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde - SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, e dá outras providências*, e também a Lei Federal n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que trata sobre *as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*.

Como se percebe, não é por falta de norma constitucional ou mesmo norma regulamentadora que o direito à saúde pública no Brasil não seja plenamente efetivado. Recorrente na verdade é a inércia na sua gestão pública, o que tem

demandado do Poder Judiciário brasileiro, desde o Supremo Tribunal Federal até o juiz de primeiro grau, a adoção de mecanismos processuais visando tornar concreto esta garantia fundamental, não só no controle concentrado como também no controle difuso de constitucionalidade.

É que sendo o direito à saúde parte dos direitos fundamentais, tornam-se indivisíveis e interdependentes, “*enquanto decorrente da proteção mais abrangente à pessoa humana*”²⁰⁹, devendo ser mantida e preservada a supremacia da Constituição.

Por direito fundamental à saúde pública entende-se não só a prestação do serviço de saúde pelos diversos profissionais da área, como também pela disponibilização de equipamentos para consultas e exames, e ainda o fornecimento de medicamentos, próteses, órteses e pagamentos por deslocamentos para centros mais avançados e especializados.

No sentido do acima afirmado observa-se os julgados abaixo proferidos pelo Supremo Tribunal Federal:

[...]. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o poder público, a quem incumbe formular. [...] A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. [...]. (Supremo Tribunal Federal STF; Ag-REExt 858.908; RJ; Rel. Min. Celso de Mello; Julg. 26/02/2015; DJE 04/03/2015; Pág. 341) (grifo nosso)

10252054 - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. Responsabilidade solidária dos entes federativos. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal STF; RE-AgR 740.397; ES; Segunda Turma; Rel^a Min^a Carmen Lúcia; Julg. 25/06/2013; DJE 15/08/2013; Pág. 90) (grifo nosso)

10284538 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONVERSÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. SOLIDARIEDADE ENTRE OS

²⁰⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito fundamental à saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. P. 220.

ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 2. **Incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população**, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal, responsabilidade solidária entre os entes da Federação. 3. Agravo regimental não provido. **(Supremo Tribunal Federal STF; ARE 808249; Segunda Turma; Rel. Min. Dias Toffoli; Julg. 07/04/2015; DJE 30/04/2015; Pág. 70)** (grifo nosso)

10278228 - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. 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**. 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 (Tema 793). Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. **(Supremo Tribunal Federal STF; ARE 839273; Primeira Turma; Rel. Min. Roberto Barroso; Julg. 17/03/2015; DJE 07/04/2015; Pág. 30)** (grifo nosso)

10277596 - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. TRATAMENTO NÃO PREVISTO PELO SUS. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. PRECEDENTES. 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. **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** (Tema 793). [...]. **(Supremo Tribunal Federal STF; RE 831385; Primeira Turma; Rel. Min. Roberto Barroso; Julg. 17/03/2015; DJE 06/04/2015; Pág. 32)** (grifo nosso)

10277659 - ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Recurso extraordinário. Preliminar de repercussão geral. Fundamentação insuficiente. Ônus do recorrente. Direito à saúde. Determinação de prestação de tratamento cirúrgico. **Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inocorrência**. Responsabilidade solidária entre os entes federados. Jurisprudência reafirmada sob a sistemática da repercussão geral no julgamento do re 855.178 - Rg (rel. Min. Luiz fux, tema 793). Agravo regimental a que se nega provimento. **(Supremo Tribunal Federal STF; RE 848083; Segunda Turma; Rel. Min. Teori Zavascki; Julg. 17/03/2015; DJE 06/04/2015; Pág. 49)** (grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal tem afastado até mesmo a teoria da reserva do possível como justificção à não efetivação do mínimo existencial quando o tema é direito à saúde, exatamente no mesmo sentido dos julgados acima, que é tornar certo o direito assegurado. Vejamos:

[...] **A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público. A teoria da " restrição das restrições " (ou da " limitação das limitações "). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197). [...]** (Supremo Tribunal Federal STF; ARE-AgR 727.864; PR; Segunda Turma; Rel. Min. Celso de Mello; Julg. 04/11/2014; DJE 13/11/2014; Pág. 65) (grifo nosso)

[...]. **A médica que acompanha a parte autora é quem tem as melhores condições de avaliar o tratamento mais indicado. Fator de relativização do princípio da reserva do possível.** Descabimento. Afronta aos princípios da universalidade, igualdade e isonomia. Inocorrência. É de ser mantida a decisão, uma vez que o agravo interno apenas reitera os argumentos já analisados quando da interposição do agravo de instrumento. Agravo desprovido. " 3. Agravo regimental desprovido. **(Supremo Tribunal Federal STF; ARE-AgR 804.792; RS; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 26/08/2014; DJE 11/09/2014; Pág. 49)** (grifo nosso)

E no mesmo sentido dos julgados proferidos pela Corte Constitucional, há idênticos pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário Nacional responsável pela uniformização da jurisprudência entre as unidades federadas:

[...] 2. **Esta corte superior tem firmada a jurisprudência de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da união, dos estados e dos municípios, de modo que qualquer um desses entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de problema de saúde.** 3. Agravo regimental desprovido. **(Superior Tribunal de Justiça STJ; AgRg-Ag 1.117.002; Proc. 2008/0246693-4; RS; Primeira Turma; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; DJE 08/04/2015)** (grifo nosso)

84098990 - ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. 1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde. SUS é de responsabilidade solidária da união, estados membros e municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. 2. Agravo regimental não provido. **(Superior Tribunal de Justiça STJ; AgRg-REsp 1.501.433; Proc. 2014/0314709-5; RJ; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; DJE 31/03/2015)** (grifo nosso)

84073329 - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA PELO STF NÃO ENSEJA O SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL EM TRÂMITE NO STJ. 1. **Conforme entendimento**

predominante no Superior Tribunal de Justiça, o ministério público detém legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública objetivando a proteção do direito à saúde de pessoa hipossuficiente, porquanto se trata de direito fundamental e indisponível, cuja relevância interessa a toda a sociedade. [...] Superior Tribunal de Justiça STJ; AgRg-REsp 1.363.949; Proc. 2013/0016022-1; MG; Primeira Turma; Rel. Min. Sérgio Kukina; DJE 03/02/2015) (grifo nosso)

A omissão do Estado na razoável gestão pública de saúde tem imposto ao Poder Judiciário ser uma instância de constante solicitação do cidadão.

E não se percebe por parte do Poder Público movimentação para demonstrar está cumprindo o possível, e que a deficiência seja exatamente pela impossibilidade material.

Como se percebe, o constituinte elevou o direito social à saúde como uma das prioridades do Estado brasileiro, para o qual direcionou a força de sua máquina não só em arrecadação de tributos, como também repartição de receitas²¹⁰, deixando claro que sem uma saúde pública de qualidade não haveria uma digna qualidade de vida da pessoa.

Prevendo tal direito fundamental, sem apresentar restrições, erigiu-se uma força normativa a impregnar todo o ordenamento jurídico inferior, o qual não pode a partir de então apresentar condicionantes ou mecanismos de diminuição de sua efetividade.

Deste modo, a interpretação judicial, seja do juiz singular ou até mesmo da Suprema Corte constitucional precisa ser de tal forma que garanta eficácia deste objetivo máximo do legislador constituinte.

E utilizando-se dos métodos interpretativos mencionados no segundo Capítulo, de plano observa-se que o primeiro intérprete deste direito é seu próprio destinatário, como já advertia PETER HÄRBERLE em a “*sociedade aberta de intérpretes*”, ou seja, a pessoa humana residente no país que necessite dos serviços públicos de saúde.

²¹⁰ Vê item 5.4. **DA REPARTIÇÃO DE RECEITA DECORRENTE DA ARRECADAÇÃO DE IMPOSTOS COMO INSTRUMENTO DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Ora, neste aspecto, os textos constitucionais brasileiro e português sequer condicionaram ser a pessoa cidadã de qualquer um dos dois países, bastando assim que neles apenas resida.

Deste modo, erigido o direito, reconhecido seu destinatário, e buscando ele os postos de saúde para atendimento na ponta do serviço público, e havendo recusa, surge para o titular a pretensão de se cobrar sua máxima efetividade.

E voltando aos métodos interpretativos, tem-se não só presente o *clássico hermenêutico*, pela simples leitura gramatical dos diversos dispositivos mencionados, como também é possível denotar o *Científico Espiritual*, posto que o sentido axiológico por detrás da norma é essencialmente a dignidade da pessoa humana. Também se encontra possível de se utilizar, o método *Hermenêutico concretizador*, posto que sem este não teria a constituição a força normativa que precisa ter.

E efetividade do texto constitucional está na medida exata de sua máxima aplicação. Quanto maior for o espectro de sua abrangência, maior será a possibilidade de tornar concreta e melhor a vida das pessoas.

5.5.4. A OMISSÃO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Toda prestação de serviço pressupõe planejamento, gestão e acompanhamento dos resultados, visando garantir que o prometido seja cumprido na medida do possível. Tal ônus está com o Poder Público por expresso comando constitucional e legal, não devendo o Poder Judiciário procurar fazer a gestão da saúde, mas sim, e quando demandado, adotar mecanismos que tornem eficazes os direitos pleiteados.

Inconcebível é que vivendo numa mesma sociedade hajam pessoas que sejam beneficiárias de bons serviços públicos de saúde, e outras não tão somente por uma questão de gestão.

Necessário é que as pessoas que vivem numa dada sociedade percebam a importância de se “*reconhecer numa única cultura política*” como afiança JURGEN HABERMAS²¹¹, embora haja e seja útil a diversidade da cultura regional pois enriquece a experiência coletiva.

O que se apercebe pernicioso é a abstenção do Estado em buscar unir essas subjetividades ou mesmo trazer para um plano mais horizontal as necessidades básicas de seus diversos integrantes.

À semelhança da proteção do direito social da saúde pública, o tema educação no texto constitucional brasileiro também é tratado com largo enfoque normativo (art. 6º, inciso XXIV do art. 22, inciso V do art. 23, inciso IX do art. 24, inciso VI do art. 30, alínea "e" do inciso VII do art. 34, inciso III do art. 35, art. 205, 206, 208, 210, 211, 212, 213, 214), não demonstrando ser falta de norma regulamentadora o problema.

Em regulamentação a esta obrigação constitucional de prestar o serviço público de educação há a Lei Federal n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que *estabelece as diretrizes e bases da educação nacional*.

Diferentemente da garantia constitucional assegurada ao direito à saúde, o direito à educação gratuita encontra balizas constitucionais, como acima demonstrado no art. 208 do texto constitucional, pelo qual o dever do Estado de prestar educação básica e gratuita é direcionada às pessoas de 04 (quatro) a 17 (dezesete) anos, e em educação infantil, nas creches e pré-escolas, às crianças até 5 (cinco) anos de idade, embora também se assegure sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria, além de progressiva universalização do ensino médio gratuito.

Embora tais previsões normativas chega ao Poder Judiciário demandas visando tornar efetivo este direito pela omissão do Estado em prestá-lo adequadamente, como no julgado abaixo proferido pelo Supremo Tribunal Federal

²¹¹ HABERMAS, Jurgen. A ética da discussão e a questão da verdade. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes. 2004. P. 35.

afastando novamente a alegação da reserva do possível como limitação material ao direito mencionando, e expressamente citado a vedação ao retrocesso social, ante as garantias já adquiridas. Vejamos:

[...] A cláusula da reserva do possível - Que não pode ser invocada, pelo poder público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria constituição - Encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - [...] A proibição do retrocesso social como obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento, pelo poder público, de direitos prestacionais. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - [...]. (Supremo Tribunal Federal STF; AG-RE-AgR 639.337; SP; Segunda Turma; Rel. Min. Celso de Mello; Julg. 23/08/2011; DJE 15/09/2011; Pág. 65) (grifo nosso)

[...] 2. O poder judiciário pode efetuar o controle judicial dos atos administrativos quando ilegais ou abusivos. 3. Agravo regimental não provido. (Supremo Tribunal Federal STF; AI-AgR 658.491; GO; Primeira Turma; Rel. Min. Dias Toffoli; Julg. 20/03/2012; DJE 07/05/2012; Pág. 16) (grifo nosso)

Tem-se demonstrado pelos julgados aqui citados ser da nossa tradição jurídica a participação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, mesmos os sociais e prestacionais do Estado, não ficando inerte frente a ataques sejam por ação ou omissão.

Mais uma vez é possível se reconhecer como primeiro intérprete da norma seu próprio destinatário, como acima esclarecido a respeito da “*sociedade aberta de intérpretes*” de PETER HÄRBERLE em ou seja, a pessoa humana residente no país que necessite dos serviços públicos de educação.

E à semelhança do direito social à saúde, aqui também o constituinte sequer condicionou ser a pessoa cidadã brasileira ou portuguesa, ou seus pais, ou mesmo ter antes sido aqui beneficiada de outro serviço público de educação, e nem que venha a contribuir com algum numerário para sua aplicação.

É que este direito, assim como todos os fundamentais da pessoa humana, tem por fim último uma vida minimamente digna, posto que sem a educação,

evidentemente toda a organização social entraria em colapso, não mais se estruturando as relações sociais, e até familiares, além dos demais serviços públicos serem afetados pela má prestação por pessoas sem os necessários níveis de conhecimento técnico científico, e também seria um retorno às fases mais primitivas dos agrupamentos sociais.

Já com relação aos métodos interpretativos por parte do juiz, mais uma vez encontram-se presentes e úteis o *Método Tópico Problemático* e o *Hermenêutico Concretizador*, por observarem que do problema surgido, ausência de um serviço público de educação ou sua deficiente prestação, é possível concluir na imediata aplicação das normas constitucionais, independentemente de qualquer regulamentação, passando assim a garantir a força normativa da Constituição na exata medida de sua máxima eficácia.

É que a omissão do dever de agir gera lesão direta a comando constitucional de respeito a direitos básicos e fundamentais da pessoa humana, ficando o Estado com a responsabilidade pela demonstração de cumprimento de suas disposições, sob pena de caracterização de omissão inconstitucional apta a uma válida atuação do Poder Judiciário.

CONCLUSÕES

O Direito é a ciência criada para resolver os conflitos humanos sem a necessidade da violência ou de armas. É uma constante luta no plano das ideias para evitar o conflito físico ou de palavras e gestos entre as pessoas.

E o Estado, quando no exercício desta relevante função de dizer o justo e voltar ao equilíbrio, deve garantir efetivos meios de o vencedor auferir e usufruir o bem jurídico tutelado, sem a necessidade do uso da força.

Permitir que o direito previsto e que equalizaria as relações sociais possa ser violado e não haver consequências é garantir sua total ineficácia e desnecessidade.

Vimos que ao Poder Judiciário transfere-se parcela da vontade política do Estado em interpretar o direito sobretudo para manter a força normativa da Constituição. E que há especial dificuldade na interpretação de normas que expressam direitos fundamentais ante a alta carga valorativa neles embutidas, não podendo haver retrocesso frente as conquistas do direito vigente, sob pena de não se está de fato garantido a dignidade da pessoa humana.

Com especial enfoque, observou-se que o juiz, como último intérprete da norma, não deve tutelar sempre o direito fundamental sob maior ataque, mas sim encontrar um critério científico que leve em consideração os ganhos do direito fundamental violado com os resultados das medidas restritivas a ele impostas.

Foram abordados também os métodos de interpretação constitucional, porém sem exclusividade ou escolha por algum deles, já que se complementam por não serem excludentes. Vistos então o método jurídico (Ernst Forsthoff), tradicional, como assim enunciado; método tópico-problemático de Theodor Vichweg; método hermenêutico-concretizador de Konrad Hesse; método científico-espiritual por Rudolf Smend; e o método jurídico normativo-estruturante, por Friedrich Müller

No plano dos princípios interpretativos, a solução encontrada foi a harmonia entre todos e a não preferência ou alta valoração por partes do texto constitucional,

já que sua força decorre exatamente de sua unidade. Abordados deste modo os princípios da supremacia da Constituição, da unidade de seu texto, máxima efetividade de suas disposições, e também sua força normativa. Por fim, com especial atenção ao princípio da interpretação conforme, não só no controle concentrado como também no difuso de constitucionalidade, até mesmo pelos juízes de primeiro grau de jurisdição, já que todos devem respeito aos anseios da norma maior.

Analisadas também estiveram as técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, não só a declaração de inconstitucionalidade com e sem redução do texto, como também a diferenciação desta última com a interpretação conforme, tendo ficado esclarecido que a interpretação conforme pressupõe a manutenção de um sentido compatível com a norma constitucional paradigma, e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto parteria da premissa que uma fração da norma objeto é inconstitucional, se aplicada como proposta.

Após apresentação da estrutura judiciária brasileira, foram explanadas também as ações constitucionais de controle concentrado (ação direta de inconstitucionalidade - ADI, ação declaratória de constitucionalidade – ADC e a ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF) que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, e esclarecidas as novas formas de controle de constitucionalidade no Brasil, como a repercussão geral em recurso extraordinário, o mandado de injunção, as súmulas vinculantes e as súmulas impeditivas de recursos, a reclamação constitucional, passando também pelo controle de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais estaduais, os quais exercitam o controle difuso por seus órgãos colegiados, chegando ao final com a análise do controle de constitucionalidade pelos juízes de primeiro grau.

E ainda quanto ao controle difuso de constitucionalidade foi abordada a questão do controle de convencionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, ante sua posição na hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro, podendo chegar até mesmo a serem equipados ao próprio texto constitucional,

como abordado pela doutrina de Direito Internacional, ou ainda equipadas às emendas à constituição vigente.

Finalizando aquela abordagem foi tratada especificamente a questão da omissão do Estado frente aos direitos fundamentais, como realidade jurídica a ser enfrentada pelo Poder Judiciário.

Neste ponto reconheceu-se aos direitos fundamentais seu papel de destaque no ordenamento jurídico constitucional do Estado de Direito Democrático, por sua importância em não mais se perder de vista a possibilidade de concretizá-los por inatividade do próprio Estado.

Ficou certo que os direitos fundamentais não estão só no texto constitucional, mas também espargidos por todo o sistema jurídico interno e externo, pelos quais o foco a ser tutelado deva ser a pessoa humana, e que os limites a ele ponderáveis não devam ser tais que os inviabilizem ou os tornem meras promessas vazias de consequências, e que é papel do juiz encontrar novidade nas coisas velhas, autoridade nas novas, impregnando sua sabedoria nas decisões que proferir para que o rude possa se transformar no belo e as sombras se dissipem pela luz da verdade que encontrar.

Porém mais especificamente foram tratadas as omissões estatais quanto a falta da assistência judiciária gratuita, quanto a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, e as omissões quanto a prestação dos serviços de saúde e educação.

É que enquanto as demais funções do Estado preocupa-se com o garantir o bem está do povo, ao Judiciário deve-se levar apenas os litígios desta inexecução.

Como abster-se, distanciar-se, negar atuação ou mesmo manter os olhos fechados frente a inércia estatal em garantir um direito fundamental quando possível fazê-lo?

Se o descompasso entre o texto constitucional e a realidade social é motivo para a instauração de uma nova ordem constitucional, por um processo revolucionário, como admitir válida a inércia do Poder Judiciário, que também integra esse mesmo Estado em tornar certos os direitos das pessoas?

As decisões judiciais que põe luzes sobre a omissão inconstitucional do Estado não deixa de ser um diagnóstico de um sintoma da fragilizada social.

Em conformidade com as conclusões a que também chegou INGO SARLET²¹², o dirigismo constitucional dos direitos fundamentais está no sentido de impedir uma frustração desta vontade constitucional, especialmente em países em desenvolvimento, como a maioria dos estados latino-americanos cujos textos constitucionais são analíticos para que se impeça resultados constitucionalmente inadequados e, portanto, ilegítimos.

É que o Direito não existe por si mesmo como apenas um ideal, mas sim para garantir que o bem está de todos possa ser efetivo e concretizado.

Se por ativismo judicial denominarmos os momentos em que o próprio Estado submete-se às leis por ele mesmo criadas, poder-se-ia também chamar de *Estado de Direito Democrático*.

Desprezar a efetivação dos direitos fundamentais quando possível pelo simples argumento de não ser da atribuição do Poder Judiciário mas sim dos demais poderes da República é desconsiderar que se deve à pessoa humana um mínimo de dignidade, que a possa tornar igual às demais.

Sem a garantia de um mínimo de dignidade a todos, haverão pessoas que por razões históricas, políticas, econômicas ou sociais terão mais oportunidades que outras, para as quais a vida não encontra motivos de inquietação, onde tudo está no seu devido lugar.

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. **Revista Internacional de Direito Público - RIDB**, 2013. A. 2. N 1. p. 816.

Já para aqueles que não conseguem acesso a mínimos serviços públicos essenciais como saúde, educação e segurança pública a vida torna-se uma surpresa a cada dia, onde a sensação de ausência de proteção pode levar a revolta e a insensatez.

Em razão do duplo aspecto dos direitos fundamentais ou de sua “*multifuncionalidade*”²¹³, subjetivo por serem direitos da pessoa humana exigíveis contra todos, e objetivo por comandar todas as funções públicas estatais em sua consecução, não só impedindo o Poder Legislativo infraconstitucional de inovar a realidade jurídica com normas que os contradigam ou tenda a aboli-los, como também impondo ao Poder Executivo o dever de efetivá-los por meio de políticas públicas capazes de resultados concretos e por fim indicando ao Poder Judiciário o modo pelo qual suas disposições devam ser interpretadas para lhes garantir a máxima eficácia.

A total inércia do Poder Judiciário em efetivar os direitos fundamentais induz a inflação do Poder Executivo em não se interessar por buscar meios de concretizá-los, bem como faz adormecer o Poder Legislativo em inovar a ordem jurídica com a alteração de legislações inócuas ou em desusos que só justificam aquela inatividade.

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 299.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, Virgílio. A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme a constituição e o dogma da legislação negativa. Revista O Direito. Lisboa. 2006. A. 138. N. 1.

ALEXANDRINO, José de Melo. Hermenêutica dos Direitos Humanos. Texto revisto da conferência proferida no Curso “Tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais”, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito do Acordo-quadro de cooperação com o Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM) e a Universidade do Norte do Paraná (UENP), entre 11 e 13 de Janeiro de 2011

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução da 5ª edição por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo. Malheiros Editores. 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2011.

_____. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

_____. Constituição (1824). Constituição política do Imperio do Brazil. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 13 fev 2012.

_____. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União em 11 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 30 jan 2012.

_____. Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do

§ 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário Oficial da União em 06 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 30 jan 2012.

_____. Código de Processo Civil. LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. DOU 17/1/1973, rep. DOU 27/7/2006

_____. Novo Código de Processo Civil. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. DOU 17/3/2015

BRITO, Miguel Nogueira de e COUTINHO, Luís Pereira. A 'igualdade proporcional', novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n. 187/2013. Revista Direito & Política. Julho – outubro 2013

_____. A constituição constituinte. Ensaio sobre o poder de revisão da constituição. Coimbra: Coimbra Editora. 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. Direito Constitucional ao alcance de todos. 39ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAETANO, Marcello. Manual de ciência política e direito constitucional. Revista e ampliada por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina. 2003. 1 V.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e argumentação. Uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais. 2007. 1 V.

_____. Constituição da República Portuguesa anotada. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais. 2007. 2 V.

_____. Brancos e interconstitucionalidade. Coimbra: Almedina. 2006.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Edições Almedina. 2003.

CONDE, Enrique Álves. Curso de Derecho Constitucional. El Estado Constitucional. El Sistema de Fuentes. Los derechos y Libertades. Madrid: Editora Tecnos. 2008. 1 V.

COUTINHO, Luiz Pereira. Os direitos sociais e a crise: algumas notas. Revista Direito & Política. Dezembro de 2012. A. 1. N. 1. Outubro.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Direito Constitucional Geral. Lisboa: Editora Quid Juris?. 2006.

_____. Res Publica. Ensaios Constitucionais. Coimbra: Almedina. 1998.

DA SILVA, Rodrigo Medeiros O ativismo judicial como consequência da crise de representatividade. Revista RJLB, Ano 1 (2015), nº 3, 1419-1438

DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (1776). In Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2012. [Consult. 2012-12-28]. Disponível em [http://www.infopedia.pt/\\$declaracao-de-independencia-dos-estados](http://www.infopedia.pt/$declaracao-de-independencia-dos-estados)>. Acesso em 29.07.15.

DWORKIN, Ronald. Justiça para ouriços. Tradução Pedro Elói Duarte. 2012. Coimbra: Almedina.

FAUSTO, Boris. História do Brasil. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito fundamental à saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

FONSECA, Rui Guerra. Montesquieu e a moderna identidade do poder administrativo. Revista Direito & Política. Dezembro de 2012. A. 1. N. 1. Outubro.

GIORDANI, Mário Curtis. História dos Séculos XVI e XVII na Europa. Petrópolis: Vozes, 2003.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris. 1997.

HABERMAS, Jurgen. A ética da discussão e a questão da verdade. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes. 2004.

_____. Verdade e justificação. Ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola. 2004.

HEGEL, Guillermo Federico. Filosofía del derecho. Buenos Aires: Editorial Claridad. 1968. 5 v.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1991

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

_____. Jurisdição constitucional. Tradução por Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto e BERCOVICI, Gilberto. Entrevista com Friedrich Müller. Revista Seqüência, dez. 2005, nº 51, p. 9-30

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Não se menciona editora e nem ano da tradução. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf acesso em 15.07.2013,

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e garantia da constituição. Coimbra: Coimbra Editora. 2014. 3 v. T 6.

_____. Teoria do Estado e Constituição. Coimbra: Coimbra editora. 2002.

MONTESQUIEU. De L'esprit des loix, Laurent Versini. Paris : Éditions Gallimard, 1995

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Editora Atlas. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Teses sobre a estrutura das normas jurídicas. Texto traduzido do espanhol por Rossan Ingrid Jansen dos Santos, revisto por Sinéia dos Santos Rosa e Daniela de Abreu Santos. Revista dos Tribunais. Ano 102, março de 2013, Volume n. 929.

NASCIMENTO, Carlos Valder; Theodoro Júnior, Humberto & FARIA, Juliana Cordeiro de. Coisa Julgada inconstitucional. A questão da segurança jurídica. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora. 2003.

_____. Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático. Coimbra: Coimbra Editora. 2012.

_____. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 2009.

OTERO, Paulo. Direito Constitucional. Identidade constitucional. Coimbra: Almedina. 2010. 1 v.

_____. Direito Constitucional Português. Organização do Poder Político. Coimbra: Almedina, 2010. 2 V.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado. São Paulo: Editora Método, 2009.

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Cristina. Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra editora. 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Tradução de Ridendo Castigat Mores. Disponível em www.jahr.org. 2002.

SANTOS, Paulo Júnior Trindade dos. Jurisdição constitucional e o embate que o antecede em Kelsen e Schmitt. In Revista da ESMESC. V. 20, n. 26, dez 2013. P. 381 a 481.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007.

_____. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. Revista Internacional de Direito Público - RIDB, 2013. A. 2. N 1.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Tradução Francisco Ayala. Salamanca: Aliança Edital. 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Qu'est-ce que le Tiers état? Paris. Editions du Boucher. 2002.

SOARES, Rogério Ehrhardt. Direito público e sociedade técnica. Tenacitas. 2008.

STRECK, Lênio. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 2014.

VECCHIO, Giorgio Del. História da Filosofia do Direito. Tradução e notas de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Editora Lider. 2010,

WEIS, Carlos. Direitos humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros Editores. 2012.