

COORDENAÇÃO:

ALVARO LUIS DE A. S. CIARLINI

XIX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DO IDP GRUPO DE TRABALHO (GT): HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

AUTORES:

AUGUSTO VANZIN ESPÍNDOLA

FABRÍCIO JOSÉ KLEIN

RÔMULO DE MORAIS E OLIVEIRA

DANIEL VIEIRA BOGÉA SOARES

KAYO CÉSAR ARAÚJO DA SILVA

GERFISON SOARES DA SILVA

FERNANDA BAUFAKER REGO

Coordenação
Alvaro Luis de A. S. Ciarlini

**XIX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO
CONSTITUCIONAL DO IDP - GRUPO DE
TRABALHO (GT): HERMENÊUTICA
CONSTITUCIONAL**

1ª edição

AUTORES:

Augusto Vanzin Espíndola

Fabício José Klein

Rômulo de Moraes e Oliveira

Daniel Vieira Bogéa Soares

Kayo César Araújo da Silva

Gerfison Soares da Silva

Fernanda Baufaker Rego

IDP
Brasília
2016

CONSELHO CIENTÍFICO – SÉRIE IDP/SARAIVA

MEMBROS EFETIVOS:

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes

Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer

Coordenador-Geral: Walter Costa Porto

Coordenador Executivo da Série IDP: Sergio Antonio Ferreira Victor

1. Afonso Códolo Belice (discente)
2. Alberto Oehling de Los Reyes – Universitat de l'ès Illes Balears/Espanha
3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho – IDP/SP
4. António Francisco de Sousa – Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Portugal
5. Arnoldo Wald
6. Atalá Correia – IDP/DF
7. Carlos Blanco de Moraes – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
8. Everardo Maciel – IDP/DF
9. Fabio Lima Quintas – IDP/DF
10. Felix Fischer
11. Fernando Rezende
12. Francisco Balaguer Callejón – Universidad de Granada/Espanha
13. Francisco Fernández Segado – Universidad Complutense Madrid/Espanha
14. Ingo Wolfgang Sarlet – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/RS
15. Jacob Fortes de Carvalho Filho (discente)
16. Jorge Miranda – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
17. José Levi Mello do Amaral Júnior – Universidade de São Paulo – USP
18. José Roberto Afonso – FGV
19. Janete Ricken Lopes de Barros – IDP/DF
20. Julia Maurmann Ximenes – IDP/DF
21. Katrin Möltgen – Faculdade de Políticas Públicas – FhÖV NRW/Alemanha
22. Lenio Luiz Streck – Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS
23. Ludger Schrapper
24. Marcelo Neves – Universidade de Brasília – UNB
25. Maria Alicia Lima Peralta
26. Michael Bertrams
27. Miguel Carbonell Sánchez – Universidade Nacional Autónoma do México – UNAM
28. Paulo Gustavo Gonet Branco – IDP/DF
29. Pier Domenico Logroscino – Università degli studi di Bari Aldo Moro/Itália
30. Rainer Frey – Universität de Münster/Alemanha
31. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch – IDP/DF
32. Rodrigo de Oliveira Kaufmann – Universidade de Brasília – UNB
33. Rui Stoco
34. Ruy Rosado de Aguiar – IDP/DF
35. Sergio Bermudes
36. Sérgio Prado
37. Teori Albino Zavascki – IDP/DF

Conselho editorial DO Grupo de Trabalho – GT (Hermenêutica Constitucional):

1. Maria Raquel Firmino Ramos (UFAL)
2. Hadassah Santana (UCB/DF)
3. Antonio José Maristrello Porto (FGV-Rio)
4. Darrya Queiroz Lima (UEMA)
5. Carlos Eduardo da Galant (UDF/DF)
6. Alexis Souza (EDB/IDP)
7. Alaerte Antonio Contini (UFSC)
8. Ana Carolina F. Longo (UniCEUB)
9. Maria Raquel Firmino Ramos (UFAL)
10. Janete Ricken Lopes de Barros (EDB/IDP)
11. Julia Ximenes (EDB/IDP)

Ciarlini, Álvaro Luís de A. S. (Coord.).

XIX Congresso Internacional de Direito Constitucional do IDP - Grupo de Trabalho - GT:
Hermenêutica Constitucional. / Coordenação Álvaro Luís de A. S. Ciarlini. – Brasília: IDP, 2016.

93 p.

ISBN: 978-85-9534-006-0

1. Hermenêutica 2. Democracia. 3. Estado. I. Título.

CDDir 340.326

APRESENTAÇÃO

Esta publicação é resultado do Grupo de Trabalho – Hermenêutica Constitucional realizado no XIX Congresso Internacional de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP liderado pelo professor do mestrado da EDB, Dr. Alvaro Luis de A. S. Ciarlini e organizado pelo Centro de Pesquisa – CEPES do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), ocorrido no dia 27/10/2016 de outubro de 2016, consubstanciado na apresentação dos trabalhos acadêmicos previamente selecionados pelo sistema OJS e avaliados pelo método do *double blind review* no Portal de Grupos de Trabalho do IDP (<http://portalgt.idp.emnuvens.com.br/>).

Os grupos de trabalho realizados nos grandes eventos do IDP visam a integrar e divulgar as linhas de pesquisa e os trabalhos desenvolvidos nos programas de mestrado e doutorado e centros de pesquisa do Brasil, abrindo importante espaço de divulgação e debate acerca dos temas suscitados nos respectivos artigos acadêmicos. O Congresso contou com a participação de profissionais e pesquisadores de diferentes regiões do país, que se reuniram e promoveram intenso debate a respeito da temática condutora: “Constituição e Novas Tecnologias: Interfaces para um Novo Direito Constitucional”. Cada Grupo de Trabalho teve um temática específica.

Os debates do Grupo de Trabalho Hermenêutica Constitucional trataram de temas de relevância nacional e cuja participação tanto de profissionais e pesquisadores justificou a produção de um livro com o resultado de todas essas reflexões. Viabiliza-se, dessa forma, o oferecimento para toda a comunidade acadêmica e profissional de uma obra de potencial impacto, dada sua atualidade e emergência de seu conteúdo e o caráter inovador de suas proposições.

Espera-se que esses textos possam conduzir o leitor à reflexão a respeito das possibilidades argumentativas e metodológicas que se abrem diante dos critérios legados pela hermenêutica constitucional no atual momento das experiências institucionais vivenciadas no constitucionalismo brasileiro. Essas temáticas ganham ainda mais densidade e importância quando, a partir do alcance político e jurídico das decisões das cortes constitucionais, abre-se a possibilidade de indagar a respeito da racionalidade, portanto, da legitimidade do juízo decisório adotado pelos magistrados, ao procederem à juridificação da ordem constitucional.

Tais questões estão igualmente conectada à primeira das quatro sublinhas de pesquisa do Programa de Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público: “Direito do Estado, Direitos Fundamentais e Teoria do Direito”.

Boa leitura!

SUMÁRIO

1. O PAPEL DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PARA A SEGURANÇA JURÍDICA: UMA CONTRIBUIÇÃO A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....08

AUGUSTO VANZIN ESPÍNDOLA
FABRÍCIO JOSÉ KLEIN

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: O PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL29

RÔMULO DE MORAIS E OLIVEIRA

3. CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES: O CASO DO TRANCAMENTO DE PAUTA POR MEDIDA PROVISÓRIA.....42

DANIEL VIEIRA BOGÉA SOARES

4. A SENTENÇA LÜTH E O (POSSÍVEL) EFEITO PROVOCADO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA57

KAYO CÉSAR ARAÚJO DA SILVA
GERFISON SOARES DA SILVA

5. A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE E A PEC 143/2015 COMO INSTRUMENTO DE POSSÍVEL INVIABILIZAÇÃO DO SUS..... 81

FERNANDA BAUFAKER REGO

O PAPEL DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PARA A SEGURANÇA JURÍDICA: UMA CONTRIBUIÇÃO A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE ROLE OF CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS FOR LEGAL SECURITY: A CONTRIBUTION FROM THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW.

AUGUSTO VANZIN ESPÍNDOLA¹

FABRÍCIO JOSÉ KLEIN²

RESUMO

Uma vez que a hermenêutica constitucional é espécie do gênero interpretação jurídica, e dada a força normativa da Constituição, evidente que os princípios constitucionais devem orientar e regular todo o sistema jurídico, não podendo ser ignorados pelos intérpretes, sobretudo aqueles integrantes do Poder Judiciário. Entretanto, a Constituição ser reconhecida como um sistema aberto de princípios não significa que estes tenham uma aplicação irrestrita. Sem desmerecer a importância dos princípios, seu uso desarrazoado pode inclusive ser potencialmente lesivo, causando desequilíbrios quando utilizados de forma casuisticamente exacerbada, sem a fundamentação institucional e histórica necessária - por vezes até justificando arbitrariedades e discricionariedades. Esta distorção, chamada pela doutrina de *panprincipiologismo*, afeta diretamente a segurança jurídica, pilar fundamental do Estado Democrático de Direito. Deste modo, este artigo se propõe a refletir em que medida a hermenêutica constitucional apresenta integração com os pressupostos metodológicos da análise econômica do Direito, utilizando métodos que também contemplem a previsibilidade e segurança que os agentes esperam em um cenário estruturado em virtude de incentivos e suas respectivas consequências, de modo a buscar as ferramentas necessárias a manter a utilização de princípios adequada ao Direito, combatendo o seu potencial socialmente lesivo quando utilizados de forma despropositada.

Palavras-chave: Hermenêutica, Princípios, Segurança Jurídica, Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

Since the constitutional hermeneutics is kind of genre legal interpretation, and considering the normative force of the Constitution, it is clear that the constitutional principles should guide and regulate the entire legal system and can not be ignored by interpreters, especially those members of the judiciary. However the Constitution is recognized as an open system of principles, it does not mean that they have an unrestricted application. Without disregarding the importance of the principles, their unreasonable use can even be potentially harmful, causing imbalances when used in a casuistically exacerbated form without the institutional and historical foundation necessary - sometimes even justifying arbitrariness and discretions. This distortion, called by the doctrine of *panprincipiologismo*, directly affects the legal certainty, which is a fundamental pillar of democratic rule of law. Therefore, this article attempts to reflect about what extent the constitutional hermeneutics presents integration with the methodological assumptions of economic analysis of law, using methods that also contemplate the predictability and security

¹ Pós-graduando em Direito público - PUCRS. Pós-graduando em Direito imobiliário, contratos e responsabilidade civil - IDC. Bacharel em Direito - PUCRS. Advogado.

² Doutorando em Direito e políticas públicas - UniCeub. Mestre em Economia aplicada - UFRGS. Pós-graduado em Direito e Economia - UFRGS. Professor do curso de Direito da Unip/Brasília. Advogado.

that agents expect in a structured setting of incentives and their consequences, in order to seek the necessary tools to maintain the appropriate use of principles to law, fighting its socially harmful potential when used unreasonably.

Key-words: Hermeneutics, Principles, Legal Security, Economic Analysis of Law.

INTRODUÇÃO

Levando em consideração a hermenêutica constitucional enquanto espécie do gênero interpretação jurídica e a força normativa da Constituição, é manifesto que os princípios constitucionais devem orientar toda a atividade infraconstitucional, regulando o próprio sistema jurídico e não podendo ser ignorados pelos intérpretes, quer sejam eles integrantes dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário, ainda que este trabalho se concentre na análise da interpretação e aplicação dos princípios realizada por este último.³ Entretanto, a Constituição ser reconhecida como um sistema aberto de princípios não significa que estes tenham uma aplicação irrestrita.

Destarte, sem desmerecer a importância dos princípios, sua utilização enquanto instrumentos para assegurar justiça nos casos concretos, sobretudo quando há colisão de valores constitucionais e seu emprego, não pode se dar em detrimento da segurança jurídica. Em situações assim, o uso desarrazoado dos princípios pode inclusive ser potencialmente lesivo, à medida que afeta os parâmetros de previsibilidade e confiabilidade entre os agentes.

A propósito, por serem dotados de maior flexibilidade e maleabilidade quando da aplicação, a qual se dá posteriormente à interpretação, os princípios podem gerar desequilíbrio caso utilizados de forma casuisticamente exacerbada, sem a fundamentação institucional e histórica necessária - por vezes até justificando arbitrariedades e discricionariedades, embora Dworkin os tenha idealizado justamente para frear a discricionariedade demasiada - afetando diretamente a segurança jurídica, a qual se consubstancia sobretudo pelas regras postas no ordenamento. Aliás, um sistema jurídico ideal deve ser

³ Em seu curso de Direito constitucional, Luís Roberto Barroso observa que "*A interpretação constitucional, como é corrente, é levada a efeito pelos três Poderes do Estado. Embora a interpretação judicial desfrute de primazia, devendo prevalecer em casos de controvérsia, é fora de dúvida que o legislador e o administrador também têm sua atuação fundada na Constituição, precisando interpretá-la na rotina de suas funções. (...) é nela que deverão colher os princípios inspiradores de sua conduta e os fins a serem realizados com sua atividade*".

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 163.

formado exatamente pela equilibrada distribuição de regras e princípios, em aplicação cíclica e conjunta, conforme orientação contemporânea da doutrina.

Neste contexto, os princípios, em razão de um maior nível de adaptação às possibilidades dos casos *sub judice*, conferem ao intérprete o alvedrio para adequá-los ao efeito pretendido, tanto podendo ser empregados conferindo um maior grau de *justiça* na solução do conflito, quanto para justificar decisões discricionárias. Deste modo, a significativa contribuição do pós-positivismo acerca dos princípios acaba, na visão de alguns autores, dando espaço a uma distorção, chamada pela doutrina de panprincipiologismo, que afeta a própria segurança jurídica, pilar fundamental do Estado Democrático de Direito. Logo, em eventual caso de conflito entre princípios constitucionais, ao passo que são abstratos, o intérprete valendo-se da ponderação, balanceando os valores e interesses envolvidos, deve buscar a aplicação ao caso concreto daquele que leve a maior realização de *justiça* naquela ocasião, à medida que são mandados de otimização, sem contudo efetivamente abstrair um novo princípio para tanto.

Desta forma, urge a reflexão sobre até que ponto à hermenêutica é dado utilizar métodos que também contemplem a previsibilidade e a segurança que os agentes esperam em um cenário estruturado em virtude de incentivos e suas respectivas consequências, como aquele estudado pela análise econômica do Direito, de modo que possam atingir os seus objetivos de forma maximizadora, sob a guarda da jurisdição, não sendo afetados por princípios utilizados descabidamente, os quais, na realidade, nada mais fazem do que fechar *as janelas do por vir*.

À medida que o panprincipiologismo gera efetivos riscos à segurança jurídica do ordenamento, é relevante que a hermenêutica constitucional apresente a devida integração com os pressupostos metodológicos da análise econômica do Direito de modo a buscar as ferramentas necessárias a manter a utilização de princípios adequada ao Direito, combatendo o seu potencial socialmente lesivo quando utilizados de forma despropositada. Portanto, justifica-se a relevância acadêmica deste artigo, enquanto contribuição para o progresso da ciência jurídica, justamente por buscar integrar as contribuições

da análise econômica do Direito ao papel da hermenêutica constitucional frente à segurança jurídica.

1. O RISCO DO PANPRINCIPIOLOGISMO PARA A SEGURANÇA JURÍDICA

Para melhor análise e compreensão do tema, importa recordar que o estado da arte evidencia que os textos normativos em geral e o texto normativo constitucional em sentido estrito contêm duas espécies de normas: regras e princípios, sendo estes caracterizados por um maior teor de abstração, não indicando uma conduta específica a ser seguida, mas incidindo sobre uma pluralidade, por vezes até indeterminada, de situações.⁴

Como já mencionado, os princípios, em razão de um maior nível de adaptação às possibilidades dos casos *sub judice*, conferem ao seu intérprete a liberdade necessária para adequá-los ao efeito pretendido, buscando conferir um maior grau de *justiça* na solução do conflito.

Quanto ao seu conteúdo, os princípios são normas as quais identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Neste compasso, possuem conteúdo axiológico ou até mesmo de decisão política arraigada ao seu núcleo, para que sejam alcançados e assegurados os valores e os fins, inclusive morais e éticos, abarcados por eles. À medida que estipulam estados ideais a serem atingidos, atuando como mandados de otimização, sem que a norma especifique taxativamente a conduta a ser seguida, os princípios dão ao seu intérprete a tarefa de definir qual ação tomar para efetivar a sua realização.

⁴ Conforme lição de Barroso:

"No Direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto".

BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., pp 356-357.

Por sua vez, Marcelo Neves observa que a "(...) relação reflexiva circular entre princípios e regras implica uma fortificação recíproca das respectivas estruturas (normas) e processos (argumentos)".

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 135.

Tal concepção a respeito do crucial papel dos princípios em um ordenamento jurídico, com a elevação do seu prestígio e concretização da sua aplicabilidade enquanto norma, advém justamente da contribuição do pensamento pós-positivista, consubstanciada na doutrina de relevantes pensadores do Direito, como Perelman, Dworkin e Alexy.⁵ E ainda que tais clássicos autores tenham desenvolvido seus pensamentos em diferentes sistemas jurídicos, seus ensinamentos refletem diretamente na práxis jurídica do ordenamento nacional, o qual tradicionalmente adota a miscigenação de consagradas teorias.

No Brasil, sobretudo no atual momento constitucional experimentado, como já mencionado, os princípios receberam o devido prestígio na sua aplicabilidade e aqueles dotados de força normativa constitucional efetivamente orientam sobremaneira a atividade infraconstitucional, regulando o próprio sistema jurídico como um todo.⁶

⁵ O polonês radicado na Bélgica Chaïm Perelman afasta a concepção juspositivista de que aos princípios cabe apenas um papel secundário de fonte subsidiária do Direito. Para a perspectiva tópico-retórica do autor, regras e princípios não mantêm qualquer relação de primazia uma sobre a outra, de modo que ambas são utilizadas na fundamentação de decisões judiciais de acordo com o seu potencial persuasivo no caso concreto.

Nos Estados Unidos, por sua vez, Ronald Dworkin religa as cogitações da filosofia do Direito às do campo da filosofia política. Munido da teoria hermenêutica do Direito, o autor sublinha a importância do papel dos princípios como elemento possibilitador da articulação entre Direito e moral, ressaltando a sua relevância nos *casos difíceis*, nos quais podem ser utilizados como verdadeiros critérios para decidir, diminuindo-se a possibilidade de discricionariedade por parte dos magistrados e dando ensejo, na visão do autor, a uma única resposta correta, mesmo nos casos difíceis.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1995, p. 80.

Já na Alemanha, Robert Alexy também insere os princípios em seu modelo de sistema jurídico, os considerando como verdadeiros mandados de otimização, à medida que "(...) ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas".

ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica**. México, D.F.: Fontamara, 1993, p. 14.

⁶ A respeito do tema, em obra conjunta específica sobre os princípios trazidos pela Constituição de 1988, os autores Antônio Cavalcanti Maia e Cláudio Pereira de Souza Neto contribuem com destacado texto "*Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy*", no qual analisam a abordagem destes mencionados clássicos pensadores do Direito. Segundo os autores: "*Esta nova constelação do pensamento jurídico (...) - na qual os princípios de direito desempenham um papel crucial - é mais afeita à realização dos ideais de justiça política e social, e também, mais comprometida com o efetivo funcionamento do Estado democrático de direito, especialmente no que toca à atividade concreta de interpretação e aplicação do direito*". Assim, uma melhor difusão desta nova constelação do pensamento teórico, através de sua sofisticação e complexidade, poderá "(...) fornecer material instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento do direito em nossa sociedade, sobretudo no sentido de viabilizar uma interpretação do direito mais preocupada com a realização dos princípios morais e potenciais emancipatórios incorporados em nossa Constituição".

Pois pairando entre esta *constelação* de princípios jurídicos, encontra-se a segurança jurídica, a qual deve orientar qualitativamente todo o sistema jurídico, à medida que carrega consigo o quilate constitucional.

Deste modo, a expressão *segurança jurídica* denota em si um *juízo prescritivo* a respeito daquilo a ser buscado em consonância com o ordenamento jurídico, de acordo com um estado de coisas alcançável com a adoção de condutas que produzam determinados efeitos. Assim, mesmo que não signifique a possibilidade de se prever com exatidão as consequências jurídicas de todos os fatos ou comportamentos, a segurança jurídica busca prescrever condições que aumentem o grau de previsibilidade, garantindo que se possa antecipar alternativas interpretativas e efeitos das normas jurídicas, exercendo relevante papel para a tomada de decisão pelos agentes jurídicos e econômicos.⁷

Ainda, implica na realização de estados ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade. Esses três elementos básicos são alcançados à medida que a segurança jurídica é tida como uma norma jurídica a qual determina a adoção de comportamentos humanos que provoquem efeitos que contribuam para a promoção desses estados ideais do Direito, cuja concretização depende de regras abstratas ou concretas. Portanto, conforme leciona Humberto Ávila, ao classificá-la como *princípio*, a segurança jurídica é *norma* que determina a realização de um estado de fato caracterizado pela

MAIA, Antônio Cavalcanti; NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy**. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (Orgs.). Os Princípios da Constituição de 1988. 2^a edição (rev. e ampl.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 99.

⁷ No Direito positivo brasileiro, a segurança jurídica é tida como princípio sustentada por um rol de outros princípios voltados a assegurar a continuidade das normas e a estabilidade e certeza das relações jurídicas constituídas.

Armando Castelar Pinheiro, em obra voltada à análise do desenvolvimento econômico do Brasil, observa que: "*A segurança jurídica é um princípio bem estabelecido no Direito, sendo seu objetivo facilitar a coordenação das interações humanas, inclusive econômicas, reduzindo a incerteza que as cerca. Esse princípio se inspira na confiança que deve ter o indivíduo de que os seus atos, quando alicerçados na norma vigente, produzirão os efeitos jurídicos nela previstos. A segurança jurídica se traduz por uma norma jurídica estável, certa, previsível e calculável*".

PINHEIRO, Armando Castelar. **Rompendo o marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 192.

capacidade do indivíduo de fazer de forma digna um planejamento juridicamente embasado e respeitado.⁸

Destarte, a segurança jurídica garante um sistema jurídico previsível, estável e cognoscível, o que é de destacada importância para que se evitem arbitrariedades, casuísmos e quebra de expectativas legítimas, sobretudo quando estas advêm justamente da prestação jurisdicional. Por outro lado, o exercício da autonomia individual pressupõe o conhecimento das normas existentes e válidas, bem como a sua estabilidade no tempo, pois sem esses elementos o cidadão perde a sua capacidade de planejar e conceber o seu futuro, sobretudo quando este é posto na mão do Estado-juiz.

Por conseguinte, à medida que deve existir para que outros direitos do cidadão também possam existir e serem exercidos, a segurança jurídica é tida como *direito-garantia* e também, nas palavras de Eros Grau,⁹ denominada como *valor-escopo*, de forma a ser um direito cuja realização serve à realização de outro direito.

Pois quanto à segurança jurídica no seu viés constitucional, dados o teor de complexidade da interpretação constitucional e a força normativa que o seu texto possui, é necessário ressaltar que a Constituição não somente protege expressamente a *segurança*, com qualquer significado, em consequência da sua menção no catálogo dos direitos fundamentais do art. 5º.

Ao passo que a segurança jurídica está vinculada às ideias de estabilidade e de previsibilidade, os fundamentos diretos de proteção à segurança constantes na Constituição devem partir de normas jurídicas que prevejam expressamente os meios para se alcançar este estado de previsibilidade/calculabilidade (por meio de regras), ou que apontem para

⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 188.

Neste sentido, é conveniente ainda destacar a seguinte passagem da sua lição: "(...) *ela pode ser valorada pelo simples fato de proporcionar intelegibilidade, confiabilidade e calculabilidade, sem qualquer valor adicional, ou ser estimada pelos valores a cuja realização ela serve. No primeiro caso ela tem mero valor funcional – é importante simplesmente porque serve de pressuposto para guiar as pessoas; no segundo, valor instrumental – é valiosa porque, ao servir de pressuposto para guiar as pessoas, permite o respeito ao exercício da liberdade e o tratamento digno do ser humano*".

Idem, p. 182.

⁹ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 186.

esses estados, para que o intérprete escolha as vias necessárias à sua realização (por meio de princípios).

Neste sentido, conforme já mencionado a título introdutório, justamente por alcançarem ao intérprete uma maior gama de escolhas, em razão de sua flexibilidade e maleabilidade, a aplicação desarrazoada de princípios, ou daquilo que no caso concreto esteja travestido como um, por vezes pode significar relevante risco ao próprio *princípio* da segurança jurídica. Ou seja, os princípios abarcados na extensa cadeia prevista no ordenamento jurídico brasileiro - ou pior, aqueles que de fato não fazem parte de nosso sistema - uma vez utilizados de forma casuisticamente exacerbada, sem o mínimo de fundamentação institucional e histórica, podem vir inclusive a justificar arbitrariedades e discricionariedades na prestação jurisdicional.

Neste contexto, a relevante contribuição do pós-positivismo acerca do prestígio dos princípios no ordenamento jurídico, na visão de alguns autores, gerou espaço a uma insegurança jurídica, oriunda justamente da utilização destas normas desarrazoadamente, trazendo à tona um *panprincipiologismo*.¹⁰

Em tal conjuntura, os princípios devem atuar no mundo prático do Direito fechando a interpretação, diminuindo, e não aumentando, o espaço para decisionismos do intérprete. Os princípios utilizados de forma adequada não se verificam em abstrato, mas sim na *applicatio*, como determinantes para a concretização do Direito em busca da resposta adequada ao caso concreto. Entretanto, tal aplicação prática não pode deixar totalmente aberta à interpretação¹¹ de tal forma que pseudoprincípios sejam criados e aplicados para determinado caso ao bel prazer do intérprete, o que fere de morte a segurança jurídica do ordenamento.

Logo, a *abertura* na aplicação imprecisa e desarrazoada dos princípios inevitavelmente gera graves riscos à segurança jurídica na realidade prática da

¹⁰ O termo é utilizado por Lênio Streck para demonstrar o "(...) *abuso principiológico que vivenciamos em terrae brasilis*", e ainda como "(...) *um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional*".

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 493-516.

¹¹ Conforme salienta Streck, "(...) a palavra '*norma*' representa o produto da interpretação do texto, isto é, o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Se sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na *applicatio*".

Idem. p. 504.

própria prestação jurisdicional, vez que facilmente pode ser álibi para discricionariedades e arbitrariedades travestidas de fundamentação principiológica. Ou seja, decisões que utilizam a expressão *princípio* como se apenas isso as atribua a devida fundamentação, além de criarem evidente situação de insegurança jurídica, vão de encontro ao propósito dos princípios no ordenamento jurídico, os quais devem, em conjunto com regras, conduzir o intérprete à resposta adequada.¹²

Na sua aplicação, apesar de todo princípio possibilitar uma *abertura* para que o juiz decida, tal tomada de decisão deve observar, além daquilo que já foi compreendido e estabelecido no caso concreto, também as regras a ele aplicáveis, ainda que cunhadas de uma interpretação principiológica. Assim, os princípios realizam o fechamento hermenêutico no momento da decisão, desde que cunhados pelos critérios de institucionalização e historicidade no ordenamento. Caso não respeitem estes critérios na aplicação, não estará se tratando de princípios, mas sim de pseudoprincípios. Por certo que não se exige a limitação na aplicação de princípios "listados" ou "codificados", entretanto, a sua utilização não pode se dar à livre vontade e interpretação do Estado-juiz a cada caso concreto, pois "(...) nesse ritmo, toda e qualquer argumentação utilizada nas decisões judiciais tornar-se-á um princípio".¹³

A propósito, de acordo com Streck:

Um possível "catálogo de princípios" seria em verdade reduzidíssimo. Isso precisa ficar bem claro: não é possível nomear qualquer coisa como princípio; não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e identificação dos princípios. Princípios utilizados de maneira ad hoc para

¹² Neste sentido, Lenio Streck realiza importante observação acerca da aplicação desequilibrada dos princípios: "*É preciso insistir nisso: não é qualquer um e nem é qualquer coisa que pode ser princípio. Do contrário, teremos que abandonar a tese dominante de que princípios são normas. Lembremos, ademais, que o positivismo era mais sincero nesse ponto. Nele, princípios não eram deontológicos. Por isso, nessa tradição, poderia não haver limites para 'criação dos princípios'. Afinal, na tradição positivista, eles eram efetivamente abstratos. (...). De tudo o que foi dito, é ainda possível - e necessário - ressaltar que não se pode partir do princípio para resolver um caso. Isso seria fazer raciocínios teleológicos. Haverá uma regra (norma em geral) apta a resolver o caso a partir de uma reconstrução principiológica (reconstrução da história institucional). Esse é o espaço e o papel dos princípios*".

Idem, p. 526.

¹³ Idem, p. 488.

solucionar pseudo-problemas não são princípios porque (...) princípios não existem sem a historicidade do direito.¹⁴

Desta forma, não se pode admitir que haja na prestação jurisdicional decisões pautadas em arbitrariedades justificadas por *princípios*, ou ainda pseudoprincípios, conquanto não se esteja estabelecendo uma proibição à interpretação jurídica. Na realidade, criticar e combater a discricionariedade judicial não é o mesmo que proibir a interpretação, até porque *interpretar é dar sentido*.¹⁵

O que deve ser evitado e combatido é o desequilíbrio causado pela discricionariedade em que o Estado-juiz se reveste de poderes conferidos ao Legislativo e literalmente confecciona princípios para justificar a sua decisão. São estes comportamentos que dão azo a aberrações como o panprincipiologismo e a justiça lotérica. Esta criação de princípios acarreta nada mais senão a própria violação da segurança jurídica e, corolário lógico, a própria fragilização do Direito.

Portanto, permitir que princípios sejam utilizados como verdadeiros álibis para decisionismos e arbitrariedades seria permanecer preso ao positivismo exegético, o que permite inúmeras respostas, que por sua vez podem ser contraditórias, afetando diretamente a segurança jurídica.

Desta forma, o panprincipiologismo, traduzido na utilização de pseudoprincípios, ou ainda a própria aplicação de princípios de forma exagerada, a fim de justificar de decisões discricionárias, geram efetivo risco à segurança jurídica do ordenamento como um todo.

2. A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Ademais da reflexão quanto aos riscos gerados à segurança jurídica pela utilização desarrazoada de princípios, há de se observar como os

¹⁴ Idem, p. 537.

¹⁵ Idem, p. 457.

aspectos estudados pela análise econômica do Direito podem influenciar a hermenêutica constitucional no combate a estes riscos.

Embora haja certa dificuldade em delimitar o que é a análise econômica do Direito - AED, e também inexista unanimidade acerca deste método de análise, é possível afiançar que esta linha de estudos, cujo gérmen encontra-se nas obras de Ronald Coase, Guido Calabresi e Trimarcchi, é, conforme bem sintetiza o jurista e economista Ivo Gico Jr., decorrente da:

(...) a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.¹⁶

Neste sentido, o jurista americano Richard Posner, um dos principais expoentes da disciplina, ao estabelecer duas premissas básicas da AED, observa que (1) *"as pessoas agem como maximizadoras racionais de suas preferências quando tomam decisões"*. E, ainda, que (2) *"as regras do Direito operam de modo a impor preços (algumas vezes subsidiar) a essas atividades não mercadológicas de modo a alterar o grau de ocorrência ou a características dessas atividades"*.¹⁷

Ou seja, os agentes econômicos analisam todas as variáveis, e somente após a conclusão de como terão o maior proveito, tomam sua

¹⁶ GICO JR., Ivo T. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito**. In: **Economic Analysis of Law Review**. V. 1, nº 1. Brasília: Editora Universa, 2010, p. 17.

Também para Nicholas Mercuro e Steven Medema a análise econômica do Direito trata da "(...) aplicação da teoria econômica (principalmente microeconomia e conceitos básicos da economia do bem-estar) para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais".

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 3.

Por sua vez, Jairo Saddi, pós-doutor pela Universidade de Oxford, em texto voltado à possibilidade da análise econômica da Constituição, neste sentido observa: *"A teoria de Law & Economics cuida da aplicação de princípios econômicos - como os da racionalidade e da eficiência alocativa - com vistas a explicar a conduta humana e como a legislação estimula, ou não, tais comportamentos na formação, estrutura e processos das relações sociais. E, se não houvesse outra razão, o tema, por si só, já é amplamente constitucional"*.

SADDI, Jairo. **"É possível a análise econômica da Constituição?"**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (coords). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 81-82.

¹⁷ POSNER, Richard A. **"The law and economics movement"**. The American Economic Review, 1987;77(2):1-13.

decisão. Desta forma, ao se levar em consideração as condições da realidade socioeconômica, é possível considerar o Direito um conjunto de normas que estabelecem custos e benefícios para os agentes, que por sua vez pautam seus comportamentos em função de tais incentivos.

Nesse contexto, portanto, como escolhas devem necessariamente ser realizadas no cotidiano, os agentes econômicos ponderam os custos e os benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, lhes traz mais bem-estar, conduta esta denominada pela ciência econômica como *racional maximizadora*.

Desta forma, a AED permite a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos no exame da formação, da estrutura, dos processos e dos impactos do Direito e das instituições legais. Neste contexto, a AED explicitamente considera as instituições legais não como exógenas ao sistema econômico, mas como variáveis pertencentes a ele e analisa os efeitos de mudanças em uma ou mais destas variáveis sobre elementos do sistema.

Sob esta ótica, ao jurista é dada a possibilidade de valer-se de pressupostos metodológicos da Economia, de modo que a AED cumpra papel de grande utilidade ao Direito, conforme as palavras de Gico Jr. "(...) *na medida em que oferece um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos*".¹⁸

Conforme o autor, tendo a AED como base um raciocínio jurídico que leve em consideração as condições da realidade socioeconômica, "*de forma geral, os juristas estão preocupados em tentar responder duas perguntas básicas: (i) quais as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra; e (ii) que regra jurídica deveria ser adotada*".¹⁹

Uma vez considerados os pressupostos da AED, anteriormente às observações quanto à sua aplicabilidade à hermenêutica constitucional, cumpre recordar que a hodierna concepção de que a Constituição é documento dotado de força normativa e *justiciabilidade*, indica que a sua interpretação deve ser socorrida por variados elementos, regras e princípios, os quais

¹⁸ GICO JR., Op. Cit. p. 08.

¹⁹ Idem, p. 18.

orientam a interpretação jurídica de forma geral, oriundas da cultura jurídica romano-germânica, à luz das ideias de autores como Savigny, Géný e Kelsen. Logo, a interpretação constitucional possui especificidades a serem atendidas, ao passo que deve levar em conta o texto normativo, a sua conexão com outras normas, a sua finalidade, e também os aspectos do seu processo de criação, visto que nenhum desses elementos pode operar isoladamente, sendo a interpretação o fruto da combinação e do controle recíproco entre eles.

A propósito, levando em consideração que a interpretação constitucional é espécie do gênero interpretação jurídica, saliente-se que a moderna hermenêutica constitucional tem se alinhado ao pensamento de filósofos como Heidegger e Gadamer, dado que a Constituição, sob o prisma axiológico, se constitui em um sistema aberto de princípios, os quais não possuem previsão exata no texto de incidência fática, mas são aplicados sob critérios de ponderação e sopesamento ao caso concreto,²⁰ seguindo a lógica dialética de interpretação do Direito.

Ainda, de saber comezinho, todo o enunciado jurídico, em tese, é plurívoco. Tanto é assim que os valiosos estudos de Ángeles Ródenas e Josep Vilajosana tem por objeto a indeterminação do Direito e a segurança jurídica, pois os autores reconhecem que a interpretação dos textos normativos é sistemática e deveras complexa.²¹

Mais precisamente, Ródenas, ao tratar da indeterminação do Direito, explica que esta decorre de defeitos lógicos dos sistemas jurídicos, tais como

²⁰ À medida que a jurisdição constitucional é inevitável, adeptos do método da ponderação, dentre eles Paulo Gonet Branco, assinalam que, ao menos nos casos difíceis – naqueles em que princípios competem pela primazia na regulação de uma dada situação –, o balanço de interesses e valores também é inescapável.

Ponderar valores e bens é tido como atividade inerente a todo processo de tomada de decisão. O processo decisório, portanto, envolve necessariamente uma calibragem de fatores e objetivos que se indispõem entre si, exigindo que seja averiguada a importância de cada qual para a resolução da controvérsia posta no caso concreto.

BRANCO, Paulo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. Brasília: Universidade de Brasília, 2008, p. 137.

²¹ Tal circunstância se dá em razão da linguagem do Direito ser naturalmente aberta e não existir coincidência entre texto e norma, como evidenciam as mutações normativas. Desse modo, de um mesmo texto, que se mantém inalterado ao longo do tempo, vão sendo extraídos distintos significados por parte dos intérpretes do Direito, mas todos aqueles igualmente dotados de normatividade.

lacunas e antinomias. Além disso, explica que tal indeterminação ainda decorre da indeterminação linguística dos textos normativos.²²

Já Vilajosana entende que há diversos problemas de indeterminação do Direito, como, por exemplo, a própria interpretação jurídica. O autor explica que o Direito não é redigido em linguagem formal, e sim em linguagem natural, à qual são inerentes a ambiguidade e a vagueza. Sendo assim, cabe ao intérprete avaliar o contexto normativo formulado em linguagem natural.²³

Por conseguinte, dada a natureza dialética e o caráter estritamente subjetivo da interpretação, inúmeras divergências podem ocorrer na interpretação dos textos normativos. Na esfera do direito constitucional, além dos *princípios* aplicáveis à interpretação constitucional elencados na obra de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco,²⁴ é de fundamental importância que tal interpretação se dê de forma sistemática. Ou seja, considerando que interpretar é sistematizar, o intérprete deve atuar como verdadeiro "*catalisador*" dos melhores princípios, objetivos e valores jurídicos em determinado contexto para melhor realizar a aplicação no caso concreto.

Neste sentido, quanto ao papel do intérprete a ser desempenhado nos casos concretos, importante destacar a lição de Juarez Freitas:

Deve o intérprete sistemático saber garantir a coexistência, ao máximo, dos valores, dos princípios e das regras em conflito, hierarquizando de sorte a obter a maior concordância sistemática possível e pautando a sua visão pelos vetores mais altos e nobres do ordenamento, isto é, pelos princípios e objetivos fundamentais. Tudo na certeza de que interpretar é hierarquizar, estabelecendo o menor sacrifício possível em face das exigências de proporcionalidade, que não estatui só adequação meio-fim, mas proíbe que um valor ou princípio se imponha às expensas da supressão de outro.²⁵

²² RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

²³ VILAJOSANA, Josef M. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 89/112.

²⁴ Mais precisamente, Paulo Gustavo Gonet Branco, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, escrita em conjunto com Gilmar Mendes, estabelece que os princípios instrumentais aplicáveis à interpretação constitucional são: princípio da unidade da Constituição Federal; da máxima efetividade; da força normativa da Constituição Federal; da correção fracional; da concordância prática; da interpretação conforme a Constituição Federal. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

²⁵ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5 ed. São Pulo: Malheiros, 2010, p. 179.

Desta forma, infere-se que interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, ao passo que qualquer exegese comete, direta ou obliquamente uma aplicação do Direito como um todo, para além da sua dimensão meramente textual. Ou seja, "*(...) a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação*".²⁶

Logo, compreende-se o Direito como uma totalidade experimentada na interação circular e dialética com o intérprete, de forma que a interpretação sistemática feita na seara constitucional²⁷ deve sempre buscar a maior otimização possível do discurso normativo relacionado aos objetivos fundamentais da Constituição. Considerando que não há nada no texto normativo da Constituição que não deva repercutir na totalidade do sistema jurídico e, ao cabo, na vida real,²⁸ a interpretação deve ser feita à plenitude vinculante dos princípios e objetivos fundamentais da Constituição.

²⁶ Idem, p. 76.

²⁷ Ao considerar a Constituição como um sistema por virtude própria, Ayres Britto anota que "*(...) a Constituição não faria do Direito em geral um conjunto, um todo congruente de prescrições, se, antes, um todo congruente de prescrições ela não fosse. Não é por ser o Direito um sistema que a Constituição em sistema se transfunde. É por ser a Constituição um sistema que o Direito em sistema se transfunde. Para o Ministro do STF, "o Direito não é, sozinho, uma unidade sistêmica do tipo formal e materialmente hierarquizado. Para sê-lo, tem que se acoplar à Constituição. Mas a Constituição consegue ser, sozinha (tanto antes quanto depois dos atos de sua reforma), uma unidade sistêmica*".

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 165.

Já Celso Ribeiro Bastos, ao analisar a Constituição como espécie de código o qual abarca diversos preceitos, observa que "*A significação destes não é obtível pela compreensão isolada de cada um. (...) Disto resulta uma interferência recíproca entre normas e princípios, que faz com que a vontade constitucional só seja extraível a partir de uma interpretação sistemática, o que por si só já exclui qualquer possibilidade de que a mera leitura de um artigo isolado esteja em condições de propiciar o desejado desvendar daquela vontade*".

E, lembrando obra escrita em conjunto com Ayres Britto, menciona que "*A Constituição corresponde a um todo axiológico, onde cada provisão é parte integrante do conjunto, sendo assim logicamente adequado, senão imperativo, interpretar uma parte à luz das previsões de todas as demais partes*".

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 348-354.

²⁸ Considerando que a interpretação constitucional orientada à sua aplicação não se torna completa se o intérprete se bastar com a análise sintática do texto, Mendes e Branco ressaltam que o intérprete deve levar em consideração os aspectos realísticos do caso em apreço. Neste sentido, observam que "*(...) como as normas têm por vocação própria ordenar a vida social, os fatos que compõem a realidade e lhe desenham feição específica não podem ser relegados no trabalho do jurista. (...) A norma constitucional, desse modo, para que possa atuar na solução de problemas concretos, para que possa ser aplicada, deve ter o seu conteúdo semântico averiguado, em coordenação com o exame das singularidades da situação real que a norma pretende reger. (...) O intérprete não pode prescindir da realidade social para realizar a sua tarefa hermenêutica*".

Assim, a interpretação constitucional sistemática impõe que o intérprete guarde vínculo com a otimização máxima da efetividade do conteúdo normativo relacionado aos objetivos fundamentais da Constituição, sempre voltando a sua atividade interpretativa à plenitude desses objetivos.

Desta forma, é nitidamente perceptível que a hermenêutica constitucional pode utilizar métodos condizentes com a racionalidade que os agentes esperam num cenário estruturado em incentivos e consequências, como aquele observado pela AED, de modo que possibilite tanto ao intérprete quanto ao jurisdicionado atingir os seus objetivos de forma racional maximizadora.

Neste sentido, é possível encontrar na própria doutrina constitucionalista este caráter racional maximizador, pressuposto este pertencente à disciplina da AED, do texto constitucional quando da sua interpretação. Ainda que a lição constitucionalista não tenha sido direcionada pelos parâmetros da AED, é possível estabelecer este paralelo, sobretudo de acordo com os ensinamentos de parte da doutrina.

Neste exato sentido, Paulo Bonavides recorda a lição de Afonso Arinos, segundo a qual *“A técnica de interpretação constitucional é predominantemente finalística, isto é, tem em vista extrair do texto aquela aplicação que mais se coadune com a eficácia social da lei constitucional.”*²⁹

Também neste sentido, em breves palavras, Alexandre de Moraes define como sendo a função da interpretação constitucional aquela de *“(…) buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas,*

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93.

Eros Grau, por sua vez, ao considerar que os textos normativos devem ser interpretados à medida que devem ser aplicados a casos concretos, ressalta que *“(…) o intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado (…). A norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual ela será aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)”*.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.

²⁹ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional, Teoria Constitucional, as Constituições do Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 116. Apud: BONAVIDES, Paulo. **A Interpretação da Constituição**. In: GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro. **Hermenêutica Constitucional – Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudo Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, pp. 711-713.

adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas".³⁰

Da mesma forma, observando a força normativa da Constituição, observam Mendes e Branco que tal característica confere "*(...) prevalência aos pontos de vista que tornem a norma constitucional mais afeita aos condicionamentos históricos do momento, garantindo-lhe interesse atual, e, com isso, obtendo-se máxima eficácia, sob as circunstâncias de cada caso*".³¹

Ademais, considerando que a interpretação constitucional orientada à sua aplicação maximamente efetiva não se torna completa se o intérprete se bastar com a análise sintática do texto, Mendes e Branco ressaltam que o intérprete deve levar em consideração os aspectos realísticos do caso em tela. Neste sentido, observam que:

(...) como as normas têm por vocação própria ordenar a vida social, os fatos que compõem a realidade e lhe desenham feição específica não podem ser relegados no trabalho do jurista. (...) A norma constitucional, desse modo, para que possa atuar na solução de problemas concretos, para que possa ser aplicada, deve ter o seu conteúdo semântico averiguado, em coordenação com o exame das singularidades da situação real que a norma pretende reger. (...) O intérprete não pode prescindir da realidade social para realizar a sua tarefa hermenêutica.³²

Eros Grau, por sua vez, ao considerar que os textos normativos devem ser interpretados à medida que devem ser aplicados a casos concretos, ressalta que:

(...) o intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado (...). A norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual ela será aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser).³³

Portanto, apesar de as premissas que norteiam a AED não emprestarem aos princípios o prestígio que hoje possuem na hermenêutica

³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 16-17.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit. p. 96.

³² Idem, p. 93.

³³ GRAU, Eros Roberto. Op. Cit. p. 25.

constitucional, em virtude da falta de previsibilidade que o caráter subjetivo destes ocasiona, as contribuições da AED, acrescidas da devida interpretação sistemática, podem levar a uma metodologia mais objetiva e pragmática de aplicação dos princípios que não seja geradora de insegurança jurídica por afetar critérios de previsibilidade, calculabilidade e cognoscibilidade, e sim por realizarem a devida utilização principiológica, dando máxima efetividade ao texto normativo constitucional.

Desta forma, a hermenêutica constitucional conjugada à AED outro caráter não possui senão prezar pelo fortalecimento da segurança jurídica do sistema como um todo, promovendo justiça e equidade ao alcance da sociedade.³⁴

CONCLUSÃO

Na medida em que a materialização da Constituição traz consigo a irradiação dos seus comandos por todas as áreas do Direito, diante da deliberação constituinte no sentido de estabelecer normas com características de princípios, e desta margem aberta a possíveis discricionariedades, que resulta da adoção de normas de textura maleável, muitas vezes em desarmonia com outras normas de igual status jurídico, a função do Estado-juiz atinge relevância exponencial na definição dos direitos, utilizando-se de métodos específicos para tanto, como a interpretação sistemática e o juízo de ponderação. Entretanto, o intérprete não pode confundir o caráter maleável dos princípios com uma porta aberta para discricionariedades, inclusive baseadas em algo que não seja um princípio, caracterizando a abominável figura do panpricipiologismo, o que ocasiona severa insegurança jurídica, justamente por quebrar os critérios de previsibilidade, calculabilidade e cognoscibilidade do ordenamento jurídico.

Neste contexto, sob a égide da segurança jurídica trazida no texto normativo constitucional, o cidadão, titular de um direito de autodeterminação

³⁴ Neste sentido, a respeito da compreensão das relações entre a Constituição, o funcionamento da Justiça e o desempenho da Economia, Jairo Saddi considera: *"Parece-nos que, no mundo globalizado do século XXI, tais relações serão fundamentais para compreender o correto funcionamento das instituições e, assim, garantir o pleno desenvolvimento do País"*. SADDI, Jairo. Op. Cit. p. 90.

ativa, pode agir e planejar as suas atividades certo de que a *segurança* jurídica atuará como segurança *do* Direito, bem como segurança *frente ao* Direito. Ou seja, por mais que a aplicação de princípios, ou ainda de pseudoprincípios, possa solucionar os casos em concreto, não é salutar ao sistema de equidade e justiça social comportamento tal do intérprete que afete a segurança jurídica do ordenamento no seu todo.

Na realidade experimentada no sistema jurídico, havendo colisão de valores constitucionais – por mais que os princípios sejam, conforme Barroso, instrumentos para realizar justiça nos casos concretos, ou conforme Ayres Britto, *janelas ao por vir*, pois o Direito não possui o condão de prever toda e qualquer conduta e seus efeitos em regras –, a aplicação dos princípios não pode assumir papel tal que afete a própria segurança jurídica do ordenamento jurídico em razão de uma utilização plenipotenciária e desarrazoada.

Desta forma, a hermenêutica constitucional enquanto espécie do gênero interpretação jurídica pode colher grande auxílio dos pressupostos da AED, em função de seus métodos condizentes com a racionalidade que os agentes esperam de cenário estruturado em incentivos e consequências.

À medida que a perspectiva econômica da AED vê o Direito como uma criação que deve promover a eficiência, contribuindo, dessa forma, para melhorar o bem-estar social, para a hermenêutica constitucional são abertas novas portas para a interpretação e aplicação de princípios de forma não prejudicial à segurança jurídica do ordenamento. Solucionar os casos em concreto de forma equitativa e justa não necessariamente deve significar a aplicação desenfreada ou até mesmo a criação de princípios. O bom intérprete, em seu processo cognoscitivo hermenêutico, além de dever sempre buscar dar a maior eficácia *orgânica* ao sistema jurídico como um todo, sem olvidar da importância dos princípios, não pode deixar de observar os critérios de segurança jurídica.

Portanto, em virtude da força normativa da Constituição, que permite ao intérprete desempenhar um papel ativo na interpretação do texto constitucional, inclusive quanto a valores, fins e comportamentos, possibilitando a aplicabilidade direta e indireta da Constituição pelo julgador no caso concreto, bem como o fato de que as decisões judiciais influenciam no comportamento

dos agentes econômicos, é de rigor concluir que a hermenêutica constitucional, quando integrada com a AED, apresenta ao intérprete as ferramentas necessárias a manter a utilização de princípios adequada ao Direito, afastando a sua aplicação despropositada, de forma a garantir, além de equidade e justiça na resolução do caso concreto, a perpetuação da segurança jurídica do ordenamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica**. México,D.F.: Fontamara, 1993.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. 2 ed. São Pulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **A Interpretação da Constituição**. In: GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro. **Hermenêutica Constitucional – Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudo Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

BRANCO, Paulo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1995.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5 ed. São Pulo: Malheiros, 2010.

GICO JR., Ivo T. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito**. In: **Economic Analysis of Law Review**. V. 1, nº 1. Brasília: Editora Universa, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MAIA, Antônio Cavalcanti; NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy**. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (Orgs.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2 ed (rev. e ampl.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Rompendo o marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

POSNER, Richard A. "The law and economics movement". *The American Economic Review*, 1987;77(2).

RÓDENAS, Ángeles. **Los interstícios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SADDI, Jairo. "É possível a análise econômica da Constituição?". In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (coords). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VILAJOSANA, Josef M. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: O PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Rômulo de Moraes e Oliveira³⁵

Resumo:

O presente artigo tem o intuito de apresentar o novo paradigma que se formou no Estado brasileiro após sua redemocratização, quando, no texto da nova Carta Política, reconheceu o Brasil como Estado Democrático de Direito, estabelecendo-se, desde então, um novo formato de democracia balizada no constitucionalismo alemão, português e espanhol, dando uma nova face à ordem democrática, passando o Estado brasileiro a efetivar, de forma cada vez mais concreta, os postulados político-constitucionais no exercício da jurisdição constitucional. Com essa nova faceta, o Poder Judiciário, na figura de seu tribunal de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, passou a estabelecer a justiça social por meio do instrumento de controle de constitucionalidade, atribuindo ao jurisdicionado direitos mínimos e fundamentais que não foram cumpridos pelos poderes políticos. Neste contexto, ainda é abordado o papel do Supremo Tribunal Federal na ordem jurídica brasileira, como instituição protagonista da consecução de medidas políticas por meio do controle jurídico-constitucional, sem ultrapassar os limites de sua função típica, além de legitimar, cada vez mais, a ordem democrática, uma vez que a sociedade vê no judiciário um meio para afastar abusos e, principalmente, reivindicar suas prerrogativas já devidamente reconhecidas pelo Estado. Por isso falar-se em um estágio atual de neoconstitucionalismo, haja vista que o Supremo Tribunal Federal vem exercendo cada vez mais o seu papel jurisdicional no cumprimento das metas democráticas exigidas na ordem política do Estado.

Palavras-chave: Estado. Democracia. Neoconstitucionalismo. Jurisdição Constitucional.

Abstract:

This article aims to introduce the new paradigm that was formed in the Brazilian state after its democratization, when, in the text of the new Charter Policy, acknowledged Brazil as a democratic state, settling, since a new format buoyed democracy in German constitutionalism, Portuguese and Spanish, giving a new face to the democratic order, from the Brazilian State to carry out, more and more concretely the political-constitutional postulates the exercise of constitutional jurisdiction. With this new facet, the Judiciary, represented by its summit court, the Supreme Court went on to establish social justice through judicial review tool, giving the claimants minimum and fundamental rights that have not been met by the powers politicians. In this context, it is also addressed the role of the Supreme Court in the Brazilian legal system, as the lead institution of the achievement of policy measures through legal and constitutional control, without exceeding the limits of its typical function,

³⁵ Especialista em Direito Processual Civil pela UNINTER/FACINTER. Professor de Direito Constitucional no curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins/TO - FCJP, mantida pela União Educacional de Ensino Superior do Médio Tocantins - UNEST. Advogado.

and legitimize, increasingly, democratic order, since society sees the judiciary a means to help to stem abuse and, especially, to claim its prerogatives already been recognized by the State. So speak up in a current stage neoconstitutionalism, given that the Supreme Court has been exerting increasing its judicial role comply with democratic goals required in the political order of the State.

Keywords: State. Democracy. Neoconstitucionalism. Constitutional Jurisdiction.

1. Introdução

Desde a promulgação da Constituição de 1988 que a sociedade brasileira passou a vivenciar uma realidade mais democrática se comparado ao regime político anterior, com o reconhecimento expresso e detalhado de um rol de direitos e garantias fundamentais, libertando o indivíduo das amarras autoritárias do Estado, possibilitando-os externarem suas prerrogativas, com meios jurídicos de ordem constitucional que asseguram o exercício de suas liberdades, bem como limitando o Estado a não agir contrariamente a esses preceitos, pois passam a ter um caráter puramente humanista, principalmente no que tange ao reconhecimento da dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A realidade político-jurídica do Brasil após sua redemocratização foi o reconhecimento expresso de um Estado Democrático de Direito com viés mais realista dos compromissos assumidos pelo constituinte no decorrer do texto constitucional, em especial no que diz respeito ao cumprimento das metas políticas de ordem social.

Desta forma, o Estado deixa de ser uma instituição política passiva, no sentido de não violar direitos fundamentais do homem, como também garantir que tais direitos sejam efetivamente cumpridos no plano da realidade social, por meio de políticas públicas que proporcionem os meios adequados a seus cidadãos.

Na linha tênue da divisão de poderes (funções) do Estado, as medidas de conteúdo político, em sua essência, recai ao Estado na sua função executiva, que coordena os meios de se concretizar os ideais políticos preconizados na Constituição.

Assim, bem definido se encontra as posições dos poderes do Estado, sendo que cada qual tem o devido reconhecimento da Constituição, que estabelece sua ordem de competências, mantendo suas autonomias, mas determinando uma atuação harmônica, de modo que cada um exerça, mesmo que atipicamente, a função dos demais poderes.

Em tese, a democracia se consolida ainda mais com a possibilidade dos “poderes” terem uma abrangência de atuação, que possibilite a um deles exercer uma forma de fiscalização sobre os atos de execução típica dos demais poderes.

Com isso, destaca-se no presente artigo a atuação da função jurisdicional do Estado brasileiro, em especial o de nossa corte constitucional (Supremo Tribunal Federal), de modo a demonstrar que, com a redemocratização do Estado brasileiro e criação de uma nova ordem constitucional, o Supremo Tribunal Federal passou a desempenhar um papel mais ativo, não só na declaração de normas (in)constitucionais por meio dos instrumentos de controle, como também dando efetividade às decisões judiciais que, no plano fático, se caracterizam de modo a concretizar as políticas públicas de cunho social.

Importante destacar, ainda, que a ordem democrática se consolidou ainda mais com a preocupação do constituinte em consagrar o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais estabelecidas pelo Estado brasileiro. Atualmente, é possível vislumbrar nas jurisprudências de nossa Suprema Corte a preocupação em se harmonizar o direito vigente com os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, com decisões que vem afetando satisfatoriamente a sociedade brasileira.

Essa realidade jurisdicional de âmbito constitucional se percebe com a atuação mais ativa do Supremo Tribunal Federal em consagrar soluções políticas no âmbito jurídico, o que se consagrou denominar, atualmente, de *ativismo jurídico*.

Assim, essa nova ordem constitucional de consecução de direitos fundamentais de ordem social que, originalmente, decorreria da execução efetiva das políticas públicas previstas pela norma constitucional, demonstra que nosso sistema jurídico admitiu sem reservas a chamada *jurisdição constitucional*, como forma de assegurar a efetividade de direitos já previstos pelo próprio constituinte, o que vai de encontro com o que se denomina, atualmente, por neoconstitucionalismo.

2. A ordem democrática e o cumprimento das metas políticas constitucionais

Com a Constituição de 1988, o Brasil foi concebido como um Estado Democrático de Direito, o que retrata não só um sistema de governo com

participação maciça e efetiva da sociedade, como também um Estado que enfatiza o indivíduo como sujeito principal da destinação das normas jurídicas.

Foi com a consagração da dignidade da pessoa humana como pilar de sustentação do sistema constitucional que se reconheceu medidas jurídicas de caráter fundamental ao homem. Também destaca-se que a Constituição de 1988 municiou os cidadãos com garantias em face de abusos por parte do Estado, bem como estabeleceu dispositivos legais que limitam o poder do Estado contra quaisquer práticas abusivas que violem direitos.

A concepção clássica da democracia remete à ideia de participação geral dos legitimados ao poder soberano do Estado, o povo, nas determinações políticas de desenvolvimento do próprio Estado, mesmo que de forma indireta, em que, no Brasil, se destaca a representatividade como sistema de governo acolhido. Ainda que representativa, o sistema democrático brasileiro permite a participação do povo, desde que atendidos certos critérios constitucionais, a decidirem, diretamente, questões ligadas precipuamente aos agentes políticos, como é o caso, exemplificativamente, do referendo e plebiscito, e da proposição de projeto de lei diretamente pelo povo.

A democracia se reveste no seu sentido formal e substancial, sendo que:

No sentido formal ou estrito, democracia é um sistema de organização política em que a direção geral dos interesses coletivos compete à maioria do povo, segundo convenções e normas jurídicas que assegurem a participação efetiva dos cidadãos na formação do governo. É o que se traduz na fórmula clássica: *todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido*. (...) Em sentido substancial, sobre ser um sistema de governo temporário e eletivo, democracia é um ambiente, uma ordem constitucional, que se baseia no conhecimento e na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana (MALUF, 2013, p. 313).

A ordem democrática é a evidência de que o povo não vive em função do Estado, e sim o contrário. O Estado tem de suprir as demandas sociais por ela comprometida a cumprir. Eis a razão da doutrina constitucional destacar o caráter dirigente e compromissada da Constituição de 1988, o que a caracteriza como uma carta de intenções políticas em respeito ao cumprimento das necessidades básicas da população brasileira.

O dever de cumprimento dos compromissos constitucionais assumidos pelo Estado brasileiro acabam tendo o viés político, no sentido de que tanto o

planejamento como a execução das medidas políticas recaem ao executivo e, quando prescindida de avaliação parlamentar, ao legislativo. A razão é lógica, uma vez que no sistema de democracia representativa o povo (de onde emana o poder) escolhe seus representantes políticos, então, nada mais justo que estes trabalhem na consecução das medidas políticas-sociais estabelecidas na Constituição.

Porém, pode ocorrer dos agentes políticos, cada qual dentro de suas esferas de competências, não cumprirem fielmente os mandamentos constitucionais ou, como é comum ocorrer, as realizam de forma inadequada e contrária aos preceitos pré-determinados na Constituição, o que, nesse caso, pode ocasionar na violação de comandos constitucionais.

Eis que surge a necessidade da manifestação do Estado-Juiz, legitimamente e no cumprimento de seu papel típico, estabelecer um posicionamento condizente com o que a melhor hermenêutica constitucional estabelece, que no caso brasileiro, recai ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal. Assim, com a manifestação de nossa Suprema Corte, temos que uma questão política acaba sendo definida pelo próprio Poder Judiciário.

Para o Estado Democrático de Direito, principalmente com o desenvolvimento constitucional do pós-segunda guerra, não se admite apenas a ideia de uma mera participação social nas escolhas de seus representantes políticos, mas sim, que da manifestação social decorra o impulso para que o Estado cumpra com os mecanismos políticos determinados constitucionalmente.

E muitos desses comandos decorrem de determinações oriundas de nossa corte constitucional que, quando invocada, estabelece comandos objetivos e impositivos não só no reconhecimento de um direito fundamental, como também na consecução da decisão exarada.

Assim, o modelo adequado de ordem democrática seria:

Dotando o Estado de uma organização flexível, que assegure a permanente supremacia da vontade popular, buscando-se a preservação da igualdade de possibilidade, com liberdade, a democracia deixa de ser um ideal utópico para se converter na expressão concreta de uma ordem social justa (DALLARI, 2013, p. 305).

E nesse mesmo sentido:

A Constituição de 1988 inovou e reuniu, em um mesmo princípio, as bases do Estado de Direito e do Estado Democrático, provocando a

conexão entre os seus postulados. Assim, se é certo que o elemento básico do Estado de Direito é a lei, não menos certo é que a lei deixa de ser entendida como mero enunciado formal do legislador, desprovida de conteúdo material ou substancial, para ser concebida e exigida como um ato de concretização dos valores humanos, morais e éticos fundamentais consagrados na Constituição, numa perspectiva democrática imposta pela soberania popular (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 513).

3. O Supremo Tribunal Federal e o seu papel na ordem democrática

Indubitável o protagonismo do Supremo Tribunal Federal no cenário jurídico-político do Estado brasileiro, desempenhando cada vez mais, dentro de sua função típica, o papel de um órgão julgador que busca promover efetivamente os comandos político-sociais que a Carta Cidadã recomenda.

Diferentemente das constituições pretéritas, a vigente Constituição reconheceu ao Poder Judiciário autonomia institucional, sendo ela administrativa e financeira, bem como autonomia funcional aos magistrados. O princípio da proteção judicial efetiva transparece o que pode ser a orientação mais precisa dentro do sistema de proteção dos direitos fundamentais.

A cúpula do Poder Judiciário recai ao Supremo Tribunal Federal que exerce a função de Corte Constitucional. Foi criado em 1891 com a denominação de Supremo Tribunal Federal, porém, quando instituído ainda no governo imperial, no ano de 1828, foi chamado de Supremo Tribunal de Justiça.

Atualmente, nossa suprema corte, com a redemocratização do país em 1988, teve seu papel definido no artigo 102 da Constituição Federal, onde se vê um rol de competências que recaem exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.

Dentre suas funções, o legislador constituinte incumbiu ao Supremo Tribunal Federal exercer o controle de constitucionalidade das leis e das decisões judiciais. Nesse ponto recai uma velha discussão acerca dos limites do exercício do controle constitucional e a possível quebra da regra da separação de poderes.

Interessante observar que o Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, muitas vezes expõe comandos jurídicos de controle, mas que determinam, por vezes, a última palavra acerca de um objeto que, por sua natureza, recairia a um dos demais poderes.

Nesse ponto, acerca do controle de constitucionalidade e sua relação com a ordem democrática, tem-se que:

Para Dworkin, a democracia, na sua versão mais genuína, não é apenas um regime em que indivíduos se juntam para tomar decisões coletivas, processar seus interesses individuais e convertê-los em política pública por intermédio da regra da maioria. Democracia é também isso, mas, antes, precisa conquistar a filiação moral de seus membros na comunidade política. Portanto, para que todos possam se juntar, agregar seus interesses e conferir qual será o produto final, é preciso que se sintam pertencentes a essa comunidade. Este laço moral se forma somente por meio de requisitos substantivos, traduzidos pela síntese da “igual consideração e respeito” (MENDES, 2011, p. 24).

Em um contexto jurídico constitucional que se vale da ordem democrática como sistema de governo a ser seguido, necessário se faz que as instituições políticas cumpram os anseios sociais conforme o que predetermina a Carta Magna.

Porém, na sistemática da tripartição dos poderes, em que cada qual exerce funções típicas e atípicas, imprescindível destacar, no que tange à função judicante, que ao Supremo Tribunal Federal recai dizer o direito acerca da (in)constitucionalidade dos atos normativos em geral, exercendo um verdadeiro papel de controle, principalmente quando o ato político violar direitos fundamentais.

Sobre a justiça constitucional:

O Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva aqui defendida, concebe-se ao Poder Judiciário (*lato sensu*, entendido aqui como justiça constitucional) uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais tem precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais (STRECK, 2002, p. 156).

Ainda, “as questões políticas, expressas em atos legislativos e de governo, fogem à alçada judicial, não sendo objeto de exame de constitucionalidade, salvo se interferirem com a existência constitucional de direitos individuais” (BONAVIDES, 1999, p. 293).

Avançando ainda mais na indagação sobre qual o contexto sociopolítico se insere o papel do Supremo Tribunal Federal, tem-se que com a nova Carta Política atribuiu-se ao Poder Judiciário um novo papel, em que:

Este novo papel pode ser vinculado à corrente comunitarista, na medida em que defende uma abordagem em que o juiz surge como o

recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. Ele é o último “guardião de promessas”, tanto para o sujeito, como para a comunidade política, diante da crise de legitimidade do Estado. A sociedade tem se remetido aos juizes por conta da ausência de autoridade e estes passam a preencher a função de instituição unificadora (GARAPON, 1992) (XIMENES, 2010, p. 9).

No que tange ao papel da jurisdição constitucional, Habermas faz uma minuciosa análise sob o ponto de vista da política liberal, republicana e procedimental, e afirma que:

A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre seu ativismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre a autonomia privada e pública, e bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente (HABERMAS, 1997, p. 346-347).

Nesse sentido, a corte constitucional desempenha o papel de hermenêutica acerca da constituição, o que, nesse desiderato, estaria cumprindo fielmente seu papel de guardião constitucional, refletindo, de fato, o estabelecimento da ordem democrática sem furtar de suas obrigações institucionais, muito menos usurpando funções de outros poderes.

4. Os direitos humanos e fundamentais na ordem jurídica constitucional

O constituinte de nossa Carta Magna de 1988 deu especial atenção no que tange ao reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais na ordem jurídica constitucional, refletindo a intenção de se estabelecer uma constituição programática ao cumprimento de metas sociais que alcance o objetivo do estabelecimento da igualdade e a defesa das liberdades.

Essencial na análise do perfil democrático de nossa Constituição é a observância que se dá no texto constitucional à dignidade da pessoa humana que, no dizer de Flávia Piovesan, constitui-se:

Como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a

orientar a interpretação do sistema constitucional³⁶(PIOVESAN, 2013, p. 153).

Na história constitucional brasileira, a Constituição de 1988 foi a primeira a consagrar a prevalência dos direitos humanos no âmbito das relações internacionais do Estado brasileiro, podendo também ser considerada como a Constituição que mais teve a participação popular em seu processo de elaboração haja vista o recebimento de várias emendas populares, sendo, então, a Constituição que apresenta o maior grau de legitimidade popular, o que reforça ainda mais o teor democrático do Brasil no pós-militarismo.

Importante destacar, ainda no aspecto valorativo da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem democrática brasileira, que a Constituição de 1988 (inspirada no constitucionalismo alemão, português e espanhol) foi a primeira a lançar mão da expressão genérica *direitos e garantias fundamentais*, ainda que no âmbito do direito internacional a expressão mais utilizada seja direitos humanos.

Os direitos e garantias fundamentais se revestem de características típicas que introduz na sistemática constitucional vigente um alto teor democrático das disposições atinentes ao indivíduo, dentre elas, o caráter analítico, pluralista e dirigente. Analítica pois dedicou um título exclusivamente sobre direitos e garantias fundamentais (Título II) bem como por ter normas de mesmo teor no decorrer no texto constitucional. Pluralista no sentido de que houve uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos assim denominados direitos de liberdade, direitos políticos etc. E programática e dirigente tendo em vista o grande número de disposições constitucionais estabelecendo programas, fins e tarefas a serem implementados pelos poderes públicos (SARLET, 2013, p. 184).

5. O neoconstitucionalismo e a efetividade dos direitos humanos fundamentais

Partindo da ideia de que o constitucionalismo, que qualifica-se como uma teoria normativa do governo limitado e das garantias individuais, e também de possuir como temas centrais a "fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades" (CANOTILHO, 1997, p. 51), surge o debate da evolução do pensamento jurídico-político constitucional, em especial com o término

da 2ª Guerra Mundial, em que os direitos inerentes ao homem deveriam ser não somente declarados, como, necessariamente, efetivados.

Destaca-se a promulgação, na Alemanha, da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, como sendo o marco triunfal de uma nova perspectiva do constitucionalismo moderno, com vistas voltada ao indivíduo no que diz respeito à intangibilidade de sua dignidade.

Também com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, seguiu-se a tendência de um pacto universal com os Estado para que fosse colocado à prova um sistema constitucional voltado à concretização de direitos sociais e cumprimento de ações políticas pelo Estado como forma de efetivação das normas fundamentais do indivíduo.

Assim, o neoconstitucionalismo ou o novo direito constitucional, em síntese clara de Luís Roberto Barroso:

Identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2005, p. 123).

Neste sentido, ou seja, o neoconstitucionalismo como uma forma de expansão da jurisdição constitucional, se estabelece na ordem jurídica um novo prisma na hermenêutica onde o interprete deverá valer-se norma constitucional definidoras de direitos e garantias fundamentais no sentido de dar razão concreta de seus comandos.

Häberle, valendo-se da Teoria da Democracia, reforça a ideia de uma nova ordem constitucional, quando admite o cidadão como legítimo interprete da constituição, haja vista ser o principal destinatário da norma constitucional:

"Povo" não é apenas um referendal quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo também é um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no

processo constitucional: como partido político, opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão (HABERLE, 2002, p. 37).

Com isso, o neoconstitucionalismo se insere no contexto da Constituição de 1988 seguindo a lógica do Estado Democrático de Direito, em que o povo deixou de ser um mero receptor de normas jurídicas e passa a figurar no cenário político como um verdadeiro protagonista na consecução dos direitos humanos fundamentais.

Ainda mais quando na idealização desta ordem democrática, se vê um tribunal constitucional que abraça a ideia de jurisdição constitucional e busca efetivar direitos fundamentais, em especial o reconhecimento da dignidade humana em diversos contextos onde figura o indivíduo como destinatário direto da norma ou das políticas públicas.

6. Conclusão

O Brasil, como sendo um Estado Democrático de Direito a partir de sua redemocratização, abarcou em seu texto constitucional uma nova tendência que já era discutida e praticada desde o pós-segunda guerra na Europa, bem como desenvolvida nos Estados Unidos da América.

Mesmo que tardia se comparado a outros Estados, o Brasil vem adotando um sistema de jurisdição constitucional que efetiva as medidas, por vezes políticas, no seio da sociedade brasileira, deixando de ser um tribunal limitado, com poucas atribuições como foi no império e no início da República, e atuando na consecução de medidas políticas que violem a Constituição, que em seu bojo, estabelece diversas normas de cunho programático e dirigente, ou seja, de implantação obrigatória por parte do Estado. Essa tendência se coaduna com a doutrina neoconstitucionalista.

Além do mais, o Brasil acolheu a ideia de uma jurisdição constitucional, tendo em vista o vasto campo atribuído pela Constituição de 1988, possibilitando o exercício de controle das normas jurídicas pelo Supremo Tribunal Federal, o que viabilizou um papel ativo do Judiciário no cenário político brasileiro.

Por ser um Estado Democrático de Direito, o Brasil tem por tendência política ser uma instituição política que cumpra todas as determinações estabelecidas pela Constituição. Em não sendo cumprido, no que tange

especialmente aos direitos sociais, poderá o cidadão reivindicar ao Judiciário a efetivação de tais direitos.

Portanto, o cidadão brasileiro se vê diante de um cenário jurídico e jurisdicional totalmente favorável ao cumprimento das metas de direitos humanos assumidas pelo Estado brasileiro, pois em sede de jurisdição constitucional o Supremo Tribunal Federal vem acolhendo a máxima proteção jurídica da dignidade da pessoa humana, mesmo que algumas vezes não observadas pelos demais poderes.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. 'Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil'. In: *Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 82, 4º trimestre, 2005, pp. 109-157, p. 123.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380 p.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPODVM, 2010.

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

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da*

constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneicher. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. Atualizador Prof^o. Miguel Alfredo Maluf Neto. 31^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

XIMENES, Julia Maurmann. *O Comunitarismo e Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES: O CASO DO TRANCAMENTO DE PAUTA POR MEDIDA PROVISÓRIA

Daniel Bogéa³⁷

Resumo: O artigo busca mostrar que a imagem da medida provisória como instrumento de imposição presidencial, ainda que não seja de todo despropositada, é insuficiente para se compreender o funcionamento desse instituto no presidencialismo brasileiro. Apresento o estudo de um episódio fundamental para se compreender a utilização das medidas provisórias em nosso presidencialismo multipartidário. Cuida-se do entendimento construído pelo Congresso Nacional e provisoriamente referendado pela Suprema Corte para modificar a tramitação de medidas provisórias no que diz respeito ao seu efeito de *trancamento de pauta*, trazido pela reforma constitucional da EC nº 32/2001. Concluo que esse caso demonstra (i) a possibilidade de reação e participação do legislador no redesenho da MP, com o propósito de recuperar parte do *poder de agenda* que foi reforçado sobre a figura do Presidente da República após a reforma constitucional de 2001; e (ii) o fato de que a própria construção do sentido da Constituição não é um monopólio de cortes judiciais, mas antes uma tarefa compartilhada entre os Poderes que pode ser exercida no âmbito de instituições que não são usualmente compreendidas como espaços de deliberação constitucional. Enquadro o caso da “interpretação Temer” como um exemplo daquilo que Keith Whittington chama de *construção constitucional*, exaltando o potencial analítico dessa nova categoria conceitual para se pensar o processo político de interpretação da Constituição no caso do presidencialismo brasileiro.

Palavras-chave: medidas provisórias; construção constitucional; interpretação Temer

Abstract: The article seeks to demonstrate that the provisional measure's image as a presidential imposing instrument, although it is not at all unreasonable, is insufficient to understand the functioning of this institute in the Brazilian presidentialism. I present the study of a key episode to understand the use of provisional measures in our multiparty presidentialism. The case regards the new constitutional interpretation approved by the National Congress and provisionally endorsed by the Supreme Court to modify the procedure for provisional measures in relation to its agenda locking effect brought by the constitutional reform of EC No. 32/2001. I conclude that this case demonstrates (i) the possibility of reaction and participation of the legislature in the redesign of the provisional measure, in order to recover part of the agenda setting power that was redirected to the President after the constitutional reform of 2001; and (ii) the fact that the construction of the meaning of the Constitution is not a monopoly of the courts, but rather a shared task between the three branches that can be exercised within institutions

³⁷ Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestrando em Global Rule of Law & Constitutional Democracy pela Università degli Studi di Genova e Mestrando em Ciência Política pela Universidade de Brasília.

that are not usually understood as constitutional deliberation spaces. Thus, I frame the case of "Temer's interpretation" as an example of what Keith Whittington calls constitutional construction, extolling the analytical potential of this new conceptual category to think about the political process of interpretation of the Constitution in the Brazilian presidentialism.

Key words: provisional measures; constitutional construction; Temer's interpretation

Introdução

A medida provisória é o mais destacado instrumento legislativo a cargo do Executivo no modelo presidencialista concebido pela Constituição de 1988. Exaltada como a "pedra de toque"³⁸ do sistema político, ou "a arma mais poderosa"³⁹ na caixa de ferramentas da Presidência da República, a MP é símbolo de um desenho institucional que atribuiu amplo *poder de agenda* ao chefe do Poder Executivo, transformando-o no verdadeiro "coordenador do jogo legislativo"⁴⁰. Esse fortalecimento do poderio presidencial foi a solução arquitetada pelo constituinte para antecipar dificuldades de governabilidade que seriam decorrentes de um sistema político tendente à fragmentação.

O que a maior parte dos estudos sobre medidas provisórias tem perdido de vista é o fato de que o Legislativo e o Judiciário também exercem um papel importante na definição dos limites do exercício do poder de decreto presidencial. Com o intuito de preencher essa lacuna, pretendo explicitar o processo político por meio do qual a medida provisória vem sendo utilizada e redesenhada durante o período pós-88. Ao enfocar processos decisórios que repercutiram na modificação dos contornos constitucionais dessa importante ferramenta de governo do Poder Executivo, percebemos a interação que se trava entre Poderes quando do debate de MPs como parte de um diálogo institucional, isto é, uma conversa entre instituições interdependentes que conforma um encadeamento decisório alongado no tempo e sem um fechamento definitivo.

Reconheço que a medida provisória se encaixa de maneira peculiar nessa temática, já que a edição de uma MP é muitas vezes compreendida como um

³⁸ ARANTES, Rogério. (1997) *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré e Educ.

³⁹ LIMONGI, Fernando (2006) A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, n. 76.

⁴⁰ MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. (2013) *Making Brazil work: checking the President in a multiparty system*. New York: Palgrave Macmillian, p. 160.

mecanismo presidencial impositivo e unilateral, com prejuízos à deliberação interinstitucional. Segundo o cientista político Timothy Power, por exemplo, “o poder presidencial de decreto é destrutivo do debate, o que é algo que os presidentes podem não querer, mas que a democracia demanda”⁴¹. Ou seja, ao invés de constituir uma pauta de diálogo entre Poderes, a visão dominante é de que a MP constitui um mecanismo de governabilidade por meio do qual o Executivo dá a palavra final em um debate entre Poderes, impondo sua vontade de forma derradeira sobre o Legislativo.

Busco demonstrar que essa imagem da MP como instrumento de imposição presidencial, ainda que não seja de todo despropositada, é insuficiente para se compreender o funcionamento desse instituto no presidencialismo brasileiro. O argumento fundamental é de que a própria definição dos contornos constitucionais da medida provisória é resultado de um processo interativo entre os três Poderes, sendo fundamental analisar o papel desempenhado por outras instituições que dialogam com a Presidência, notadamente o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o estudo aprofundado de casos afigura-se como a melhor opção metodológica para explicitar o funcionamento desse diálogo na prática, pois apenas um detalhamento empírico que contextualize as decisões emanadas de cada um dos Poderes é apto a enaltecer analiticamente o papel desempenhado por esses atores e a natureza de seu processo decisório. Com efeito, apresento o estudo de um episódio fundamental para se compreender a utilização das medidas provisórias em nosso presidencialismo multipartidário. Cuida-se do entendimento construído pelo Congresso Nacional e provisoriamente referendado pela Suprema Corte para modificar a tramitação de medidas provisórias no que diz respeito ao seu efeito de *trancamento de pauta*, trazido pela reforma constitucional da EC nº 32/2001.

Esse episódio consagrou uma interpretação constitucional de fora das cortes idealizada pelo então presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer. Pretendo demonstrar que esse caso evidencia, a um só tempo, (i) a possibilidade de reação e participação do legislador no redesenho da MP, com o propósito de recuperar parte do *poder de agenda* que foi reforçado sobre a figura do Presidente da República após a reforma constitucional de 2001; e (ii) o fato de que a própria construção do sentido da

⁴¹ “presidential decree power is destructive of debate, which is something that presidents may not want but which democracy normally requires”. POWER, Timothy. (1998) The pen is mightier than the congress: presidential decree power in Brazil. In: CAREY, John; SHUGART, Matthew (eds.). *Executive decree authority*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 224.

Constituição não é um monopólio de cortes judiciais, mas antes uma tarefa compartilhada entre os Poderes que pode ser exercida no âmbito de instituições que não são usualmente compreendidas como espaços de deliberação constitucional. Enquadro o caso da “interpretação Temer” como um exemplo daquilo que Keith Whittington chama de *construção constitucional*, exaltando o potencial analítico dessa nova categoria conceitual para se pensar o processo político de interpretação da Constituição no caso do presidencialismo brasileiro.

O artigo é dividido em duas partes. A primeira apresenta o caso da interpretação Temer, detalhando sua trajetória tanto no Parlamento como no âmbito do STF. A segunda parte apresenta uma síntese conclusiva do estudo, enquadrando o episódio dentro de uma lógica de diálogo entre Poderes e exaltando a “interpretação Temer” como uma hipótese de *construção constitucional*. Concluo que o episódio aponta para a necessidade de uma ampliação do enfoque da teoria constitucional brasileira, menos presa apenas ao campo normativo do *dever ser* e mais preocupada com o terreno mais concreto das instituições como funcionam no mundo real.

1. Estudo de caso: a “interpretação Temer”

A Questão de Ordem nº 411/2009, de autoria do Deputado Regis de Oliveira, levou à apreciação da Presidência da Câmara dos Deputados a interpretação de que projetos de resolução não estariam sujeitos ao trancamento de pauta, visto que não se enquadrariam na expressão “deliberações legislativas” disposta no § 6º do artigo 62 da Constituição Federal⁴². Segundo a argumentação do congressista, as matérias de natureza administrativa não deveriam ter sua tramitação obstada por medidas provisórias pois constituiriam meras questões de natureza *interna corporis* da Casa Legislativa.

Em resposta, o então presidente da Casa Legislativa, Michel Temer, foi mais além, argumentando que, além das resoluções, o trancamento de pauta também não deveria obstar a tramitação de propostas de emenda à Constituição, de lei

⁴² § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

complementar e de decreto legislativo. Ou seja, esse efeito deveria operar-se apenas com relação às matérias que pudessem ser objeto de medida provisória.

Segundo Temer, sua decisão baseou-se em um fundamento de natureza política e em outro de natureza jurídica. A justificativa política relacionava-se com o notório imobilismo legislativo ocasionado pelo excesso de medidas provisórias que trancavam a pauta da Câmara dos Deputados. Em suas palavras, caso não fosse encontrada “uma solução, no caso, interpretativa do texto constitucional” a permitir o destrancamento da pauta, a Câmara passaria “praticamente este ano sem conseguir levar adiante as propostas que tramitam por esta Casa que não sejam as medidas provisórias”. Cuidou-se, portanto, de “resposta à sociedade brasileira”, buscando revigorar a atividade legislativa do Parlamento.

De outro lado, Temer também fez questão de articular, em sua decisão, o que chamou de uma fundamentação de natureza jurídica, preparando o terreno para eventual contestação judicial. A tese defendida era de que a Constituição 1988 teria inaugurado um modelo de divisão de funções do Estado contrário à preponderância do Executivo sobre os demais Poderes. Assim, pugnou por uma interpretação que chamou de sistêmica do artigo 62, § 4º, do texto constitucional, tal como concebido pela EC 32/2001.

Segundo a nova interpretação constitucional realizada por Temer apresentou razões para que o sobrestamento de deliberações legislativas fosse limitado apenas àquelas matérias que poderiam ser objeto de medida provisória. Justamente por essa razão é que ficariam excluídas todas as proposições que não pudessem ser incluídas no bojo de uma MP, como projetos de lei complementar, emenda à Constituição, decreto legislativo, resolução, ou mesmo de lei ordinária que versasse sobre matéria vedada a MP, nos termos do art. 62, inciso I.

Como efeito prático da nova interpretação, o presidente da Câmara declarou que “as medidas provisórias evidentemente continuarão na pauta das sessões ordinárias, e continuarão trancando a pauta das sessões ordinárias. Não trancarão a pauta das sessões extraordinárias”. Em outras palavras, ficava aberta a janela para que o Congresso voltasse a deliberar sobre outras proposições legislativas, relativizando o *poder de agenda* do Executivo.

Naturalmente, a interpretação Temer não demorou a chegar ao crivo do Supremo. Os líderes do Partido Popular Socialista (PPS), Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e do Democratas (DEM), todos do bloco oposicionista, impetraram o Mandado de Segurança nº 27.931, alegando que o entendimento do presidente da Câmara “afigura-se totalmente descabido e infundado, resvalando em nítida violação ao devido processo legislativo”. Nessa medida, requereram liminarmente uma decisão que determinasse que o Presidente da Câmara se abstivesse de iniciar qualquer sessão extraordinária para apreciação de projetos enquanto houvesse medidas provisórias trancando a pauta congressional.

A relatoria da matéria ficou a cargo do decano da Corte, Ministro Celso de Mello, um conhecido crítico dos excessos presidenciais em medidas provisórias. Preliminarmente, o relator transpôs a barreira da doutrina *interna corporis*, por entender que estava posta controvérsia jurídica impregnada de relevo constitucional⁴³. Ao apreciar o pedido liminar, contudo, o Ministro considerou que não estavam presentes os requisitos para sua concessão e foi mais além, antecipando seu posicionamento meritório favorável à manutenção da interpretação Temer. Segundo Celso de Mello, a decisão legislativa de Temer representaria um “sinal muito expressivo de reação institucional do Parlamento a uma situação de fato que se vem perpetuando no tempo e que culmina por frustrar o exercício, pelas Casas do Congresso Nacional, da função típica que lhes é inerente, qual seja, a função de legislar”⁴⁴.

É digna de nota a compreensão do Ministro acerca do papel do Supremo na temática das medidas provisórias. Transpareceu na decisão de Celso de Mello o entendimento de que cumpriria à Corte a função de árbitro do conflito institucional entre Executivo e Legislativo, uma espécie de fiel da balança no diálogo entre Poderes. Nesse papel, o contrapeso judicial tenderia naturalmente a prestigiar o posicionamento parlamentar em detrimento do agigantamento presidencial, ou, em

⁴³ Nas palavras do Ministro Celso de Mello: “Tenho para mim, em juízo de sumária cognição, que a presente causa revela-se suscetível de conhecimento por esta Suprema Corte, em face da existência, na espécie, de litígio constitucional – instaurado entre os ora impetrantes, em sua condição de membros do Congresso Nacional, e o Senhor Presidente da Câmara dos Deputados – referente à interpretação do § 6º do art. 62 da Constituição Federal, acrescido pela EC nº 32/2001. Esse particular aspecto da controvérsia afasta o caráter ‘interna corporis’ do procedimento em questão, legitimando-se, desse modo, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 173/805-810, 806 – RTJ 175/2053 – RTJ 176/718, v.g.), o exercício, por esta Suprema Corte, da jurisdição que lhe é inerente, em razão da natureza jurídico-constitucional do litígio em causa”.

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (2009). Mandado de Segurança nº 27.931, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Decisão liminar, p. 13.

suas palavras, do “cesarismo governamental em matéria legislativa” decorrente do exercício compulsivo de competência extraordinária de edição de MPs. Isso se aplicaria inclusive às interpretações ditas “legalistas”, tendentes a viabilizar “uma preocupante ingerência do Chefe do Poder Executivo da União no tratamento unilateral de questões, que, historicamente, sempre pertenceram à esfera de atuação institucional dos corpos legislativos”, introduzindo verdadeiro “fator de desequilíbrio sistêmico”⁴⁵.

A conclusão, ainda que em juízo de estrita delibação, foi no sentido de considerar a fórmula interpretativa adotada pelo Presidente da Câmara como uma reação legítima ao controle hegemônico do Presidente da República sobre o poder de agenda do Congresso Nacional. Em suas palavras:

A construção jurídica formulada pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, além de propiciar o regular desenvolvimento dos trabalhos legislativos no Congresso Nacional, parece demonstrar reverência ao texto constitucional, pois – reconhecendo a subsistência do bloqueio da pauta daquela Casa legislativa quanto às proposições normativas que veiculem matéria passível de regulação por medida provisória (não compreendidas, unicamente, aquelas abrangidas pela cláusula de pré-exclusão inscrita no art. 62, § 1º, da Constituição, na redação dada pela EC nº 32/2001) – preserva, íntegro, o poder ordinário de legislar atribuído ao Parlamento. Mais do que isso, a decisão em causa teria a virtude de devolver, à Câmara dos Deputados, o poder de agenda, que representa prerrogativa institucional das mais relevantes, capaz de permitir, a essa Casa do Parlamento brasileiro, o poder de selecionar e de apreciar, de modo inteiramente autônomo, as matérias que considere revestidas de importância política, social, cultural, econômica e jurídica para a vida do País, o que ensejará – na visão e na perspectiva do Poder Legislativo (e não nas do Presidente da República) – a formulação e a

⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (2009). Mandado de Segurança nº 27.931, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Decisão liminar, p. 12.

concretização, pela instância parlamentar, de uma pauta temática própria [...].⁴⁶

Ao final daquele mesmo ano de 2009, o Ministro Celso de Mello submeteu seu voto de mérito ao plenário do Supremo, mantendo, de forma geral, o entendimento já consignado em seu pronunciamento anterior. O Relator seguiu condenando o uso excessivo e indiscriminado das medidas provisórias, que culminaria em um “progressivo controle hegemônico do aparelho de Estado, decorrente da superposição da vontade unipessoal do Presidente da República, em função do exercício imoderado da competência extraordinária que lhe conferiu o art. 62 da Constituição”⁴⁷. Segundo o Ministro, a interpretação Temer permitiria um diálogo institucional entre Executivo e Legislativo desenvolvido a partir de uma leitura do texto constitucional mais fidedigna ao postulado da separação de Poderes.

Sendo assim, e reforçando a fundamentação em relação ao que dispunha seu voto sobre o pedido liminar, o Ministro Celso de Mello defendeu a interpretação conferida pelo Presidente da Câmara ao § 6º do art. 62 como a *única* “solução jurídica plenamente compatível com o alto significado que assume, em nosso sistema institucional, o modelo teórico da separação de poderes”, por se tratar de arranjo que preservaria uma “adequada relação de equilíbrio entre instâncias governamentais”⁴⁸. Com efeito, refutou como inconstitucional uma leitura gramatical do dispositivo que pugnassem pelo sobrestamento de qualquer deliberação parlamentar, votando no sentido da adoção da técnica da *interpretação conforme* do art. 62, § 6º, da Constituição.

Após a leitura do Voto Relator, o julgamento foi suspenso com pedido de vista da Ministra Cármen Lúcia, retomando-se a apreciação apenas em 18 de março de 2015, com voto que acompanhou o Relator. Na ocasião, o Ministro Roberto Barroso, mesmo dizendo ter “simpatia” pela interpretação do Presidente da Câmara, fez novo pedido de vista, por entender necessária uma reconciliação do entendimento de Michel Temer com o princípio da separação de Poderes. Segundo o Ministro, seu

⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (2009). Mandado de Segurança nº 27.931, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Decisão liminar p. 13.

⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (2009). Mandado de Segurança nº 27.931, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Voto Relator, p. 26.

⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (2009). Mandado de Segurança nº 27.931, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Voto Relator, p. 75.

pedido seria justificado pela busca de “solução politicamente positiva e dogmaticamente aceitável”⁴⁹.

Os subsequentes pedidos de vista e o conseqüente prolongamento do debate judicial explicitam a situação paradoxal em que se colocou a Corte. Sob o ponto de vista político, a tese tende a agradar a comunidade jurídica, que é majoritariamente refratária a um costumeiro abuso presidencial na utilização do instrumento das medidas provisórias. Também sob a ótica estratégica, não parece interessante ao Tribunal um confronto com posicionamento já consolidado do Congresso Nacional, o que poderia ensejar um desnecessário embate institucional. Ocorre que, do ponto de vista estritamente jurídico, a interpretação Temer afasta-se de uma leitura mais convencional e direta do texto constitucional e parte para uma leitura menos intuitiva e que precisa recorrer a uma mediação por princípios.

Não é de se surpreender, portanto, que a interpretação Temer tenha sido objeto de críticas por importantes juristas. Virgílio Afonso da Silva, não obstante compreender a racionalidade da medida como resposta ao problema político ocasionado pelo travamento da pauta congressual, entendia que, “do ponto de vista jurídico-constitucional, a interpretação dele (Temer) não faz grande sentido”. Segundo o professor, o propósito de reequilíbrio de Poderes deveria ser alcançado pela aprovação de outra Emenda Constitucional suplantando os termos da EC 32/2001, já que “a emenda foi aprovada pelos próprios congressistas, em 2001”. Logo, seriam “eles que deveriam alterá-las”. Também Oscar Vilhena Vieira reforçou a crítica dizendo ter sido “uma interpretação política. Não corresponde com aquilo que está na Constituição”⁵⁰.

2. A interpretação Temer como *construção constitucional*

Dois pontos chamam a atenção na inovadora interpretação constitucional do presidente da Câmara dos Deputados. Em primeiro lugar, desde a fundamentação de sua decisão, o parlamentar tomou o cuidado de deixar às claras a intenção de estabelecer um diálogo direto com o STF. Aliás, o Deputado ressaltou que não teria

⁴⁹ Até o momento, a controvérsia não teve solução definitiva pelo plenário da Corte, apesar de o Ministro Roberto Barroso já ter liberado o processo para inclusão em pauta desde setembro de 2015, conforme notícia disponível em <http://jota.info/barroso-libera-para-julgamento-processo-sobre-trancamento-de-pauta-por-mps>

⁵⁰ As transcrições foram retiradas da matéria “MPs: Constitucionalistas questionam interpretação de Temer”, de autoria de Cristiane Agostine e publicada pelo Valor Econômico em 19 de março de 2009.

“nenhuma preocupação se, num dado momento, aqueles que se opõem levarem a questão ao Supremo Tribunal Federal”, alertando, contudo, que esperava que, “se isto for ao Supremo, que esta tese seja vitoriosa”. Em um primeiro momento, Temer chegou a condicionar a efetiva aplicação de seu novo entendimento a um pronunciamento favorável da Corte⁵¹, o que demonstrava uma valorização do Congresso Nacional ao prestígio institucional daquele ente que considerava o detentor da “palavra final”, como colocou o próprio parlamentar.

Essa postura, ressalte-se, é evidência de um efeito positivo pouco explorado da tão criticada *judicialização* do processo democrático. Certo de que eventual interpretação constitucional controvertida seria contestada no Tribunal por parlamentares descontentes, haja vista a possibilidade de acionamento do Supremo como espaço de veto e de voz⁵², o presidente da Casa Legislativa reforçou sua posição com fundamentação mais sólida, buscando antecipar a discussão jurídica a se instalar no âmbito do Judiciário. Ou seja, o constrangimento gerado por uma possível ativação do STF acaba por valorizar o processo político, fazendo que os atores de arenas majoritárias dirijam maior atenção à fundamentação de suas decisões e mostrando que é possível uma interpretação constitucional consistente fora das cortes⁵³.

O segundo aspecto de destaque diz respeito ao tipo de interpretação constitucional empreendido por Michel Temer. Como visto, a decisão buscou conciliar a necessidade política de revalorização do papel congressual, mediante a retomada da apreciação das proposições legislativas originadas no Parlamento, com uma interpretação da Constituição orientada por uma concepção bastante específica de divisão de Poderes que é refratária a um poder de agenda muito ampliado do Executivo sobre o Legislativo. Ao associar uma fundamentação marcadamente política

⁵¹ Mesmo após decisão liminar favorável, o Presidente Michel Temer hesitou em implementar sua nova interpretação, tendo iniciado a prática apenas ante a ausência de perspectiva para o julgamento de mérito do Mandado de Segurança. Ver notícia em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2009/05/560676-temer-deve-usar-pela-1-vez-brecha-que-impede-mp-de-trancar-pauta-de-votacao-da-camara.shtml>

⁵² TAYLOR, Matthew. (2007) *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press.

⁵³ Vários autores estadunidenses têm explorado, a partir de estudos históricos, a possibilidade de realização do direito constitucional fora dos tribunais, seja a partir do chamado constitucionalismo popular, em KRAMER, Larry (2004). *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press e TUSHNET, Mark (1999). *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, ou da tradição norte-americana do departamentalismo, tratado em WHITTINGTON, Keith (2007). *Political foundations of judicial supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Princeton: Princeton University Press.

com razões jurídicas, o Deputado procedeu com o que Keith Whittington chama de *construção constitucional*⁵⁴.

Para Whittington, a *construção constitucional* seria uma solução de tipo *middle ground* entre formulações jurídicas de interpretação e uma determinação prática da política. Isso se dá, em essência, quando atores políticos encontram fundamento textual para suas posições, mas, ao defenderem sua adoção, dependem de princípios políticos externos ou preocupações de ordem política. Parece ser justamente o caso da interpretação Temer. Buscou-se atender a uma necessidade política premente do Congresso, ainda que se ancorando em um discurso interpretativo vinculado ao texto constitucional. É bem verdade que a fundamentação jurídica adotada pelo Deputado não é de fácil incorporação aos métodos tradicionais de interpretação. Ocorre que esse, também, é um traço característico da chamada *construção constitucional*. Segundo o argumento de Whittington,

Atores políticos não apenas se envolvem em esforços para edificar um significado constitucional, mas fazem isso de uma forma que é inconsistente com os modelos padrão de interpretação constitucional. Esses episódios podem ser melhor compreendidos e avaliados se forem vistos como atividades distintas com base em preocupações particulares e nas capacidades próprias dos agentes governamentais.⁵⁵

O autor soa profético ao dizer que “atores políticos ambiciosos irão derradeiramente voltar-se ao texto para encontrar apoio aos seus próprios interesses políticos e construirão uma visão do significado constitucional que consagra seus próprios valores e interesses”⁵⁶. O faz, contudo, sem qualquer tom negativo, afinal parece-lhe natural que a *construção constitucional* ocorra fora das cortes, colocando em xeque um arraigado raciocínio que prega a existência de um monopólio judicial

⁵⁴ WHITTINGTON, Keith (2001a). *Constitutional construction: divided powers and constitutional meaning*. Cambridge: Harvard University Press.

⁵⁵ “Political actors not only engage in efforts to elaborate constitutional meaning, but they do so in a fashion that is inconsistent with standard jurisprudential models of constitutional interpretation. These episodes can be better understood and evaluated if they are seen as distinct pursuits building on the particular concerns and capacities of active government officials” (WHITTINGTON, Keith (2001a). *Constitutional construction: divided powers and constitutional meaning*. Cambridge: Harvard University Press, p. 209).

⁵⁶ “Ambitious political actors will ultimately turn to the text in order to find support for their own political interests and will construct a vision of constitutional meaning that enshrines their own values and interests” (WHITTINGTON, Keith (2001a). *Constitutional construction: divided powers and constitutional meaning*. Cambridge: Harvard University Press, p. 207).

sobre o conteúdo da constituição. Nisso, certamente, o fenômeno relatado por Whittington, que foi pensado à luz da experiência norte-americana, pode ser transferido à prática política brasileira para enquadrar a nova interpretação de Temer sobre o trancamento de pauta de medidas provisórias. Ainda que no caso em análise o Presidente da Câmara tenha prestado reverência à “palavra final” do Supremo, seria mais apropriado caracterizar o episódio como um diálogo motivado e explícito entre Parlamento e Corte iniciado por atores externos ao Tribunal. Não houve propriamente um conflito institucional, mas antes uma tentativa direta de convergência.

É de se observar que antes da nova interpretação constitucional de Michel Temer, seu antecessor na Presidência da Câmara, o Deputado Arlindo Chinaglia, empenhou-se para tentar a aprovação da PEC nº 511/2006, cuja principal mudança seria justamente o fim do trancamento de pauta pelas MPs. Na visão de Amaral Júnior, essa a solução seria ainda mais benéfica aos trabalhos legislativos. Apesar de concordar com a interpretação Temer, dizendo se tratar de providência com resultado saudável, evitando “maiores constrangimentos aos trabalhos parlamentares”, Amaral Júnior observa que apenas a revogação do § 6º do art. 62 daria solução definitiva à questão, visto que “o trancamento de pauta [...] age contra o Congresso Nacional, não contra a medida provisória. Contra esta, basta o decurso de prazo, sem deliberação parlamentar”⁵⁷.

Sobressai, no diálogo institucional que se travou acerca na nova compreensão do § 6º do art. 62, o fato de que se buscou conferir uma solução – pela via interpretativa – a um dos efeitos não esperados da Emenda 32/2001. Isso porque a prática mostrou que aquela emenda à Constituição, com propósito inicial de limitar as competências extraordinárias da Presidência da República, acabou perpetuando o controle do Executivo sobre a agenda parlamentar mediante o mecanismo de sobrestamento da pauta legislativa. Assim, a nova interpretação buscou estabelecer uma “válvula de escape” a um problema criado pelos próprios congressistas, quando reformularam a tramitação das medidas provisórias.

Outro fator que ficou de fora dos debates travados no Supremo Tribunal Federal e na academia diz respeito à curiosa circunstância em que a matéria chegou à Corte. Vista como uma interpretação que milita em favor do potencial deliberativo do Congresso Nacional e contra a preponderância institucional do Executivo, a matéria foi

⁵⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. (2012) *Medida provisória: edição e conversão em lei: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 184.

impugnada justamente por líderes de três partidos que formavam o bloco oposicionista dentro do Parlamento. Mais do que isso, a Presidência da República, por intermédio da Advocacia-Geral da União, posicionou-se favoravelmente à interpretação Temer quando instada a se manifestar pelo Supremo. Essa situação contra intuitiva tem sido ignorada e merece ser melhor analisada.

Se não há dúvidas de que a interpretação Temer possibilita a votação de outras proposições legislativas mesmo quando há medidas provisórias trancando a pauta congressual, o que representa uma nítida quebra do poder de decreto da Presidência, não haveria motivo para alarde da oposição. Ao contrário, a reação natural à perda de poder do Executivo seria o apoio oposicionista à nova interpretação. Existia, no entanto, outra circunstância em jogo. No contexto de uma oposição extremamente fragilizada, o trancamento de pauta por MPs abria espaço para o que se convencionou chamar de *tática de obstrução*. Isto é, parlamentares oposicionistas buscavam atrasar a deliberação sobre as medidas provisórias editadas e, com isso, sobrestavam todas as demais proposições legislativas, evitando que a base governista colocasse em votação uma série de outros projetos de seu interesse⁵⁸.

Criou-se, portanto, uma espécie de círculo vicioso, em que o Executivo estava satisfeito em assumir o controle da agenda legislativa e a oposição congressual valia-se de sua estratégia de paralisia do jogo político para evitar um número ainda maior de derrotas contra a base governista, mesmo em cenários nos quais sua parcela de parlamentares fosse bastante reduzida. Isso tudo, em detrimento do papel institucional do Parlamento, que seria de deliberar e legislar da forma mais produtiva possível e, vale dizer, em prejuízo da imagem pública de ambas as Casas Legislativas⁵⁹. Criou-se, até mesmo, o impensável instrumento de medida provisória para revogar MP

⁵⁸ O Deputado Fernando Gabeira, que integrava o PV e exercia oposição dentro do Congresso, reconhecia os efeitos da nova interpretação e pedia à oposição a articulação de outra tática. Conforme reportagem publicada no Jornal da Câmara, em sua edição de 19 de março (Ano 10, Número, 2216), o parlamentar disse ser oposicionista, mas preferir outro caminho, argumentando que o processo de obstrução detém o passo do governo, mas o do Parlamento também. “E o que aparece para a sociedade é que o governo trabalha e o Congresso, não”, observou o deputado, declarando-se satisfeito com a “decisão abstrata” de Temer.

⁵⁹ Em entrevista à Agência de Comunicação da Câmara, o próprio Deputado Ronaldo Caiado, um dos proponentes do Mandado de Segurança no STF e um dos líderes que adotavam a tática de obstrução, reconhecia que “o excesso de MPs e os impasses com a obstrução da pauta desmoralizam e desacreditam o Parlamento perante a sociedade”. Ver reportagem em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/118686.html>

anterior, possibilitando, assim, a votação de outra proposição legislativa que era atrapalhada por táticas de obstrução⁶⁰.

Conclusão

Com efeito, a interpretação Temer foi um artifício utilizado pelo Presidente da Câmara para, a um só tempo, enfrentar duas consequências negativas do processo de tramitação de MPs até então em vigor. Se, de um lado, relativizou o controle presidencial sobre a agenda legislativa, de outro, também combateu a paralisia congressual decorrente de táticas típicas de uma oposição minoritária e fragilizada. Sendo assim, sob a ótica do diálogo entre Poderes, Michel Temer firmou uma estratégia conversa com o Executivo, a quem ofereceu um *trade-off* entre seu poder de *agenda setting* e a possibilidade de desarmar a oposição, e com o STF, a quem dirigiu explicitamente uma argumentação constitucional que acabou recebendo acolhida pelos dois votos já pronunciados e que tende a alcançar um referendo judicial definitivo, não obstante estar amparada em uma interpretação heterodoxa da Constituição.

Como já dizia Keith Whittington sobre o processo de *construção constitucional* por atores não-judiciais, é comum a gênese de um novo significado da constituição a partir de formas inconsistentes com os modelos padrão de interpretação constitucional. O que o caso estudado demonstra é que esse tipo de categoria analítica também serve para a descrição do contexto brasileiro, especialmente em casos nos quais os métodos tradicionais de interpretação parecem não descrever adequadamente a forma pela qual a constituição vem sendo aplicada, tampouco aponta para um caminho normativamente promissor.

Referências

⁶⁰ Isso ocorreu com a edição da MP nº 397/2007, que revogava a MP 385/2007, que tratava da aposentadoria por idade a agricultor eventual. Como registrado pela própria Agência de Comunicação da Câmara dos Deputados, “O artifício da revogação foi usado pelo Poder Executivo para liberar a pauta com o objetivo de permitir a votação, em segundo turno na Câmara, da PEC que prorrogava a CPMF até 2010”. Ver notícia em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/118729.html>. Ao elogiar a interpretação Temer em voto prolatado na ADI 4029, o Ministro Gilmar Mendes lembrou do episódio, observando que “nós tínhamos chegado até o absurdo – e nós chegamos até a referendar – que uma medida provisória que revogava a outra medida provisória para destrancar a pauta do Congresso, que estava impedido de deliberar sobre uma emenda constitucional importante” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (2012). ADI 4029, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 33-34).

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. (2012) *Medida provisória: edição e conversão em lei: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva.

ARANTES, Rogério. (1997) *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ.

LIMONGI, Fernando (2006) A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, n. 76.

MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. (2013) *Making Brazil work: checking the President in a multiparty system*. New York: Palgrave Macmillian.

POWER, Timothy. (1998) The pen is mightier than the congress: presidential decree power in Brazil. In: CAREY, John; SHUGART, Matthew (eds.). *Executive decree authority*. Cambridge: Cambridge University Pres.

TAYLOR, Matthew. (2008) *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press.

WHITTINGTON, Keith (2001). *Constitutional construction: divided powers and constitutional meaning*. Cambridge: Harvard University Press.

A SENTENÇA LÜTH E O (POSSÍVEL) EFEITO PROVOCADO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

THE VERDICT LÜTH AND (POSSIBLE) EFFECT CAUSED IN YOUR JURISDICTION CONSTITUTIONAL BRAZILIAN

Kayo César Araújo da Silva⁶¹

Gerfison Soares da Silva⁶²

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA) no caso Lüth questionando se há algum nexos com a Jurisdição Constitucional brasileira mostrando de que modo esta decisão abriu margem para uma maior efetivação e proteção dos Direitos Fundamentais, sobretudo quando o violador do direito de um particular não é o Estado, mas sim outro particular. Num primeiro momento, faz-se uma introdução, contextualizando a aludida decisão no cenário de constitucionalismo alemão no pós-nazismo. Num segundo momento, esmiúça as nuances jurídicas da sentença, possibilitando a ideia que tornou os direitos fundamentais, exigíveis, não só em relação ao Estado, mas, também, nas relações privadas. Por último, o estudo imprime a relação clara e evidente entre o julgado ocorrido em 1958 e a Jurisdição constitucional Brasileira, por haver permissivo constitucional autorizador para isto. O atuar desta forma gera, ao final, o enaltecimento do que dispõe a Constituição Federal, parâmetro ideal à otimização de seus comandos. No ordenamento jurídico, a Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Ponderação. Otimização. Efeito irradiador. Constitucionalismo.

ABSTRACT

This work aims to analyze the decision of the German Federal Constitutional Court, which generated the Lüth case, questioning the influence in the Brazilian Constitutional Jurisdiction. The study seeks to show that this decision opened scope for greater effectiveness and protection of fundamental rights, especially when the violator of the right of an individual is not the state but another particular. At first, it is an introduction, contextualizing the above Decision in German constitutionalism scenario in the post-Nazism. Secondly, dissects the legal nuances of the sentence, allowing the idea that became the fundamental, enforceable rights, not only from the state but also in private relationships. Finally, the study prints the clear and obvious relationship between the trial occurred in 1958 and the Brazilian constitutional jurisdiction for having constitutional authorizer for this. Acting in this way generates in the end, the enhancement of the provisions of the Federal Constitution, an ideal parameter to optimize it's commands. In law, the Constitution.

KEY-WORDS: fundamental (constitutional) rights. Balances. Optimization. Radiating effect. Constitutionalism.

INTRODUÇÃO

⁶¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Advogado do Escritório de Advocacia Mauro César Santos - Advogados Associados, Associado à ABDConst. - Academia de Brasileira de Direito Constitucional. Tem experiência nas áreas do Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Eleitoral e Direito Administrativo. E-mail: kayocesaradv@gmail.com.

⁶² Atualmente é advogado associado - Cavalcante, Pereira e Advogados Associados; Secretário Geral da Comissão de Diversidade Sexual da OAB/Pa; Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/Pa. Tem experiência na área de Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Processual Civil, Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Internacional (Público e Privado) e Direito Previdenciário.

O estudo objetiva esmiuçar a mais emblemática decisão, exarada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA), registrada na história que é o Caso Lüth, no constitucionalismo alemão pós-nazismo. Não só isso, o escrito busca observar se houve algum eco, da referida decisão, na jurisdição constitucional brasileira, neste espaço de tempo de pouco mais que cinco décadas entre o conteúdo do julgado alemão e à atuação jurisdicional brasileira.

Buscando se posicionar, o estudo subdividiu suas palavras em três partes. Na primeira, situa-se o ocorrido, apresentando, ao leitor as alíneas gerais do famigerado Caso Lüth, destacando o cenário no qual estava inserida a decisão.

Apresenta-se os atores e o enredo que os rodeiam, pondo, em destaque, a dúvida entre a liberdade de expressão, cláusula prevista na lei fundamental alemã, e a possível violação aos bons costumes, previsão disposta no Código Civil alemão. Ao final, registra-se à ementa da Reclamação Constitucional, que determinava que o respectivo boicote não feriria a lei privada, por se pautar na livre expressão da manifestação, cláusula basilar de um Estado Constitucional.

A segunda parte do trabalho dedica-se adentrar nas nuances jurídicas do Caso Lüth. Inicia-se trazendo às categorias das normas organizadoras de uma constituição democrática, perfiladas por Robert Alexy que, de maneira sintetizada, dizem respeito aos direitos fundamentais e a sua relação com a regra e com os princípios, privilegiada pela decisão do TCFA, quando opta pela construção de princípios para embasar o seu julgado, protegendo a efetividade de um direito fundamental.

Em segundo laço, aborda à plausibilidade da vinculação dos direitos fundamentais a toda a ordem privada, colocando eles, não só como direitos de resistência em face do Estado mas, também, como fator decisivo influenciador das relações privadas, considerando, assim, à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, fator esse de promoção dos direitos dos cidadãos.

Na última parte do tópico, explicita que a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão possibilitou que os seus efeitos caminhassem para outros ramos do direito, uma vez que, se os direitos fundamentais suplantariam o sentido disposto no código civil, poderia, também, ser usado para outras áreas, irradiando assim os efeito das normas, orientando a sua aplicação.

Na terceira parte do trabalho, o estudo destrincha como deve ser resolvido o possível conflito entre os direitos fundamentais e as normas de cunho geral. Demonstrando clara ausência de neutralidade diante do caso, o tribunal alemão veio estabelecer outra dimensão para estes direitos fundamentais, tendo, como justificação para tal, à aplicação do princípio da proporcionalidade no caso em questão.

Diante disso, enfrenta-se a estruturação do princípio da ponderação que, segundo Robert Alexy, se subdividiria em outros três subprincípios: o da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, no qual, ao final, teria a finalidade de orientar para a otimização da Carta Constitucional.

Neste caso, atendendo ao mesmo tempo os princípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, seria esta solução, em prevalência sobre a outra medida, que, por decorrência lógica, se veria inadequada, desnecessária e desproporcional, retirando sentido constitucional algum em sua aplicação.

Por fim, foi, usando o respectivo princípio, que o tribunal alemão entendeu ser a, obrigatório à proteção do exercício da liberdade de expressão, em detrimento de suposta violação aos bons costumes.

A terceira parte finaliza o estudo, promovendo debate acerca da influência da sentença Lüth na jurisdição constitucional brasileira. No primeiro laço, constrói-se o marco teórico justificador, com base nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso, da atuação judicante, que se configura na Constituição Federal de 1988 como um Estado Democrático de Direito.

Não só isso, Christina Oliveira Peter, de maneira acintosa, descreve o pano de fundo no qual a atuação está inserida, destacando à imperatividade da supremacia da Constituição, a interdependência entre as funções de poder e a transposição da dogmática dos direitos fundamentais como um direito objetivo.

Segundo o que aponta, essas novas bases sustentariam o que a Carta Constitucional imprime, admitida uma nova forma de atuar, desde que não ofenda o que manda à Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional.

No último item da parte derradeira, afirma-se inexistir qualquer argumentação que dissocie o padrão de atuação jurisdicional atual com a que fora criada pelo Tribunal Constitucional alemão, que já usava a ponderação, a incidência

de direitos fundamentais nas relações privadas, além da interpretação das leis conforme à constituição.

Há certa ligação do passado, com à práxis jurisprudencial do Brasil, muito por que, inadmitir estes elementos na hora de aplicar o texto constitucional, geraria, por decorrência lógica, grande impossibilidade de efetivação do texto constitucional.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O caso Lüth⁶³ ocorreu na década de 50 do século passado. Considerado por muitos especialistas o mais emblemático caso dado pelo direito constitucional alemão, a decisão gerou grandes mudanças na base epistemológica do Constitucionalismo Moderno.

À época, Veit Harlan era um dos mais afamados produtores de obras cinematográficas e veio a encontrar eco quando o movimento Marcado por ter dirigido o filme *Jud Süß* (Judeu Doce) de 1941, de claro caráter antisemita, o cineasta, tempos depois, veio dirigir outro filme, a *Unsterbliche Geliebte* (Amada Imortal), que em nada tinha a ver com o que havia lhes dado o destaque.

Contemporâneo, Eric Lüth, Diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, que, na Semana de Filme Alemão, junto com outros alemães, pertencentes ao judaísmo com grande poder midiático, imprimiram força a um processo de boicote à produção do filme em questão. Aos olhos dos que estavam à fomentar o boicote, o cineasta teria sua responsabilidade no projeto facínora imprimido pela Alemanha nazista e, por ainda estar presente no memorial povo judeu, a nova produção já nascia morta.

O apelo teve de ser direcionado tanto aos distribuidores dos filmes, quanto à população em geral. Em resposta ao ato de Lüth, Harlan, em conjunto com seus colaboradores, demandaram judicialmente os incentivadores do boicote. Tomando como base o que estava disposto no art. 826 do Código Civil Alemão, buscava à responsabilização de Eric Lüth, tendo o Tribunal Estadual de Hamburgo julgado procedente a ação.

Diante disso, Lüth veio à interpor Recurso de Apelação ao Tribunal Superior e, concomitantemente, Reclamação Constitucional para o Tribunal Constitucional

⁶³ Na obra Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Schwab (2006, p. 381 – 395) trouxe o interior teor da decisão na língua mãe.

Federal Alemão (TCFA) argumentando que o seu direito fundamental à liberdade de expressão teria cerceado, direito este garantido pelo art. 5, I, 1 da Constituição Alemã (GG).

Nesta diapasão, o Tribunal Alemão julgou a Reclamação Constitucional procedente revogando, assim, a decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo, no qual acabou se tornando marco entre as decisões pelo TCFA. A Suprema Corte Alemã se pautou nos seguintes argumentos, conforme consta na ementa original da decisão proferida:

1. Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o estado. Não obstante, as normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do Direito como uma fundamental decisão Constitucional.
2. No Direito Civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais desenvolve-se de modo mediato, por intermédio de normas de Direito Privado. Ele interfere, sobretudo, nas prescrições de caráter cogente e é realizável pelo juiz, sobretudo pelas vias das cláusulas gerais.
3. O juiz de Varas Cíveis pode, por meio de sua decisão, violar direitos fundamentais (§ 90 BV erf GG), quando ignorar a influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Civil. O Tribunal Constitucional Federal revisa decisões cíveis somente no que tange a tais violações de direitos fundamentais, mas não no que tange a erros jurídicos em geral.
4. As normas do Direito Civil também podem ser “leis gerais” na acepção do art. 5, II GG e, destarte, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento.
5. As “leis gerais” têm que ser interpretadas à luz do significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento para o Estado livre e democrático.
6. O direito fundamental do art. 5 GG não protege somente a expressão de uma opinião enquanto tal, mas também o efeito intelectual a ser alcançado por sua expressão.
7. Uma expressão do pensamento que contenha uma decisão ao boicote não viola necessariamente os bons costumes na acepção do § 826 BGB, ela pode ser justificada constitucionalmente, em sede de ponderação de todos os fatores envolvidos no caso, por meio da expressão de pensamento. (SCHWAB, 2006, p. 382)

Esse caso é de grande relevância para análise porque a decisão proferida supera um entendimento aprofundado acerca do direito à liberdade de expressão alcançando o cerne da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ele foi o primeiro caso no qual a eficácia dos direitos fundamentais veio a se dar no plano horizontal, uma vez que antes essa eficácia encontrava-se restrita ao plano vertical, ou seja, quando o cidadão tinha um direito fundamental violado pelo estado e não por outro cidadão.

O paradigma da decisão Lüth encontrou eco na ordem constitucional, por ter inovado a forma de se pensar os direitos fundamentais. Vale (2008, p. 1) afirma que, sem nenhum exagero, é possível dizer

Que o caso Lüth está para a jurisprudência constitucional alemã sobre direitos fundamentais assim como o caso Marbury vs. Madison está para a jurisprudência constitucional norte-americana sobre controle de constitucionalidade das leis.

O que mostra que o Tribunal deixou esclarecido que a concepção liberal de Estado de Direito, no seu sentido formal, abriu espaço para um modelo de Estado em sentido material; “um Estado constitucional, no qual a Constituição é concebida como um sistema axiológico de princípios e valores que representam orientações normativas vinculantes para toda a atividade estatal” (VALE, 2008, p. 4), obrigando, até mesmo nas relações jurídicas de caráter privado vir à obedecer.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA VINCULAÇÃO: A EFICÁCIA HORIZONTAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Alexy (2005, p. 915) em apropriada obra, explica que às constituições democráticas possuem dois tipos distintos de normas. A primeira categoria é constituída por aquelas normas organizadoras das “atividades de legislação, de prestação jurisdicional e de administração. O tema central dessas normas é a atribuição de poder, de competências (*empowerment*)”. Já a categoria diz respeito àquelas “normas que obrigam (*constrain*) e dirigem o poder público”.

É preferível mencionar que ambos dizem respeito aos direitos fundamentais que, segundo o eminente autor se pauta em duas construções principais, sendo a de tipo estreita e estrita (*narrow and strict*) conhecida como construção de regra, e a de tipo ampla e extensa (*broad and comprehensive*) conhecida como construção de princípio⁶⁴. Alexy (2005, p. 917) diz que:

Segundo a construção estreita e estrita, as normas que conferem direitos constitucionais não são essencialmente discerníveis de

⁶⁴ Alexy (2005, p. 917) afirma que as “duas construções não se realizam em nenhum lugar de forma pura, mas elas representam distintas tendências, e a questão de qual delas é melhor é uma questão central da interpretação de qualquer Constituição que preveja controle de constitucionalidade”

outras normas do sistema jurídico. Certamente, enquanto normas constitucionais, seu lugar é o mais alto do sistema jurídico, e os seus focos são direitos altamente abstratos da maior relevância, mas nenhum desses focos, segundo a construção de regra, dá lugar a qualquer diferença estrutural fundamental. Essas são as regras jurídicas, aplicáveis como todas as demais regras jurídicas. A sua característica definidora é que elas protegem determinadas posições do cidadão abstratamente descritas contra o Estado. Segundo a construção extensa e holística, as normas que conferem direitos fundamentais não se esgotam nisto, de proteger determinadas posições do cidadão, descritas abstratamente, contra o estado. Essa eterna função é inserida em um quadro mais espaçoso.

É neste contexto que a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão aparece gerando a eficácia dos direitos fundamentais, como ainda não se tinha sido visto nas jurisdições constitucionais que estariam aflorando nas sociedades democráticas.

A Corte Alemã se posicionou rompendo com esse paradigma. Alexy (2005, p. 918) conclui que havendo “aplicação de normas do Direito Civil conduz à limitação de um direito fundamental, deve ter lugar uma ponderação dos princípios constitucionais colidentes”. Ficou decidido que “o princípio da liberdade de opinião deve ser dada à primazia perante os princípios em seu sentido contrário” (ALEXY, 2005, p. 918), invertendo a cláusula constante no §826 do Código Civil em função da efetivação do texto constitucional.

A solução tomada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão foi de grande valia, uma vez que, pela primeira vez na história do sistema constitucional alemão, um cidadão se viu garantido um direito fundamental seu, em face de uma norma de direito privado.

Alexy (2005, p. 918 – 919), ao analisar a decisão do tribunal alemão, destaca três ideias fundamentais para análise expansão dos efeitos da referida decisão no constitucionalismo moderno:

A primeira é que a garantia jurídico-constitucional de direitos individuais não se esgota em uma garantia de direitos de defesa do cidadão clássicos contra o estado. Os direitos fundamentais personificam, como diz o tribunal constitucional federal, ‘também um ordenamento de valores objetivos’. (...) pode-se dizer que a primeira ideia fundamental da sentença-Luth consiste nisto, que os direitos fundamentais não tem o caráter de regras, mas também de princípios. A segunda, estreitamente unida com a primeira, é que aos valores jurídicos-fundamentais ou princípios valem não somente para a relação entre o estado e o cidadão, mas muito além disso “para todos os âmbitos do direito”. Com isso, produz-se o “efeito da irradiação” dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico todo. (...) A terceira ideia

resulta da estrutura dos valores e princípios. Valores como princípios são propensos à colidir. Uma colisão de princípios somente por ponderação pode ser resolvida.”

Fator este que lançou, aos tribunais constitucionais, o conceito da ponderação, contrapondo o modelo de subsunção, tornando, assim, de ordem objetiva o que, historicamente, era encarada como de ordem subjetiva.

Sarlet (2007, p. 394) encabeça os doutrinadores que admitem à vinculação dos direitos fundamentais na ordem privada. Segundo se coloca, a admissão desse ideal está além da vinculação entre os poderes públicos. Nesse sentido, “os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares”. Pinçada por Zamorano (2014, p. 80), a conclusão disso está que estes direitos “não regulam apenas as relações verticais de poder que se estabelecem entre Estado e cidadão”, o que autorizaria o seu tangenciamento nas relações entre os particulares.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão que, além de se tratar de direitos de resistência do cidadão contra o Estado, integraria essas normas num ordenamento axiológico objetivo que possui validade em relação a todas às áreas do Direito.

Dessa forma, confirma-se a tese de ser inegável dizer que os direitos fundamentais possuem influência também nas relações privadas⁶⁵. Na visão daquela Corte os direitos fundamentais são espécies do qual, os Direitos Humanos, é gênero. A diferenciação básica entre eles é que os direitos humanos surgem de concepções éticas de que existem certas liberdades que necessitam ser protegidas embora não estejam presentes na ordem jurídica dos Estados, já os direitos fundamentais surgem através de mudanças paradigmáticas no cenário jurídico interno de um Estado.

Os Direitos Humanos são, portanto, *jus cogens* e inerentes à própria condição de ser humano, não necessitando de nenhum outro requisito para a sua titularidade, enquanto que os direitos fundamentais tem um caráter de historicidade, pois permanecem enquanto existirem às constituições que lhes deram origem.

⁶⁵ Sarlet (2007, p. 121), em outro texto, se articula no mesmo sentido, o que influencia “o debate sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o que também alcança os direitos sociais, notadamente no que diz respeito à privatização das funções e tarefas estatais”.

Portanto, a decisão proferida no julgamento do caso Lüth caminhou no sentido de considerar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, objetivando aplica-los às relações privadas, com apreço a valores morais inerentes à dignidade humana.

Tanto os direitos humanos, quanto os direitos fundamentais dão ensejo a obrigações positivas e negativas para que venha a ser efetivada. Não basta que Estado impeça a violação dos direitos fundamentais de seus cidadãos. É preciso que, além disso, que crie mecanismos para que esses direitos sejam blindados de modo que ninguém possa violá-los e, se ocorrer a violação, que ela seja de pronto reprimida.

Quando se verifica atentamente e de forma aprofundada o porquê de o Tribunal Constitucional Federal Alemão ter assumido essa postura e anulado a decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo, fica evidente que tal atitude foi pautada em uma ação comissiva do Tribunal com caráter teleológico de proteger, garantir e promover os direitos fundamentais de seus cidadãos. Peter (2015, p. 73) explica em outros termos ter o efeito da dívida deixada pela segunda guerra mundial, apontando, para o Caso Lüth, o marco histórico dessa movimentação:

Percebeu-se que a reflexão da teoria constitucional deveria assumir a premissa de que os direitos fundamentais deixavam sua condição comum de direitos subjetivos para também ganhar reflexos objetivos, no plano dos institutos e instituições, como verdadeiras garantias objetivas do sistema jurídico-constitucional.

É neste sentido que a decisão revelou as garantias de defesa do cidadão em face, não somente em relação ao Estado, mas, também, em relação ao particular. Em outras palavras, o que se viu foi à colocação da norma fundamental, no topo do ordenamento jurídico, gerando à submissão dos termos do direito privado a ela.

Deve-se estabelecer uma interdependência entre as normas de qualquer ordenamento jurídico, exigindo a não violação da norma fundamental. Se ao contrário fosse, as normas estruturais estariam expostas a incoerências que resultariam em uma colossal problemática. Bobbio (1999, p. 48-49) é preciso quando trata do escalonamento entre as normas, onde aduz:

Que seja unitário um ordenamento complexo deve ser explicado. Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade do ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não dependem de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento jurídico. Essa norma suprema é a norma fundamental.

Nesse quesito, os Direitos Fundamentais acabam ganhando esse *status* de direitos positivados na ordem jurídica constitucional. Não é, contudo, uma mera codificação, pois o seu caráter constitucional diminuiria a disponibilidade abstrata e geral do legislador ordinário, ficando este subordinado ao controle constitucional. Canotilho (1998, p. 359) entende que os Direitos Fundamentais seriam aqueles “conformadores de um espaço de liberdade de decisão e auto realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjetividade pessoal”.

Mostrou-se, na decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que os direitos civis de Harlan de maneira alguma poderiam impor-se ao direito à liberdade de expressão de Erich Lüth, visto que o único motivo do boicote era de cunho pessoal, não visando benefício econômico para si, nem prejuízo para Harlan, era tão somente a livre expressão de sua pessoa.

O Tribunal Estadual de Hamburgo só teria agido acertadamente se a Liberdade de Expressão estivesse baseada em outro direito fundamental e, da colisão desses direitos à luz do caso fático, fosse entendido que a predileção por um, se justificasse em face do outro.

A decisão do Tribunal Constitucional alemão, além de proteger os direitos fundamentais, possibilitou que seus efeitos irradiasse para outros ramos do direito, na tentativa de efetivar o conteúdo do que disciplinam. A esse movimento, dá-se o nome de processo de constitucionalização que, segundo Campos e Queiroz (2015, p. 271), “pode ser entendido como a irradiação de efeitos das normas e valores constitucionais aos outros ramos do direito”, o que favoreceria o debate acerca da aplicação dos direitos fundamentais a todo ordenamento jurídico.

Por ser, a Constituição, um documento que busca efetivar os direitos do indivíduo, não faria sentido excluir, das relações privadas, a efetivação destes direitos. Quando as partes se situam no mesmo plano (inexistindo superioridade em relação ao outro), dá-se o nome de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Todavia, havendo posições que colocam as partes em condições em hierarquias diversas, como são as relações pactuadas entre o indivíduo e o Estado, a teoria nomina como sendo de eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Enquanto as relações descritas pelo primeiro “são caracterizadas pelo idêntico valor conferidos às partes” (CAMPOS; QUEIROZ, 2015, p. 272), já as segundas “são marcadas por partes que não se situam na mesma posição hierárquica, tendo em vista que os interesses públicos se sobrepõe aos interesses particulares” (CAMPOS; QUEIROZ, 2015, p. 272).

A verdade que não dá para calar está no fato de que, conforme conclui Tepedino (2002, p. 364), “não há negócio jurídico ou espaço de liberdade privada que não tenha o seu conteúdo redesenhado pelo texto constitucional”.

Nessa escrita, o referido efeito irradiador suscitado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, como uma das premissas para a revogação da decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo, acabou tendo lastro histórica resultante do surgimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁶⁶, expandindo a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais para além das relações entre os indivíduos e o Estado, demonstrando, claramente, a opção pela regra que afirma haver distinção e peso de efetividade entre os Direitos Fundamentais das Leis Ordinárias.

A avaliação que se tem é de que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, até aquela época, pouco tinha avaliado questões atinentes aos Direitos Fundamentais. A sentença Lüth contribuiu para o aperfeiçoamento e para a eficácia do efeito irradiador devido à resolução de conflito de princípios fundamentais.

A ponderação e análise dos princípios de direitos fundamentais constituem como sendo o ápice do caso abordado, porém, como questão acessória, surge o feito irradiador que delinea nobre valor ao estudo do Direito. Quanto à

⁶⁶ Reis (2011, p. 318) explica que a teoria da eficácia direta ou imediata só veio a ser defendida na década de 50 do Século XX, Hans Carl Nipperdey. “Na ocasião, uma das partes pleiteava igualdade de salário entre homens e mulheres, que não era contemplado pela legislação trabalhista alemã”. Foi a partir daí que “a teoria começou a ganhar força”. Nas palavras do citado autor, “para Nipperdey, os direitos fundamentais devem ser aplicados de maneira direta em uma relação jurídica entre particulares, sem necessidade de interferência legislativa, contudo há necessidade de ponderação entre os direitos fundamentais e a autonomia da vontade. (SARMENTO, 2006, p. 220/221).” A que o autor dá está na base de sustentação dessa teoria que “consiste em que não é o Estado o único violador dos direitos fundamentais, mas sim, particulares com vasto poder econômico e social, tais como, sindicatos, associações, grandes empresas, que, muitas vezes, acabam por suprimir qualquer direito para se sobreporem à parte hipossuficiente.”

ementa, diz-se que os direitos fundamentais possuem como núcleo a personalidade humana e sua dignidade, deparando-se assim, como uma nova base ideológica, visto que aqui se inicia a atribuição dos direitos fundamentais ao próprio efeito irradiador, o que, na decisão do *Bundesverfassungsgericht*, precisariam valer-se como decisão constitucional fundamental para todas as áreas do Direito.

Deste modo, nenhuma norma, inclusive as provenientes do Código Civil, poderia fugir da interpretação desse sistema de valores declarado acima, portanto, não haveria necessidade de aplicar diretamente as normas constitucionais às relações que o Código Civil tutela, todavia, bastaria que as normas deste código fossem interpretadas conforme as normas de Direito Fundamental. Caso fosse verificado o posicionamento contrário, a situação seria semelhante ao que excerto, retirado da ementa, traz:

Se ele (juiz de primeira instância) falhar na aplicação desses critérios ou se sua sentença se basear na inobservância desta influência constitucional sobre as normas do direito civil, ele irá não somente infringir o direito constitucional objetivo, na medida em que ignorará o conteúdo da norma de direito fundamental. (DIMOULLIS e MARTINS, 2007, p. 243)

Percebendo a necessidade que levou à discussão do efeito irradiador, é válido comentar que este acabou trazendo uma atribuição de grande importância na decisão do *BVerfG*, em que tribunal federal analisaria a real aplicação dos direitos fundamentais às demais questões tratadas pelo direito e não o simples dos julgamentos de instâncias inferiores, o que não é de sua competência, que acaba por ser apontado como fator preponderante.

Desta vez sua relevância está pautada na confirmação dos direitos fundamentais no âmbito interno da sociedade, sendo que, essa ratificação, só foi possível quando expandida a abrangência do direito fundamental. Atualmente, o efeito irradiador trouxe maior efetividade a estes direitos em meio às práticas do cotidiano do ser humano.

Tal efeito materializou-se no real objetivo dos direitos fundamentais que, apesar de estarem positivados, possuíam exequibilidade restrita. No entanto, devido à expansão dos direitos fundamentais, passou-se a ter uma maior eficácia desses direitos que historicamente foram conquistados de forma árdua, sendo assim, é evidente que este efeito se faz presente para que os direitos fundamentais obtenham seu alcance primordial, o bem estar social.

Recordar os impasses vividos por gerações em busca de uma maior eficácia de direitos fundamentais é ter certeza que sua simples positivação não alcançava os anseios da sociedade. Mas, é importante ressaltar que na Alemanha, do período de guerra em diante, onde ocorriam grandiosas atrocidades, a codificação desses direitos foi de grande valor para o constitucionalismo moderno, não só o alemão, mas todos que seguiram o modelo ocidental.

4. COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: COMO RESOLVER?

A discussão entre a aplicação dos direitos fundamentais e as normas de cunho geral, instituídas pelo Código Civil alemão, acabou sendo a temática principal da decisão. Inserida em um momento de transição do liberalismo político para o Estado Democrático de Direito, trata-se de escrita jurisdicional que carrega consigo à marca da reconstrução histórica daquele país.

A Corte Constitucional alemã, sem afastar a concepção tradicional dos direitos fundamentais, acabou vindo a decidir, estabelecendo outra dimensão para esses direitos, demonstrando que a constituição alemã não teria pretensão alguma “de se fazer neutra” (MACHADO, 2011, p. 3). Fazendo uso de justificativa constitucional arquitetada no juízo de ponderação, o que se vislumbra grande virada no formato de confecção das decisões jurisdicionais.

Mendes, Coelho e Branco (2008) indicam que a liberdade de expressão é toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público ou não, de importância e de valor, ou não.

O discurso doutrinário, emancipado na risca descrita pelo Tribunal Constitucional Alemão, exige saber qual será o efeito limitador desses Direitos Fundamentais diante de seus próprios limites, no qual põe o princípio da ponderação como o fundamento para a solução deste mesmo caso.

Uma decisão que use o princípio da ponderação adequadamente, poderia gerar alguma lesão a outras garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, podendo, ela mesmo, ser o instrumento comprometedor das vigas de nosso Estado Democrático de Direito.

É, por meio dela que se admite “que algo seja realizado, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, em medida tão alta quanto possível” (ALEXY, 2005, p. 921).

Alexy (2005, p. 920 - 921) explica como deve ser estruturado o princípio da ponderação. Segundo ele, trata-se de “parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade”. Este maior, se subdivide em três outros menores: o da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito que, ao final, possuem fundamento na busca da otimização da carta constitucional.

Para o autor, o subprincípio da idoneidade “exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípio ou objetivos, cuja realização eles devem servir” (ALEXY, 2005, p. 921).

Assim, a conclusão que se tira é que ele não “é, outra coisa, que a expressão da ideia da otimidade-Pareto: uma posição poder melhorada sem que nasçam desvantagens para isso” (ALEXY, 2005, p. 921). Já o subprincípio da necessidade diz respeito a opção que deverá ser auferível entre dois meios que possibilitem a realização de um princípio, “daquele que menos intensamente intervenha em um outro princípio”. (FERREIRA, 2010, p. 117).

Assim sendo, “o caso não mais pode ser resolvido com base em reflexões, que se apoiam na ideia da otimidade-Pareto. Se custos ou sacrifícios não podem ser evitados, torna-se necessária uma ponderação” (ALEXY, 2005, p. 921)

Ferreira (2010, p. 117) conclui, acerca deste subprincípio, ser o caso que “o exame da necessidade envolve, primeiramente, a verificação da existência de mais de um meio que promova igualmente o fim e, posteriormente, a análise de qual desses meios é menos restritivo”.

Alexy (2005, p. 921 – 922), finalizando a tríade principiológica da ponderação, explica que o ultimo subprincípio, o da ponderação em sentido estrito, busca, da mesma forma como os outros, à “otimização relativamente às

possibilidades jurídicas. Ele é idêntico com uma regra que se pode denominar lei da ponderação”⁶⁷

De maneira clara e concisa, Coelho (2007, *online*) sintetiza o formato da estrutura de princípios:

A proporcionalidade é, segundo Alexy, informada por três máximas: (A) Adequação: a solução de uma colisão de princípios é adequada quando realiza o mandamento de pelo menos um dos princípios envolvidos. (B) Necessidade: a solução de uma colisão de princípios é necessária se realiza o mandamento de um dos princípios envolvidos com o menor sacrifício possível dos outros princípios envolvidos. (C) Proporcionalidade em sentido estrito: uma solução é proporcional se dá precedência ao princípio que, em vista das circunstâncias do caso concreto, tem de fato mais peso.

Segundo sua ótica, a solução deveria atender ao mesmo tempo os princípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, para que, dadas as circunstâncias, o determinado princípio pudesse vim a prevalecer sobre outro. Coelho (2007, *online*) conclui, assim, que “toda vez que estiverem presentes as circunstâncias C1, C2, C3 etc., o princípio P1 deve ter precedência sobre o princípio P2”. Nesta toada, Ferreira (2010, p. 129) aduz que:

Essa fase implica na formulação de regras, inclusive de primazia, entre os princípios que estão sendo analisados. Não é por outra razão que se mostra a fase mais complexa da ponderação, pois enseja várias questões como a de justificar porque uma solução indicada por determinado elemento deve prevalecer sobre outra. A despeito do exposto, é importante destacar que a decisão obtida através do processo de ponderação, sempre que possível, terá como objetivo, alcançar a concordância prática, que, em última análise, pode ser vista como a finalidade da ponderação.

Segundo Antunes (2006, p. 08):

O método da ponderação de bens foi utilizado pela primeira vez no Tribunal Constitucional Federal Alemão na sentença Lüth em quinze de janeiro de 1958, na qual analisou-se e decidiu-se sobre a constitucionalidade de restrição a direito fundamental. O TCF decidiu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer, uma vez que não afetava interesses de terceiros dignos de proteção. Aludida preferência resultou em função das circunstâncias do caso concreto.

⁶⁷ Segundo Alexy (2005, p. 922), diz respeito à regra do “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.

Foi, a partir da sentença-Lüth, que o método da ponderação passou a vim a ser desenvolvida e consolidado nos países que enveredaram por afirmar o controle judicial ocidental. Diante dessa linha argumentativa, a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão caminhou no sentido de entender que as expressões prolatadas pelo Reclamante não vieram ultrapassar os limites, muito por que veio a agir em função da preocupação de que o retorno pudesse ser visto como se na vida cultural alemã nada tivesse mudado, desde os tempos 'nacional-socialista', (DIMOULIS e MARTINS, 2007).

Assim, por ter atuado em nome da liberdade de expressão, direito coletivo e universal, inexistiria razão em promover à censura do ato. Acertou o Tribunal Constitucional Federal Alemão, ganhou à jurisdição Constitucional.

5. A APLICABILIDADE ATUAL DO EFEITO IRRADIADOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Barroso (2015, p. 3) desenha um marco teórico justificador do ideal de Estado Democrático de Direito. Segundo ele, o marco foi o constitucionalismo do pós-guerra, com muita força na Alemanha e, também, na Itália. No Brasil, esse processo foi iniciado graças à publicação de nossa Carta Constitucional, em 1988. Sob sua análise:

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.

Foi, possibilitada por este caminho que a Constituição Federal de 1988 veio a se constituir num Estado Democrático de Direito. Vita (2007, p. XIV), no prefácio de *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, justificando a vontade do legislador constituinte quando trouxe ao capítulo inaugural de nossa carta constitucional, o Estado Democrático de Direito, como preceito estrutural, argumentava que, assim, o país deveria lealdade, instrumentalizado nos três poderes, ao cumprimento da lei e dos princípios constitucionais.

Todavia, quando a carta magna veio se abrir para todos os lados da sociedade, na incorreta pretensa de proteger grande quantidade de fatos sociais, gerou, nela, alguns perigosos vícios que, no andar dos mais de 25 anos de democracia, paulatinamente, vem sendo alterada, no intuito de sanar esse defeito.

Concretizadas nas inúmeras emendas ao texto constitucional, Barroso (2014, p. 26 – 27) explica que o resultado disso amplificou os referidos vícios, “inclusive ao ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)”, o que fez do referido documento fundamental, mais prolixa, corporativa e muito mais analítica.

Peter (2015, p. 68) traça importante pano de fundo ao ambiente dogmático institucional, no qual estamos inseridos, no qual refunda o Estado democrático de direito, chamado pela autora de Estado de Direitos Fundamentais, reorientando a forma como deve se pautar os atores públicos. Traça-se três pressupostos básicos do constitucionalismo contemporâneo:

a) da substituição da ideia de supremacia da lei pela ideia de supremacia da Constituição; b) da transição da teoria da separação de funções do poder para a teoria da interdependência entre as funções de poder; c) da dogmática dos direitos fundamentais como direitos subjetivos para a dogmática dos direitos fundamentais como direito objetivo

Segundo à autora, “No Estado de direitos fundamentais, o ordenamento jurídico requer do intérprete da Constituição uma atitude aberta, que substitua o monopólio das fontes jurídico-estatais pelo pluralismo metódico” (PETER, 2015, p. 69), tornando a Constituição Suprema, o que deu à esta construção jurídica, um dos mais impactantes resultados no andar da jurisdição constitucional⁶⁸.

A conclusão que se tem é que, esse fato jurídico, leva o intérprete da norma jurídica à resolver as questões incertas e imprecisas pela norma, preenchendo às lacunas e tudo aquilo que tiver ambíguo. Peter (2015, p. 70) afirma que “quando se está diante de normas constitucionais, esta tarefa ganha dimensão

⁶⁸ Peter (2015, p. 69) elucida, um pouco, uma indagação doutrinária existente dentro desse tema: “Existe grande indagação doutrinária e discussão filosófica intensa acerca do tema quando se coloca a antítese entre interpretação judiciária e criatividade do juiz. O reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito existe certo grau de criatividade tem gerado muitas opiniões na doutrina. O ponto central para este debate repousa na usurpação das competências políticas historicamente reconhecidas ao Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.”

de construção de sentidos constitucionais, o que, no caso dos direitos fundamentais, é a própria definição do âmbito de proteção desses direitos”.

Assim, conforme se vê, a dimensão jurisdicional sobe de andar, trazendo, como parâmetro da sua atuação, não mais à lei privada. Mas, sim, a lei fundamental, que estrutura, organiza os poderes do estado, além de cancelar os direitos do cidadão.

A autora, também, lança seu olhar para a segunda vertente, que emancipa a interpretação judicial para o lado da otimização dos comandos fundamentais, quando acredita na substituição da ideia de separação dos poderes, pela interdependência entre as funções do poder.

Segundo ela, a transposição do quesito reserva da lei, clássico do Estado de Direito, para a reserva da Constituição, gerou efeito claro na relação dos poderes público: “o exercício compartilhado de concretização dos direitos fundamentais” (PETER, 2015, p. 69).

Ainda, sobre suas palavras, não é mais possível imaginar que a dinâmica entre as funções de poder seja pautada na segurança e previsibilidade, com regras do jogo democrático bem definidas ou predefinidas. Segundo a autora:

Na realidade constitucional subjacente, as práticas dos poderes interdependentes se constroem coletivamente, (...) sempre com o olhar atento da sociedade civil organizadas e demais entidades estatais ou quase estatais à cobrar e denunciar o exercício das competências constitucionais na imanente da força da história e dos acontecimentos

Desta forma, a separação dos poderes ganharia nova exigência para sua manutenção em nosso estado democrático de direito: a “movimentação das competências constitucionais, de forma colaborativa ou conflitual, em direção à concretização dos direitos fundamentais.” (PETER, 2015, p. 72).

E, por último, Peter (2015, p. 72) justifica, para o cenário brasileiro, o que veio a ocorrer à pouco mais de 58 anos, quando o Tribunal Constitucional Federal Alemão veio à proferir à sentença-Lüth: a exigência, não só da dogmática jurídica-subjetiva, mas, também, à dogmática jurídica-objetiva dos direitos fundamentais, já lanceada em tópico apartado.

Esta deva ser à uma das principais e mais influenciadoras do prognóstico que, aqui, se fala. Instrumentalizado pela decisão do Tribunal alemão, pôde-se

constatar nova função dos direitos fundamentais, pois, assim, estaria vinculado “à possibilidade de, por meio da interpretação, serem incorporados novos conteúdos ao programa normativo desses direitos” (PETER, 2015, p. 72).

Conforme já se viu, “trata-se, portanto, da incumbência de o Estado adotar medidas positivas com o objetivo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais”, inaugurando um novo padrão argumentativo das decisões jurisdicionais.

Diante de tudo que já se disse por aqui, é importante demonstrar a influência ou, até mesmo, o toque imprimido no constitucionalismo brasileiro que exige, influenciada pelas características lançadas aqui, na práxis jurisdicional, atuação desvinculada do parâmetro passado. Agora, torna-se necessária prática jurisprudencial diferenciada “fundada em parâmetros interpretativos de ordens distintas, orientada por valores extraídos a partir de novos textos constitucionais, a serem ponderados em casos concretos” (MACHADO, 2011, p. 6).

É perceptível dizer, ainda, que esse padrão de atuação jurisdicional possui lastro direto com o que ocorreu a mais de uma década, no já falado Caso Lüth. Além dos ideais em destaque, Barroso (2015, p. p. 57) anota à efetiva influência do Neoconstitucionalismo na Constituição Federal de 1988. Em suas palavras:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Esse Neoconstitucionalismo propõe, à Constituição Federal de 1988, que a mesma venha ser concebida como fonte de alguns parâmetros interpretativos de toda ordem, “a exemplo dos valores e dos princípios, tal como propostos no caso Lüth (MACHADO, 2011, p. 7). Conclui, a autora, que:

Para lidar com esses novos parâmetros, o Neoconstitucionalismo propõe algumas técnicas mais sofisticadas de aplicação do Direito, entre elas, a ponderação, a incidência de direitos fundamentais em relações privadas, interpretação das leis conforme a Constituição – todas utilizadas para a decisão do Caso Lüth, em 1958.

Assim, não há como dissociar o padrão de atuação jurisdicional atual, daquele embrionário, ocorrido na decisão dada pelo Tribunal Federal alemão, que gera mais ativismo, num cenário em que há autorização constitucional para isso. Ainda, nas palavras de Britto (apud SILVA, 2014, p. 3) “o ativismo no Brasil é da constituição e, não, dos juízes”.

O episódio narrado, sendo confrontado com o permissivo constitucional, ajuda à reforçar a inadequação do pelo modelo atrasado de tutela, que se pauta única e exclusivamente, no primado da lei.

O caso Lüth afirma à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, reafirmado na prática jurisprudencial da Suprema Corte brasileira, que, além de quebrar com o império da lei, marca do Estado de Direito, tutelam esses direitos em face do comando constitucional que de otimização dos direitos fundamentais, uma das bandeiras principais de nosso Estado Democrático de Direito.

6. CONCLUSÃO

A sentença Lüth é considerada como paradigmática decisão do constitucionalismo moderno pós-nazismo, muito por que veio trazer maior margem para efetivação e proteção dos direitos fundamentais, superando a ideia de que os direitos fundamentais não possuíam eficácia diante das relações privadas, o que não se sustenta.

Foi por meio da respectiva Reclamação Constitucional, que o cidadão veio a ter seus direitos efetivados em face da norma privada, o que garante maior valor às normas fundamentais, diante das normas gerais.

A aceitação de novo padrão de atuação gerou o que a doutrina denominou de irradiação dos efeitos da decisão que nada mais é do o processo de constitucionalização do direito.

O uso o princípio da ponderação por parte do Tribunal Constitucional Federal Alemão deixa claro o seu papel que não admite a indiferença, diante da

missão otimizadora, que era, diuturnamente, emanada pela carta constitucional e, inspirada nesse mandamento, o que possibilitou o julgado sob o fito principiológico.

Extraí-se, assim, a conclusão de que seria proporcional proteger o exercício da liberdade de expressão, em face de possível violação aos bons costumes, disposto na norma privada.

O Caso Lüth nos traz a conclusão de que houve, sim, influencia no Constitucionalismo Brasileiro, inaugurado após a publicação da Constituição federal de 1988, muito por que o uso da ponderação, da incidência de direitos fundamentais nas relações privadas, da interpretação das leis conforme à constituição, foram artifícios usados no Caso Lüth, ainda em 1958.

Assim, o não respeito à estas balizas geraria, por decorrência lógica, o possível não respeito ao que diz texto constitucional, que é de grande e enorme gravidade, num ordenamento jurídico que busca a coerência constitucional, instrumentalizado por um documento autorizador da judicialização da política.

O atuar desta forma, sob a influência do conteúdo dada pela sentença Lüth gera, autorizado pela carta constitucional, mais ativismo judicial num cenário onde se judicializa políticas, o que só reforça à inadequação pela primazia da lei, em detrimento da Constituição, que é uma das principais bandeiras de nosso Estado Democrático de Direito.

Por fim, o tribunal entendeu que o objetivo de Lüth, em nenhum momento, era o de lesar o direito material de Harlan, mas, simplesmente, impedir que as obras do autor, responsáveis por instigar o ódio contra o povo judeu, continuassem em circulação e sendo comercializado, revelando aí uma finalidade social de conscientização da população acerca das sandices publicadas pelo autor em sua obra anterior, o que, no caso concreto, esteve autorizado por se tratar de livre manifestação de seu pensamento.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. *In Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos*. Vol 1. Flávia Piovesan e Maria Garcia (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 915 a 927.

ANTUNES, Roberta Pacheco. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8153>>. Acesso em: 17 set. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 24 Set. 2016.

_____. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: Contribuições para a construção teórica e prática da Jurisdição Constitucional no Brasil. 3ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COELHO, André. **Alexy e sua teoria dos princípios** <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2007/06/alexey-e-sua-teoria-dos-principios.html>>. Acesso 13 Set. 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Natália Braga. Notas sobre a Teoria dos Princípios de Robert Alexy. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, Belo Horizonte, n. 2, p. 117-142, set. 2010. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1290>>. Acesso em: 24 Set. 2016.

Machado, Joana. Império da Constituição e atividade judicial: ecos do Caso Lüth sobre o novo constitucionalismo brasileiro. In.: Boletim CEDES, out/dez/2011. Disponível em: <http://www.cis.pucrio.br/cedes/PDF/out_2011/imperio.pdf>. Acesso em 19 Set. 2016

MARMELSTEIN, George. **50 Anos do Caso Lüth**: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. 13 maio 2008. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>, acesso em 16 Set. 2016.

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

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. São Paulo: Elsevier, 2008.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **O caráter normativo dos princípios jurídicos**. Jus Navigandi, Teresina, 22 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8126>>. Acesso em: 17 Set. 2016.

PETER, Christine Oliveira. **Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de Direitos Fundamentais**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número especial, 2015, p 62-87.

QUEIROZ, José Rodolpho Régis; CAMPOS, Cristina Paiva Serafim Gadelha. **Reflexo da Constitucionalização nas relações Privadas: A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. In: Ricardo Soares Stersi dos Santos; Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira; Daniel Rivorêdo Vilas Boas. (Org.). **Direito privado, formas de resolução de controvérsias e direito fundamentais**. 1ªed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 265-289.

REIS, Junior Barreto dos. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas: O Uso da Ponderação**. Argumenta (FUNDINOPI), v. 15, p. 313-333, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva fundamental**. 10 ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. ed. 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira**. in: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner e Ingo Wolfgang Sarlet (Org), **Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma Perspectiva de Direito Comparado**, Coimbra: Almedina, 2007, p. 111-144

SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Processo civil: leituras complementares**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SCHWAB, Jürgen. **50 anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Org.: Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/97325097/50-anos-de-jurisprudencia-do-Tribunal-Federal-Constitucional-Alemao>>. Acesso em 16 out. 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Crise das fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002**. In: Revista Forense. Separata. Vol. 364.

VALE, Andre Rufino. **50 anos do caso Luth.** Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cienciajuridica/article/viewFile/724/505>>. Acessado em 6 set 2016.

ZAMORANO, Fernanda Raso. **Um olhar sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.** *In* Observatório da Jurisdição Constitucional, Brasília: IDP, Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014, p 80 – 114.

A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE E A PEC 143/2015 COMO INSTRUMENTO DE POSSÍVEL INVIABILIZAÇÃO DO SUS

FERNANDA BAUFAKER REGO⁶⁹

Resumo: O presente artigo tem como finalidade apontar possíveis consequências da aprovação do Projeto de Emenda à Constituição (PEC) 143/2015, cujo objeto é desvincular 25% da receita tributária dos Estados, Municípios e Distrito Federal, percentual hoje utilizado em áreas específicas, como saúde, tecnologia e pesquisa. Essa desvinculação afetaria o Sistema único de Saúde o que, possivelmente, geraria um colapso do mesmo e a violação ao direito constitucional à saúde e falta da prestação e efetivação do Estado de um serviço de saúde universal como previsto no ordenamento jurídico, o que levaria um enorme número de pessoas em busca do poder judiciário.

Palavras chave: Constitucional. Direito à saúde. PEC 143/2015. Sistema único de Saúde

Abstract: This article aims to point out possible consequences of project approval of amendment to the Constitution (PEC) 143/2015, whose object is to unlink 25% of the tax revenue of the States, Municipalities and the Federal District, today used in specific areas, such as health, technology and research. This release would affect the health system what possibly would generate a collapse and the violation of the constitutional right to health and lack of supply and completion of the State of universal healthcare as provided for by the legal system, it would take a huge number of people in search of the judiciary.

Keywords: Constitutional law; Right of health. Unifed health system

Sumário: 1. Introdução 2.O direito à saúde e sua evolução histórica 3. O sistema único de saúde 4. O Projeto de Emenda à Constituição 143/2015 a luz da Constituição 5. A repartição dos poderes e o Sistema Único de Saúde. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A vida é um bem de grande valor para o ser humano. Para que qualquer pessoa possa ter a melhor qualidade de vida possível, é indispensável que haja os cuidados relativos á saúde. E para que todos possam ter acessos à esses cuidados, é necessário que seja presente em nosso ordenamento jurídico a proteção desse direito.

Como acentua Alexandre de Moraes⁷⁰, o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui-se em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos.

O direito à saúde é determinado na Constituição Federal de 1988 como um direito de todos e dever do Estado, que deve garantir, mediante políticas sociais e

⁶⁹ Aluna do curso direito do Centro Universitário de Brasília - Uniceub

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000, p. 61.

econômicas, a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁷¹

A própria Constituição também trouxe o Sistema único de Saúde (SUS), como forma de tornar ainda mais palpável esse direito no mundo fático. Esse sistema universal e igualitário marcou o fim de um acesso restrito à saúde e abriu as portas para o novo modelo de saúde pública do Brasil.

O Poder Público tornou-se peça chave nesse novo sistema, sendo substancial que este realize todos os seus esforços a fim de promover políticas públicas direcionadas e efetivas à saúde da população. Com essas medidas, seria garantido não tão somente a melhoria na qualidade de vida de seus cidadãos, como também o resguardo do direito à saúde constitucionalmente previsto.

Atualmente há uma forte discussão à respeito da repactuação de direitos sociais conquistados com muita luta no Brasil. Entre os vários objetos dessa discussão, a saúde é com certeza um de seus alvos. É nesse contexto que surgiu então a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 143/2015.

A PEC 143/2015 afetaria diretamente todo esse sistema criado e trazido pela Constituição de 1988 ao passo que tocaria exatamente na raiz desse sistema: o orçamento. Comprometendo o orçamento para a saúde, com a desvinculação das receitas, a PEC provocaria a insustentabilidade do sistema único de saúde levando-o ao seu fim.

A PEC ainda geraria sérias consequências para o nosso ordenamento jurídico, uma vez violaria o direito fundamental à saúde e o que levaria uma infinidade de pessoas ajuizando ações perante o Poder Judiciário a fim de promover a efetivação tanto do direito à saúde como do Sistema Único de Saúde.

2. O direito à saúde e sua evolução histórica

Todo ser humano precisa viver dignamente, cabendo ao Estado papel crucial no cumprimento deste princípio constitucional tão importante. Sendo certo que, o direito à saúde se enquadra dentro do direito à vida, uma vez que são princípios

⁷¹ BRASIL. Constituição Federal. Art. 2. 1988

complementares, portanto garantir o direito à saúde é proporcionar a cada cidadão a qualidade de vida necessária para que se viva dignamente.

Segundo Dworkin: “o princípio do resgate está vinculado à obra de René Descartes, no sentido de que o filósofo francês afirmava, em seus escritos que a saúde e a vida humana seriam os bens supremos da sociedade”. (DWORKIN, Ronald. *Virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade*. Martins Fontes. São Paulo: 2005, p. 434).

De acordo com o jurista Luis Roberto Barroso (2009, p.10): “O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo freqüentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos”.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no *caput* do seu art. 5º, garante a todos os brasileiros e estrangeiros, sem distinção de qualquer natureza, à inviolabilidade do direito à vida, sendo este direito primário, garantindo-se a essência dos demais direitos e princípios constitucionais. A Constituição consagra, no seu art.1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como princípio basilar e, como fundamento do Estado Democrático de Direito.

André da Silva Ordacgy⁷² afirma que “a saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, pois se consubstancia em característica indissociável do direito à vida”

Partindo dessa premissa, o direito saúde é, conseqüentemente, um desdobramento do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo ser pensado de forma dissociada dessas duas garantias constitucionais.

O direito à saúde é um direito fundamental, fruto de diversas conquistas sociais abarcadas na Constituição Federal de 1988, direito compreendido até mesmo na Declaração Universal de Direitos Humanos⁷³ que define que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, por ser um direito essencial à vida

⁷² ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**.

Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>

⁷³ http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm

humana, é também um dever do Estado garantir que seus cidadãos tenham acesso de forma universalizada e gratuita, cabendo ao Estado não somente garantir o acesso, bem como implementar políticas públicas tanto para a viabilização, implementação e manutenção dos serviços. É como vemos nos ensinamentos de Kildare Gonçalves Carvalho:

O direito à saúde, de que trata o texto constitucional brasileiro, implica não apenas no oferecimento da medicina curativa, mas também na medicina preventiva, dependente, por sua vez, de uma política social e econômica adequada. Assim, o direito à saúde compreende a saúde física e mental, iniciando pela medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia, trabalho, lazer, alimentação saudável na qualidade necessária, campanha de vacinação dentre outras. (CARVALHO, 2008, p.1251)

A saúde é tida como uma reivindicação antiga, entretanto, sua proteção como direito é recente. No Brasil, vários eventos históricos marcaram as tentativas de implementação de políticas voltadas para saúde, um grande exemplo é a Revolta da Vacina, que aconteceu em 1904, no Rio de Janeiro e sua principal causa foi a campanha de vacinação obrigatória contra a varíola que fez com houvesse conflitos violentos entre a população, que se negava a se vacinar, e a força policial.

As mudanças de paradigma relativas a saúde acabaram por fazer uma transformação na forma como o sistema público de saúde era pensado, ao invés de ser voltado apenas para a medicina curativa, esse sistema evoluiu para se pensar também em uma medicina preventiva, que ao invés de garantir apenas a execução de praticas medicinal, também fazia a prevenção, o acompanhamento e a conscientização.

Todos esses fatores históricos e sociais tornaram possível não só que o direito à saúde se tornasse um direito fundamental, como também fez com que fossem criados vários mecanismos para sua real efetivação no mundo prático.

4. O Sistema Único de Saúde

O Sistema Único de Saúde do Brasil – SUS é o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público⁷⁴. Esse sistema foi criado para atender as exigências do art. 196 da Constituição Federal e para ser um sistema de acesso universal e igualitário que tem

⁷⁴ BRASIL. Lei 8.080. art.4 de 19.09.1990

como objetivos, de acordo com a Lei 8.080/1990,⁷⁵a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde, a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

. O Sistema Único de Saúde, da forma como é previsto, visa assegurar a todos os cidadãos e aos estrangeiros, o acesso ao direito de saúde de forma gratuita, igualitária e universalizada. Dessa forma, mesmo os hipossuficientes poderiam ter acesso a este sistema, dado que o próprio Estado arcaria com os seus custos de implementação e manutenção.

A saúde é um fator inerente à vida humana e, sendo a vida um bem jurídico inviolável, é indispensável garantir que todos tenham acesso aos meios de preservação da saúde. A principal função do SUS visa garantir esse amplo acesso, ao passo que no Brasil é o único sistema que compreende todos os brasileiros sem nenhuma distinção, dado que a saúde somente foi constitucionalmente definida como direito na Constituição Federal de 1988, pois anteriormente somente os trabalhadores que contribuía com a Previdência Social teriam direito de acesso à saúde pública, o SUS é, desta forma um sistema que garante a democratização do acesso à saúde.

5. O Projeto de Emenda à Constituição 143/2015 à luz da Constituição

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 143/2015 tem por finalidade permitir aos Estados, Distrito Federal e Municípios aplicar em outras despesas parte dos recursos hoje atrelados a áreas específicas, como saúde, educação, tecnologia e pesquisa, entre outras.

Pelo texto aprovado no plenário em primeiro turno, são desvinculados 25% da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico (Cide-combustíveis), já instituídos ou que vierem a serem criados nos próximos quatro anos.

⁷⁵ BRASIL. Lei 8.080. art.5 de 19.09.1990

A Proposta de Emenda à Constituição 143/2015 traz em seu texto, a justificação para a adoção dessa medida⁷⁶:

desvinculação das receitas da União foi justificada em razão do elevado volume de despesas obrigatórias e do elevado grau de vinculação das receitas orçamentárias. Os mesmos argumentos se aplicam às finanças estaduais e municipais, com o agravante de que esses entes federativos têm menos flexibilidade tributária. Os Estados e os Municípios, ao contrário da União, não podem recorrer à criação de contribuições sociais para aumentar suas receitas.

O mesmo percentual de 25% será desvinculado da arrecadação dos impostos dos Estados, Distrito Federal e Municípios. A proposta estabelece que a desvinculação não reduzirá a base de cálculo das transferências municipais. A mesma proposta também exclui da desvinculação a arrecadação da contribuição social do salário-educação.

Atualmente, a União é obrigada a aplicar na saúde ao menos o mesmo valor do ano anterior mais o percentual de variação do PIB (Produto Interno Bruto), Estados e Municípios precisam investir 12% e 15%, respectivamente⁷⁷

Hoje são R\$ 118 bilhões previstos no orçamento de 2016 para a Saúde, e, destes, R\$ 5,5 bilhões estão contingenciados, ou seja, não estão disponíveis. Com isso, programas como o Farmácia Popular, o Samu (Serviço de Atendimento Móvel de Urgência), e as UPAs (Unidades de Pronto Atendimento) só têm recursos para funcionar até agosto. As UPAs são custeadas com 50% de recursos do Governo Federal, 25% do Estado e os outros 25% de responsabilidade das prefeituras, que administram as unidades.⁷⁸

A soma de cortes no investimento à saúde, tanto do Governo Federal quanto dos Estados e Municípios, que ficariam livres para aplicar esse dinheiro em quaisquer outras áreas, geraria um colapso em nosso sistema de saúde como ele é hoje, não sendo capaz de manter programas básicos, como a atenção básica, vacinas, medicamentos, controle de doenças, SAMU, Santas Casas e UTIs. Sem a efetivação desse serviço, a população que só tem o Sistema Único de Saúde como

⁷⁶ Informações retiradas do site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123909>> Acesso em: 16 set. 2016.

⁷⁷ Informações retiradas do portal da BBC. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil/2016/05/160517_desvinculacao_saude_ab> Acesso em: 16 set. 2016.

⁷⁸ Informações retiradas do portal da Fio Cruz: <<http://saudeamanha.fiocruz.br/cortes-de-gastos-na-saude-sao-morte-do-sus-diz-ex-ministro>> Acesso em: 16 set. 2016.

forma de acesso ao direito à saúde, teria esse direito comprometido pela inviabilidade de manutenção desse sistema.

A perda de recursos para financiar o SUS, em contraposição ao volume que fora aplicado em 2015 por todos os níveis da federação, caso seja adotado esse corte por meio da desvinculação, alcançaria uma estimativa de R\$80 bilhões de reais. Essa perda significativa levaria a um desmonte do sistema único e a um agravamento na situação da saúde pública no Brasil.

Cabe ressaltar que o Projeto de Emenda à Constituição nada diz sobre as perdas nos investimento à saúde a longo prazo, cabendo apenas uma estimativa feita pelos órgãos responsáveis.

A Constituição de 1988 ao prever o instituto do SUS, o faz exatamente de maneira universal como forma de proteção a esse direito fundamental de suma importância que é o direito à saúde. É necessário, portanto que esse instituto continue funcionando para que a efetivação desse direito seja realizada.

A efetividade do direito fundamental à saúde, assim como outros direitos sociais, esbarra na necessidade de normas e mecanismos de controle e financiamento – com segurança de custeio referido às receitas vinculadas no âmbito do Orçamento da Seguridade Social e ao patamar de gasto mínimo de que trata o art. 198 da Constituição de 1988 – que se revelem estáveis e eficazes.⁷⁹

Nos dias de hoje, o Sistema Único de Saúde já enfrenta uma série de dificuldades com a manutenção do serviço existente, o que acaba por levar muito de seus usuários a recorrer ao Poder Judiciário como última ou única forma de terem acesso de fato aos recursos do SUS.

Desde 2010, houve um aumento de 500% nos gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais para aquisição de medicamentos, equipamentos, insumos, realização de cirurgias e depósitos judiciais. Naquele ano, o valor consumido foi de R\$ 139,6 milhões. Apenas em 2014, o gasto chegou a R\$ 838,4 milhões. Em todo o período, a soma ultrapassa R\$ 2,1 bilhões.⁸⁰

⁷⁹ Informações retiradas do portal:

<<http://www.financiamentodosdireitosfundamentais.com/2016/05/colapso-do-sistema-unico-de-saude-e.html>> Acesso em: 16 set. 2016.

⁸⁰ Informações retiradas do portal: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>> Acesso em: 16 set. 2016.

É perceptível então que mesmo com a vinculação da receita da União, Estados e Municípios, por diversas vezes não se consegue suprir o gasto necessário gerado pelo SUS e que uma possível redução no percentual da receita vinculada ou até mesmo a desvinculação total da receita criaria uma crise no sistema estabelecido e em níveis mais gravosos acarretaria até mesmo no fim do Sistema único de Saúde.

Diante desse cenário de vulnerabilidade fiscal no financiamento do direito à saúde e a insuficiência de recursos em face às necessidades do SUS e às demandas, inclusive judiciais, de efetividade de tal direito, são notórias algumas indagações em contraposição a PEC 143/2015: Como, portanto ficaria o direito constitucionalmente previsto com o fim do SUS? Qual seria a alternativa para abarcar o contingente de pessoas que não possuem planos de saúde ou outras formas de acesso à saúde?

Observando a PEC 143/2015 à luz da Constituição Federal, percebemos que sua possível aprovação afrontaria diretamente o direito à saúde trazido pelo legislador e representaria um grande retrocesso na evolução dos direitos sociais hoje no Brasil. O direito à saúde, como hoje é definido no Brasil, é feito para ser comum a todos, a fim de que toda a população brasileira seja inserida nesse contexto de democratização da saúde e esse direito necessita de uma maior efetividade e ampliação no âmbito prático e não um recuo, ainda que orçamentário.

O projeto de emenda levaria o Sistema único de Saúde à um colapso interno por falta de recursos, o que por sua vez, ao inviabilizar o cumprimento do preceito fundamental de direito à saúde, faria um exorbitante contingente de pessoas buscar ainda mais o judiciário como única forma de pleitear seu direito constitucionalmente previsto, gerando uma crise generalizada.

6. A repartição dos poderes e o Sistema Único de Saúde

A Constituição institui a competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde concorrentemente à União, aos Estados e aos Municípios, conforme arts. 24, inciso XII.

É como explica o Ministro Luís Roberto Barroso:

À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente

econômico, com a respectiva repercussão na arrecadação do sistema previdenciário; a incapacidade do sistema em atender a uma população cada vez maior de marginalizados, que, sem carteira assinada e contribuição previdenciária, se viam excluídos do sistema; os desvios de verba do sistema previdenciário para cobrir despesas de outros setores e para a realização de obras por parte do governo federal; o não repasse pela União de recursos do Tesouro Nacional para o sistema previdenciário, cujo financiamento era tripartite (empregador, empregado e União). O texto constitucional demonstra claro compromisso com o Estado de bem-estar social, individualizando-se no cenário do constitucionalismo internacional por positivar o direito à saúde, bem como o sistema incumbido de sua garantia, em termos os mais abrangentes. suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II). No que tange ao aspecto administrativo (i.e., à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde), a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde

Os direitos fundamentais geram obrigações prestacionais que, inevitavelmente, exigem reserva de recursos para serem implementados. Esse caráter prestacional é ainda mais intenso nos direitos sociais, categoria que engloba o direito à saúde.

Dentre as mais acentuadas discussões no âmbito do direito constitucional, é notório que há um conflito entre a efetivação do direito à saúde e a separação dos poderes, juntamente com o Estado Democrático, que tem como pressuposto o poder de decisões políticas concentrado nas mãos dos representantes eleitos pelo povo e não por juízes.

A judicialização consiste por definição na busca do Poder Judiciário para a solução de demandas, dentre as ações encontradas relativas à saúde, um grande número é referente a efetividade do um direito já previsto constitucionalmente. Em virtude desta prática, o Poder Judiciário intervém, de forma incisiva e constante, na esfera do Poder Executivo, com o propósito de harmonizar o texto constitucional ao mundo prático.

Conforme Marmelstein (2009, p. 293), a norma constitucional consubstanciada no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, não deve ser compreendida apenas como um aviso ao Legislativo ou ao Executivo, mas, sobretudo, ao Poder Judiciário. Assim, não pode este poder furtar-se de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, de qualquer espécie, por mais complicada que seja a questão.

O Poder Judiciário passa, então, a participar da configuração dos assuntos públicos, a fim de garantir o cumprimento da lei e assegurar a segurança jurídica, o

que acaba por gerar para os demais poderes responsabilidades, tanto em implementação, quanto de orçamento, de cumprimento com as decisões proferidas.

E nesse mesmo impasse temos que se o direito à saúde não puder ser implementado perante os órgãos judiciários, corre o risco de ser transformado em mera letra morta dentro do ordenamento jurídico, abandonado ao descaso e à ineficiência do aparelho público burocrático. Em contrapartida, se tal direito for exigido na via judicial, surge a ameaça de deslocamento das decisões políticas do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Para o Ministro Marco Aurélio de Melo: “a judicialização, nos casos em que verificada transgressão ao mínimo existencial, é plenamente justificada, independentemente da existência de reserva orçamentária”.

É como se percebe também no voto do Ministro Celso de Melo na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF:

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos.

O Princípio da Separação dos Poderes experimentou, nos últimos anos, sofreu inegáveis mudanças, inclusive tornando-se mais flexível, na medida em que as exigências da ação estatal no plano dos três Poderes fizeram com que a competência de cada um se ampliasse.

Nos dias de hoje, a linha divisória entre o princípio da separação dos poderes e a efetivação da garantia do acesso à saúde é bastante tênue, analisando que o Poder Judiciário tomou para si a função de efetivar os direitos fundamentais seja na tutela de novos direitos que surgiram, em decorrência da primazia social nas relações jurídicas – os direitos difusos e coletivos –, seja no papel de verdadeiro protagonista do processo constitucional assumido pelo juiz na interpretação da Constituição, seja em virtude do alargamento dos princípios jurídicos por esta instituídos.

É como se perceber nas lições de Luís Roberto Barroso:

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de

voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.

O sistema brasileiro buscar hoje equilibrar essa balança que se tornou a ponderação entre a garantia de acesso à saúde e o princípio de separação dos poderes. É perceptível que o sistema democrático e suas evoluções abre espaço para esse tipo de impasse da forma como já o é hoje, um agravamento por meio de mais ações debatendo a questão do direito de acesso à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema democrático brasileiro evoluiu muito com o passar do anos, grandes conquistas foram adquiridas no âmbito de direito humanos e sociais e a tendência, nos dias atuais, é a continuação desse processo através da ampliação desses direitos, do surgimento de novos direitos advindos da convivência em sociedade e da materialização e a busca pela efetivação dos direitos já instituídos.

O direito à saúde tem grande papel no nosso ordenamento jurídico, uma vez que é um preceito fundamental da vida humana, e que não se pode desta ser dissociado. O direito à saúde foi uma revolução no que se compreendia como o papel do Estado, tal que esse direito é também dever do Estado.

O direito a saúde compreende uma série de medidas e políticas públicas para se tornar papável e efetivo no mundo prático e, como os recursos do Poder Público são limitados, há que se ter uma reserva de recursos destinados à manter esse compromisso com a saúde.

Esses recursos são imprescindíveis para a manutenção, por exemplo, do Sistema Único de Saúde, que tem a cada ano um repasse cada vez menor e que acaba por originar uma série de demandas e anseios da sociedade junto ao Poder Judiciário. Essas ações por sua vez acabam obrigando o judiciário à transgredir sua competência originária e determinar medidas no âmbito do Poder Público, criando

muitas vezes obrigações orçamentárias não prevista pelos poderes Legislativo e Executivo.

A PEC 143/2015 entra nesse debate justamente com fomentador desse processo, uma vez que pretende desvincular as receitas destinadas à saúde, agravando ainda mais a falta de recursos financeiros do sistema público de saúde e, por consequência, gerando mais e mais ações de pessoas que não obtiveram seu direito à saúde efetivado.

É necessário, portanto olhar para esse projeto de emenda à constituição, com os olhos da realidade brasileira, onde não se pode abrir mão de um sistema tão essencial para a população e que abrange tantas pessoas no Brasil, por ser um sistema universal, igualitário, de amplo acesso e gratuito.

A saúde como direito social de extrema importância precisa ter no campo prático meios para sua completa efetivação, e por isso é necessário que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário cooperem uns com outros para que o cidadão não seja prejudicado. Faz-se também necessário que os recursos do sistema público de saúde sejam garantidos pela vinculação de receita, uma vez que hoje já vivemos uma realidade de escassez de recursos aplicados na saúde.

Referências:

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Regina Lyra. Campus: São Paulo, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/2004. Voto do Ministro Celso de Mello. Julgado em 29/04/2004. Publicação: DJ 04/05/2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2845.NUME.+OU+45.DMS.%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 56647**. Voto do Marco Aurélio de Melo 15/09/2016 <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.