

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ

PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**CONTROLE JURISDICIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
PRESTACIONAIS A PARTIR DA PROPOSTA DE ROBERT ALEXY**

GERMANO ALBERTON JUNIOR

Itajaí (SC), dezembro de 2006

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ

PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**CONTROLE JURISDICIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
PRESTACIONAIS A PARTIR DA PROPOSTA DE ROBERT ALEXY**

Dissertação submetida à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, para obtenção do grau de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador(a): Prof. **Doutor Luiz Henrique Cademartori**

Itajaí (SC), dezembro de 2006

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Luiz Henrique Cademartori que prontamente aceitou o meu pedido de orientação e que, possuidor de profundo conhecimento jurídico e paciência, apresentou várias críticas e sugestões com a finalidade de corrigir os rumos de minha pesquisa. Também agradeço ao Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa que prestou fundamental auxílio na pesquisa durante o período de pós-doutorado do orientador titular.

Merecem referência especial o Professor Doutor Zenildo Bodnar pelas palavras de incentivo e otimismo desde o início do curso, bem como o colega MSc Marcelo Cardozo da Silva pela dedicada leitura do texto, sugestões de bibliografia e reflexões que facilitaram a compreensão e estudo do tema foco dessa pesquisa.

DEDICATÓRIA

A Juliana, esposa, e a meus pais, em razão do tempo de convívio subtraído e que não poderá ser restituído.

“... cada proposição deverá ser recebida dentro dos mesmos pressupostos, pois é característica do homem instruído buscar a precisão em cada gênero de coisas, apenas até o ponto que a natureza do assunto permite...”

Ética a Nicômaco - Aristóteles

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí(SC), dezembro de 2006.

GERMANO ALBERTON JUNIOR
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

A presente dissertação de conclusão do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, elaborada pelo mestrando Germano Alberton Junior, sob o título Controle de Direitos Fundamentais Prestacionais, foi submetida à banca examinadora composta pelos seguintes professores: Dr. Luis Henrique Cademartori (orientador e presidente), Dr Andre Lupi e Dr. Rodrigo Galvão, e aprovada com a nota_____.

Itajaí(SC) de 2006.

Professor Doutor Luiz Henrique Cademartori
Orientador e Presidente da Banca

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Argüição de descumprimento de preceito fundamental

AGR. – Agravo Regimental

apud – citado por

art. – artigo

BVerfGE – *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal alemão)

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DJU – Diário de Justiça da União

j. – julgado

Min. - Ministro

p. – página

RE – Recurso extraordinário

REsp – Recurso especial

rel. – relator(a)

ss. – e páginas seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF4R – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

v.g. – *verbi gratia* (por exemplo)

SUMÁRIO

RESUMO.....	XI
ABSTRACT.....	XII
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	6
DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	6
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY	6
1.1.1 Estrutura dos direitos fundamentais.....	6
1.1.1.1 Regras e Princípios.....	9
1.1.1.2 Conflito e colisão entre normas.....	11
1.1.1.3 Normas “adscriptas”.....	13
1.1.1.4 Caráter prima facie das regras.....	15
1.1.2 Classificação dos direitos fundamentais.....	18
1.1.2.1 Liberdades.....	19
1.1.2.2 Competências.....	20
1.1.2.3 Direitos a algo.....	21
1.1.2.3.1 <u>Direito a ações negativas</u>	22
1.1.2.3.1.1 <u>Direitos ao não impedimento de ações</u>	22
1.1.2.3.1.2 <u>Direitos à não-afetação de propriedade e situações</u>	23
1.1.2.3.1.3 <u>Direitos à não-eliminação de posições jurídicas</u>	24
1.1.2.3.2 <u>Direitos a ações positivas</u>	24
1.1.2.3.2.1 <u>Direitos a ações normativas</u>	24
1.1.2.3.2.2 <u>Direitos a ações fáticas</u>	25
1.1.3 Direitos à prestação em sentido amplo.....	26
1.1.3.1 <i>Direitos à proteção</i>	26
1.1.3.2 <i>Direitos à organização e procedimento</i>	28
1.1.3.3 <i>Direitos a prestações em sentido estrito</i>	29
1.1.3.3.1 <u>Direito objetivo/subjetivo</u>	33
1.1.3.3.2 <u>Justiciabilidade</u>	36
1.1.3 Bens coletivos constitucionais.....	39
1.2 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS.....	41
CAPÍTULO 2	48
PRECEITO DA PROPORCIONALIDADE.....	48

2.1 O PRECEITO DA PROPORCIONALIDADE.....	48
2.1.1 Adequação	51
2.1.2 Necessidade	52
2.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito	55
2.2 MARGENS DE AÇÃO.....	62
2.2.1 Margem de ação estrutural.....	62
2.2.1.1 Margem para fixação de fins	62
2.2.1.2 Margem para a eleição de meios	63
2.2.1.3 Margem para ponderação.....	64
2.2.2 Margem de ação epistêmica.....	69
2.2.2.1 Margem de ação epistêmica fática	70
2.2.2.2 Margem de ação epistêmica normativa.....	71
CAPÍTULO 3.....	75
LIMITES JURÍDICOS E FÁTICOS.....	75
3.1 LIMITAÇÕES JURÍDICAS	75
3.1.1 Contraditório e ampla defesa	75
3.1.2 Princípio democrático.....	80
3.1.3 Separação dos Poderes.....	83
3.1.4 Princípio da legalidade	92
3.1.5 Orçamento	95
3.1.5.1 <i>Compatibilidade com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes</i> <i>Orçamentárias</i>	<i>100</i>
3.1.5.2 <i>Indicação da origem de recursos.....</i>	<i>102</i>
3.1.5.3 <i>Despesa relacionada.....</i>	<i>104</i>
3.1.5.4 <i>Recursos desvinculados</i>	<i>105</i>
3.1.5.5 <i>Princípio da legalidade orçamentária</i>	<i>106</i>
3.1.5.6 <i>Limitação à previsão de receita</i>	<i>107</i>
3.1.5.7 <i>Vinculação de receita.....</i>	<i>107</i>
3.1.5.8 <i>Abertura de crédito suplementar</i>	<i>110</i>
3.1.5.9 <i>Remanejamento de recursos</i>	<i>111</i>
3.1.5.10 <i>Limites do crédito.....</i>	<i>113</i>
3.1.5.11 <i>Limite de tempo.....</i>	<i>113</i>
3.1.5.12 <i>Alteração de receitas vinculadas</i>	<i>115</i>
3.2 LIMITAÇÕES FÁTICAS.....	116
3.2.1 Limitações de recursos financeiros	117

3.2.2 Limitação de recursos técnicos.....	118
3.2.3 Limitação de recursos materiais.....	119
3.2.4 Limitação de recursos humanos	119
CONSIDERAÇÕES FINAIS	121
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	125

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo apresentar, com base na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, os conceitos de preceito da proporcionalidade, de espaços de ação, bem como as limitações jurídicas e fáticas aos direitos fundamentais prestacionais como instrumentos aptos ao controle jurisdicional dos direitos fundamentais prestacionais. Demonstra-se que esses direitos previstos no texto da Constituição da República Federativa do Brasil, podem ser objetos de apreciação do Poder Judiciário, ainda quando não previstos em lei orçamentária e essa pode sofrer interferência com a finalidade de obtenção de recursos para a implementação de direito fundamental prestacional que esteja sendo lesionado pela omissão total ou parcial do Estado. Tal possibilidade, todavia, abre-se, apenas, após procedimento de ponderação em que reste fundamentada a prevalência do direito fundamental frente a outros direitos fundamentais e frente a princípios formais como o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático.

Direitos fundamentais. Proporcionalidade. Alexy

ABSTRACT

This dissertation aims to study, based on the book by Robert Alexy *Theory of Constitutional Rights*, the limits of judicial review in cases of violations of rights to positive state actions. For such a purpose, the concepts of principle of proportionality, spaces of action (*Spielraum*), and factual and legal possibilities concerning to rights to positive state actions are analyzed. It is shown that the rights to positive state actions referred in the Brazilian Constitution may be object of protection by the Judiciary, even though when they are not contemplated in State budget. For that, the Judiciary is allowed to interfere on State budget in order to obtain resources to implement rights to positive state actions, which are being violated by full or partial State omissions. Nevertheless, that may occur only after balancing the specific right to positive state actions violated and the opposing principles, those may be other fundamental rights and formal principles, such as the principle of separation of powers, the democratic principle and the principle of legality.

Fundamental rights. Proportionality. Alexy.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo estudar o controle judicial acerca da efetividade de direitos fundamentais prestacionais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil e suas limitações jurídicas e fáticas, em especial, as decorrentes do regime constitucional do orçamento.

Pretendendo-se afastar da tentação, referida por Umberto Eco, de realizar um trabalho em que se fale de muitas coisas¹ e tendo em mente que quanto mais restrito o campo melhor e com mais segurança se trabalha², optou-se por delimitar o estudo a um ângulo de apreciação e a uma teoria de base.

Dessa forma, pretende-se fazer uma abordagem específica a respeito do controle judicial sobre direitos fundamentais prestacionais tendo como enfoque a Teoria dos Direitos Fundamentais de ROBERT ALEXY.

A presente pesquisa tem como objetivos: a) institucional, produzir uma Dissertação para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, no Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; b) geral, investigar sobre os limites de controle dos direitos fundamentais prestacionais com base na Teoria dos Direitos Fundamentais de ROBERT ALEXY. Para tanto, buscar-se-á respostas, sobretudo, às seguintes indagações:

a) qual a estrutura e a divisão dos direitos fundamentais?

b) qual a forma de resolução de conflitos entre direitos fundamentais?

c) qual o conceito de direitos fundamentais prestacionais apto a operar perante a CRFB?

d) até que ponto e de que forma o Poder Judiciário exerce controle sobre a forma de implementação dos direitos fundamentais prestacionais?

¹ ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução: Gilson César Cardoso de Souza. 15 ed. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 07.

² ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. p. 10.

e) o princípio democrático e o da separação dos poderes serviriam como impedimento ao controle judicial?

f) a necessidade de previsão orçamentária seria impeditiva ao estabelecimento de despesa tendente à efetivação de direito fundamental prestacional?

A atividade investigativa partirá das seguintes hipóteses:

a) a estrutura e a divisão dos direitos fundamentais pode ser feita na forma apresentada por ROBERT ALEXY;

b) a resolução de conflitos entre direitos fundamentais se dá por meio da ponderação no caso de princípios e de norma de exceção no caso de regras;

c) o conceito de direitos fundamentais apto a operar frente à CRFB exige a adoção de um critério formal para a delimitação de seu conteúdo;

d) o Poder Judiciário exerce controle sobre a forma de implementação dos direitos fundamentais prestacionais quando demonstrado que a decisão não obedeceu ao caráter de otimização dos princípios que veiculam normas de direito fundamental;

e) o princípio democrático e o princípio da separação dos poderes constituem limitações, não absolutas, ao controle, pelo Poder Judiciário, dos direitos fundamentais prestacionais;

f) a necessidade de previsão orçamentária constitui limitação não absoluta ao controle pelo Poder Judiciário dos direitos fundamentais prestacionais que exijam o estabelecimento de despesa nele não prevista.

A fim de viabilizar a pesquisa de modo a alcançar as metas investigatórias estabelecidas, foram definidos os seguintes objetivos específicos:

a) apresentar a estrutura e a divisão dos direitos fundamentais, bem como a forma de resolução de conflito a partir da proposta de ROBERT ALEXY;

b) trazer um conceito de direitos fundamentais compatível com a CRFB, a partir de um critério formal de delimitação;

c) estudar as situações em que o Poder Judiciário poderia realizar escolhas entre meios destinados à satisfação de direito fundamental. Além de estudar em que circunstância ao Poder Judiciário estaria vedado o controle da decisão do Estado;

d) demonstrar que os princípios democrático e da separação dos poderes não seriam absolutos e que cederiam frente ao reconhecimento de que a satisfação de um direito fundamental, em determinada situação, apresente-se como de maior peso;

e) estudar a forma de efetivar direitos fundamentais que exijam a criação de despesa não prevista, da maneira menos restritiva às normas constitucionais que tratam do orçamento.

A pesquisa dará prioridade ao método³ indutivo⁴. Os dados colhidos serão tratados conforme o método cartesiano⁵, sendo a base lógica para o relatório a indutiva.

Foram acionadas as técnicas do referente⁶, da categoria⁷, dos conceitos operacionais⁸, da pesquisa bibliográfica⁹ e do fichamento¹⁰. Tendo a pesquisa, em

³ Método, segundo Cesar Pasold, é “forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica. Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 8. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 104).

⁴ Método indutivo é aquele no qual se procura “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**. p. 104).

⁵ Método cartesiano é a “base lógico-comportamental [...] que pode ser sintetizada em quatro regras: 1. duvidar; 2. decompor; 3. ordenar; 4. classificar ou revisar” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**. p. 237).

⁶ Referente é a “explicação prévia do motivo, objeto e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**. p. 241).

⁷ Categoria é a “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**. p. 229).

⁸ Conceito operacional é a “definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**. p. 229).

⁹ Pesquisa bibliográfica é a “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**. p. 241).

grande parte, o objetivo de estabelecer categorias e conceitos básicos relacionados ao tema, optou-se por não apresentar, desde logo, um rol de categorias com seus respectivos conceitos operacionais.

Essa dissertação apresentará uma estrutura de três capítulos, de modo a facilitar a investigação e criar as condições para uma melhor compreensão do relato a ser feito.

O primeiro capítulo tratará da estrutura dos direitos fundamentais, com apreciação, em especial, da divisão das normas nas categorias *regras* e *princípios*. Após a diferenciação entre regras e princípios e a forma de resolução dos conflitos e colisões entre elas, passa-se à classificação dos direitos fundamentais em três grandes grupos, o das liberdades, o das competências e o dos direitos a algo.

O segundo capítulo abordará sobre o *preceito da proporcionalidade* com seus sub preceitos da *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*. O detalhamento acerca da proporcionalidade dar-se-á mediante a apresentação das *margens de ação* e dos graus de interferência e importância de normas em colisão.

O terceiro capítulo discorrerá a respeito das principais limitações à efetivação de *direitos fundamentais* prestacionais. A abordagem far-se-á, em relação às *limitações jurídicas*, mediante a análise de incidência dos princípios do contraditório, ampla defesa, democrático, da separação dos poderes, da legalidade. Em relação às *limitações fáticas*, pela análise de ausência de recursos financeiros, técnicos, materiais e humanos.

As considerações finais trarão uma breve síntese dos resultados obtidos à luz das hipóteses aventadas no projeto de pesquisa.

Convém salientar que o presente estudo não tem pretensão de esgotar a matéria e muito menos de dar respostas definitivas. Antes de pretender resolver as

¹⁰ Fichamento é a "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma Aula, segundo Referente previamente estabelecido" (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**. p. 233-234).

dúvidas existentes, esse trabalho propõe fomentar o estudo do tema e, quem sabe, ajudar a esclarecer alguns aspectos relevantes desde o ponto de vista proposto.

CAPÍTULO 1

DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Na perspectiva deste trabalho, opta-se pela estruturação dos direitos fundamentais apresentada por ROBERT ALEXY em sua Teoria dos Direitos Fundamentais¹¹, muito embora não se desconheça que o tema é abordado por diversos autores¹². A opção por trabalhar com base em apenas um autor justifica-se na busca de uma apresentação compatível com os limites e objetivos didáticos desse estudo.

1.1.1 Estrutura dos direitos fundamentais

A demonstração da estrutura dos direitos fundamentais empreendida por ROBERT ALEXY tem início pela análise do conceito de *norma de direito fundamental*. Ele sustenta que, como uma de suas espécies, compartilha dos problemas do conceito de *norma*¹³ e, por ser expressão utilizada com vários significados, apresenta-se como fonte de interminável polêmica¹⁴. Opta, assim,

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ed. 1993, reimpressão de 2002, 607 p.

¹² Entre os autores estrangeiros: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, 593 p.; HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, 576 p.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, 1437 p.; BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, 217 p. E entre os nacionais: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, 738 p.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed., 2. tiragem, Brasília: Brasília Jurídica, 2002, 322 p.; BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 369 p.; BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 417 p.; SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 76 p.

¹³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 48.

¹⁴ Para aprofundamento acerca dos entendimentos variantes quanto à norma jurídica *vide*: BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno

como ponto de partida, pela adoção de um conceito *semântico* de *norma*¹⁵, distinguindo *norma* e *enunciado normativo*.

As *normas* emitem um “dever ser”, normalmente caracterizado por expressões deônticas como: “é proibido”; “é permitido”; “é vedado”; “pode”; “deve”. Segundo ALEXY, toda norma pode ser veiculada por meio de um *enunciado normativo*¹⁶, que, se possuir alguma expressão deôntica, será chamada de *enunciado deôntico*¹⁷.

O inciso XXII do art. 5º da CRFB, ao estabelecer que “é garantido o direito de propriedade”, apresenta-se como um *enunciado normativo* (e por possuir uma expressão deôntica - “é garantido” - constitui-se em um *enunciado deôntico*) que veicula apenas uma norma, qual seja, a que assegura o direito de propriedade. O inciso IV do mesmo artigo, ao estabelecer que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, constitui-se em um *enunciado normativo* que veicula duas normas: (1) que é livre a manifestação do pensamento; e (2) que é vedado o anonimato.

Dessa forma, percebe-se que um *enunciado normativo* pode trazer uma ou mais normas¹⁸.

Se um enunciado normativo contido na Constituição traz uma *norma de direito fundamental*, então, esse pode ser chamado de *enunciado normativo de direito fundamental*¹⁹.

Sudatti, São Paulo: Edipro, 2001, 192 p.; FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 181 p.

¹⁵ Ver neste sentido, o Capítulo II da obra: ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**.

¹⁶ Uma norma também pode ser veiculada por outros meios, como um som ou um gesto.

¹⁷ “Toda norma puede ser expresada a través de un enunciado normativo. Como se ha mostrado, hay diferentes formas de expresar una norma. Es conveniente destacar una entre las diversas formas de expresar una norma. Esta forma de expresar una norma que hay que destacar se da, por ejemplo, cuando la norma según la cual está prohibido extraditar alemanes al extranjero es expresada a través de enunciados tales como ‘ningún alemán puede ser extraditado al extranjero’ (1) ‘Está prohibido extraditar alemanes al extranjero’ (1’) o ‘Los alemanes no deben ser extraditados al extranjero’ (1’). Enunciados de este tipo están caracterizados porque ellos se utilizan *expresiones deônticas* como ‘puede’, ‘prohibido’ y ‘deben’. Por ello, serán llamados ‘enunciados deônticos’. (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 53).

¹⁸ MARCELO CARDOZO DA SILVA acrescenta que uma norma pode decorrer de vários elementos contidos em diversos enunciados normativos, ou mesmo pode ser decorrência de um sistema normativo, sem se vincular a nenhum enunciado específico. (SILVA, Marcelo Cardozo da. **A prisão em flagrante na constituição**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 27).

Esse autor irá, assim, buscar delimitar o que faz uma *norma* ser de direito fundamental. Apesar de constatar que tal tarefa pode ser realizada por meio de critérios materiais ou formais²⁰, reconhece como mais conveniente para sua Teoria dos Direitos Fundamentais a adoção de um critério formal²¹.

Estabelece, então, um conceito de *disposições*²² de direito fundamental, o qual engloba as normas assim nominadas pela Constituição alemã, além de outras dispersas pelo texto constitucional que são tratadas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão e pela doutrina como veiculadoras de direitos fundamentais:

[...] *disposiciones de derecho fundamental* son los enunciados formulados en los artículos 1 a 19 da LF²³ y los enunciados contenidos en los artículos 20 párrafo 4, 33, 38, 101, 103 y 104 da LF que confieren derechos individuales. Normas de derecho fundamental son la normas directamente expresadas por estos enunciados.²⁴

¹⁹ “Todos los artículos de la Ley Fundamental contienen enunciados normativos o partes de enunciados normativos. La norma que expresa el enunciado citado es una norma de derecho fundamental. Por lo tanto, el enunciado puede ser llamado ‘enunciado normativo de derecho fundamental’.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 63).

²⁰ “La cuestión es saber qué es lo que hace que un enunciado de la Ley Fundamental sea una disposición de derecho fundamental. La respuesta al respecto puede apoyarse en puntos de vista materiales, estructurales o/y formales.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 63).

²¹ “Más conveniente que la fundamentación del concepto de norma de derecho fundamental sobre criterios materiales y/o estructurales es su vinculación con un criterio *formal*, que apunte a la forma de la positivización. Por lo tanto, de acuerdo con este criterio, todos los enunciados del capítulo de la Ley Fundamental titulado ‘Derechos Fundamentales’ (artículos 1-19 LF) son disposiciones de derechos fundamentales, independientemente del contenido y la estructura de aquello que sea estado por ellos. Sin embargo, el círculo de aquello que es abarcado de esta manera es demasiado estrecho. No hay duda que una serie de otras disposiciones de la Ley Fundamental, como por ejemplo, la del artículo 103 párrafo 1 LF que dice que todos tienen el derecho a ser oídos judicialmente, expresa una norma de derecho fundamental.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 65).

²² Esta palavra é usada como sinônimo de “enunciado”.

²³ Corresponde ao capítulo da Constituição alemã intitulado: “I - Os Direitos Fundamentais”.

²⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 65.

1.1.1.1 Regras e Princípios

As normas encontradas nos enunciados normativos de direito fundamental podem, segundo ALEXY, apresentar-se, estruturalmente, como regras ou como princípios²⁵.

As regras distinguem-se dos princípios por elementos de caráter estrutural²⁶, apesar de ambas emitirem um “dever ser”²⁷. Não importa, de acordo com esse critério, a circunstância da fundamentalidade, a generalidade, a abstração ou outros elementos de conteúdo. A diferenciação pelo caráter estrutural permite que uma norma possa ser considerada um princípio, independentemente de pertencer ao rol de “direitos fundamentais”, de ser genérica ou de seu conteúdo. Em sentido oposto, como observa SILVA, “muito do que é tradicionalmente considerado como princípio fundamentalíssimo – a anterioridade da lei penal é um exemplo esclarecedor – é, segundo os critérios propostos por ALEXY, uma regra e não um princípio.”²⁸

Os princípios apresentam-se como mandados de otimização²⁹, ou seja, como normas que ordenam que algo seja realizado na maior extensão possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Nas palavras de ALEXY:

²⁵ “Hasta ahora, lo que interesaba era el concepto de la norma de derecho fundamental o iusfundamental. Ahora hay que considerar su estructura. A tal fin, pueden llevarse a cabo numerosas distinciones teórico-estructurales. Para la teoría de los derechos fundamentales la más importante es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales”. (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 81).

²⁶ Para DWORKIN “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios [...]. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que seguem automaticamente quando as condições são dadas”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39).

²⁷ BOHN, Claudia Fernanda Rivera. A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, p. 139. In: DOBROWOLSKI, Silvio. **A constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 131 a 181.

²⁸ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005, p 30.

²⁹ LUÍS AFONSO HECK apresenta a crítica formulada por J. R. Sieckmann e Aulis Aarnio à característica de mandado de otimização dos princípios como critério apto à distinção em relação às regras. Sustenta a crítica que o mandamento tem caráter definitivo, pois, somente pode ser cumprido ou não, “[...] Ele pode ser somente cumprido ou não cumprido, e sempre é ordenado seu cumprimento completo.[...]”. A crítica é afastada mediante a distinção entre “mandamentos de

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandamientos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grado y que la medida debida de seu cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.³⁰

Como normas *prima facie*, o respeito aos princípios pode ser realizado em diferentes graus, dependendo das *possibilidades fácticas e jurídicas*, entendidas, respectivamente, como as circunstâncias específicas do caso concreto e o grau de oposição à incidência do princípio por parte de outros princípios ou regras.

Por outro lado, *regras* são normas que não expressam um mandato de otimização, cujo cumprimento não admite gradação, devendo, por isso, serem realizadas integralmente na forma prevista. São *normas de caráter definitivo*:

En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado.³¹

Tais características influem de forma decisiva no modo como *regras* e *princípios* vão se comportar no caso de colisão. Como se verá adiante, em tais situações, um princípio cede espaço ao outro sem ser invalidado, enquanto que, no caso das regras, a incidência de uma cláusula de exceção retira a aplicabilidade de uma delas.

otimização” e “mandamentos a serem otimizados”. Os princípios são, segundo Alexy, mandamentos a serem otimizados e não mandamentos de otimização. Ou seja, o que deve otimizado é o objeto do princípio. (HECK, Luís Afonso. Regras e princípios e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: Leite, George Salomão. **Dos princípios constitucionais – considerações teóricas em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 82.)

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 86.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 87.

1.1.1.2 Conflito e colisão entre normas

A distinção entre *regras* e *princípios* pode ser bem observada na forma como operam a resolução de situações de conflito ou colisão³², ou seja, onde a incidência de duas ou mais normas a um mesmo fato resulta em soluções incompatíveis, contraditórias.

No caso de conflito entre *regras*, a solução dá-se pela dimensão da validade.

Constatado que duas *regras* encontram-se em conflito, o problema pode ser resolvido mediante a incidência de uma cláusula de exceção que afasta a incidência de uma delas³³. No caso, por exemplo, da existência de uma norma que determina: (1) “a porta deve permanecer fechada”; e de outra em sentido oposto: (2) “a porta deve permanecer aberta”; o conflito entre elas pode ser superado mediante a inclusão de uma cláusula de exceção de que (2) somente tem incidência em caso de situação de incêndio.

Quando a resolução do conflito não for possível mediante a inclusão de uma cláusula de exceção, será necessária a invalidação de uma das regras mediante a aplicação de regras de exceção como as que tratam de conflito de lei em razão do tempo (*lex posterior derogat legi priori*) e em razão da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*)³⁴. Pode-se mencionar, ainda, que o conflito entre regras pode ser resolvido mediante a aplicação de regras de hierarquia como a que se verifica entre lei e regulamento³⁵.

³² ALEXY utiliza a expressão *conflito* para designar o choque entre as *regras* e *colisão* para designar o choque entre *princípios*.

³³ “Si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias recíprocamente contradictorias en el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada mediante la introducción de una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lo menos, a una de las reglas.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 88).

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 88.

³⁵ “Caso típico de relação hierárquica é a que se dá entre a lei e o regulamento. As possibilidades de atuação deste, vale dizer, os campos materiais por ele abrangidos, são demarcados pela primeira.” (BASTOS, Celso Ribeiro. Inexistência de hierarquia entre a lei complementar e as leis ordinárias. In: **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo, n. 26, p.11-20).

Quando são os *princípios* que se encontram em colisão frente a um fato concreto, a solução não pode ser a invalidação de um deles, mas sim, o afastamento de um para a incidência do outro. Para isso, é determinante a dimensão do peso. Segundo ALEXY, não há uma declaração de invalidez de qualquer um dos princípios:

Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa.³⁶

Do procedimento de eliminação da colisão entre dois princípios extrai-se a *lei de colisão* aplicável ao caso particular. Essa consiste no estabelecimento de uma *relação de precedência condicionada*, determinada a partir da consideração de todas as circunstâncias relevantes no caso concreto³⁷. O estabelecimento da *relação de precedência condicionada* decorre diretamente do caráter dos princípios como mandados de otimização, que não possuem relações absolutas de precedência em razão de se referirem a ações e situações não quantificáveis.³⁸

A precedência estabelecida como resultado desse procedimento é aplicável apenas ao caso sob apreciação, nada impedindo que, em outra oportunidade de colisão entre os mesmos princípios, a relação de precedência seja invertida. Assim, no caso, por exemplo, do princípio P^1 encontrar-se em colisão com o princípio P^2 , em determinada situação concreta, podem ocorrer duas hipóteses de precedência:

(1) $P^1 \mathbf{p} P^2$

(2) $P^2 \mathbf{p} P^1$

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 89.

³⁷ “La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la relación de precedencia consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro.” (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 92).

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 95.

Afasta-se, desde já, a possibilidade de uma relação de precedência incondicionada³⁹, absoluta ou abstrata, onde P^1 sempre preferiria P^2 em quaisquer circunstâncias, e vice-versa.

A conclusão obtida pela hipótese 1, por exemplo, na circunstância “**c**”, não impede que, em outras circunstâncias, “**c**’”, acolha-se a relação de precedência da hipótese 2:

$$(3) (P^1 \text{ p } P) \text{ c}$$

$$(4) (P^2 \text{ p } P^1) \text{ c}'$$

Do estabelecimento de uma *relação de precedência condicionada*, decorre uma regra que prescreve a consequência jurídica do princípio reconhecido como prevalente no caso concreto. Assim, tomando-se como prevalente P^1 nas circunstâncias “**c**”, tem-se como consequência **R**, que, graficamente, pode ser representado pela expressão:

$$\text{c} \rightarrow \mathbf{R}$$

Ocorrida a circunstância “**c**” (suposto de fato), tem-se aplicação da regra **R**. Resume ALEXY: as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio prevalente⁴⁰.

1.1.1.3 Normas “*adscriptas*”

Decorrencia da formulação da relação de precedência entre direitos fundamentais é o nascimento de normas que ALEXY chama de “normas de derecho fundamental adscriptas”⁴¹. De acordo com ele, “Una norma jurídica adscripta es una

³⁹ Segundo ALEXY, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao apreciar caso em que estava em colisão o dever do Estado de aplicação adequada do direito penal e o direito à integridade física do acusado que corria risco de sofrer infarto caso fosse obrigado a comparecer a interrogatório, estabeleceu, em uma frase, a inadmissibilidade de uma relação de precedência incondicionada: “ninguno de estos intereses merece sin más la precedência frente al outro”. (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 93).

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 94.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 95 ss.

norma para cuya adscripción es posible una fundamentación iusfundamental correcta.”⁴²

Portanto, como resultado de toda ponderação jusfundamentalmente correta, pode-se formular uma norma de direito fundamental “adscripta”, com caráter de regra sob a qual se pode subsumir o caso concreto⁴³. É uma norma não contida expressamente no texto da Constituição, mas é dela decorrente a partir do processo de ponderação.⁴⁴

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 97.

⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 98.

⁴⁴ Os conceitos relacionados à divisão das normas entre regras (definitivas) e princípios (*prima facie*) e ao procedimento de ponderação não isentos de críticas. Referindo-se a raciocínios de BAIER e JOHN SERARLE, GÜNTHER apresenta objeções a Teoria de ALEXY.

Para BAIER uma norma cuja razão seja *prima facie* tem, como correspondente, apenas um “dever *prima facie*”, o que representaria uma consequência problemática para o caráter coercitivo de uma norma válida: “Se uma razão *prima facie*, nas palavras de Baier, não acarreta que eu tenha ou não de agir desse ou daquele modo, tudo dependerá de como essa relação condicionante deva ser entendida. Contra essa interpretação seria possível objetar que uma razão que a nada me obriga não seria, por isso mesmo, uma razão, isto é, ela nem ostentaria caráter coercitivo.” (GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação na moral e no direito**. p. 307).

SERLE, por sua vez, apresentou três possibilidades interpretativas quanto à distinção entre obrigações *prima facie* e obrigações absolutas: “Segundo a **primeira interpretação**, normas *prima facie* impõem um compromisso ou indicam uma determinada direção apenas aparentemente, enquanto que normas absolutas, ou normas efetivas, impõem um compromisso aqui e agora, na situação concreta. A constatação de ‘1): (x) tem uma obrigação *prima facie* de fazer (A)’ não acarretaria ‘2): (x) tem uma obrigação de fazer (A)’, pois em uma situação efetiva pode, ao serem considerados todos os sinais característicos situacionais, surgir a constatação de que (x) não é obrigado a fazer (A). A desvantagem desta distinção é que, de acordo com ela, a força coercitiva do dever somente pode referir-se ao juízo coercitivo em uma situação concreta, enquanto que obrigações *prima facie* não são obrigações.[...] A **segunda interpretação** distingue dois diferentes tipos de obrigações. Entre juízos coercitivos (1) e (2), citados acima, subsiste uma relação lógica somente sob a pressuposição de que a obrigação *prima facie* (1) superaria todas as demais obrigações nessa situação e, por isso, tornar-se-ia uma obrigação absoluta, no sentido do juízo coercitivo (2). Neste caso, ela seria uma obrigação absoluta, em relação a outras obrigações *prima facie*. Desta forma, até mesmo a relativa obrigação *prima facie* original apresentaria um conteúdo coercitivo debilitado. Consequentemente as normas, aplicáveis numa situação, subdividiriam-se em duas classes: uma norma absoluta (forte) e diversas normas *prima facie* (fracas). Não seria possível estabelecer, de antemão, de que classe determinada norma faria parte. [...] Searle propõe, em uma **terceira interpretação**, que se desista da distinção como ponto de vista de classificação de normas ou obrigações e, em lugar disso, fazer com que ela dependa de uma máxima de conversação. Segundo essa idéia, seria possível entender a diferença entre dois juízos – ‘o que alguém deve, por obrigação, fazer e o que alguém deveria fazer, tendo examinado as coisas’ – de tal modo que a diferença se referisse à quantidade apreendida de informações comunicadas em uma conversação a respeito das razões da ação. [...] Se a crítica de Searle estiver correta, a distinção entre obrigações (normas) *prima facie* e absolutas não poderá ser relacionada como caráter de obrigação, uma vez que, de outro modo, seríamos obrigados a extrair conclusões absurdas. O resultado seria dois diferentes conceitos de validade: uma validade *prima facie*, na qual ficaria em aberto em que grau ela estaria impondo um compromisso; e uma validade absoluta, que não pode ser restrita.” (GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação na moral e no direito**. p. 307-308).

1.1.1.4 *Caráter prima facie das regras*

Segundo o que foi apresentado até o momento, os princípios são mandados de otimização (normas *prima facie*), enquanto que as regras, normas definitivas, de conteúdo e abrangência fixos. Todavia, quando uma regra é descumprida por ausência de possibilidades jurídicas ou fáticas, ocasiona dúvida sobre a possibilidade das regras também possuírem caráter *prima facie*.

ALEXY admite que as regras contenham, de certa forma, uma manifestação *prima facie* quando a introdução de uma cláusula de exceção impede a regra de possuir caráter definitivo para a decisão do fato concreto⁴⁵. Todavia,

Por sua vez, GÜNTHER defende como imprescindível a distinção entre o procedimento de **justificação**, vinculado à validade da norma, e o procedimento de **aplicação**, ligado à adequabilidade da norma para incidência no caso concreto. No procedimento de aplicação importa ter em conta o exame de todas as circunstâncias e todas as normas eventualmente aplicáveis. (GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação na moral e no direito**. p. 305 e ss).

Ainda para esse autor, “O critério de acordo com o quando sopesamos normas colidentes não pode ter, por sua parte, um conteúdo material predeterminado com o qual se dê prioridade a certos pontos de vista normativos sobre outros. O conceito alexyano de princípios como comandos otimizáveis desde já desperta nossa atenção para o perigo que pode surgir quando, nesse momento, um modelo de valores é projetado numa teoria da estrutura normativa. A decisão acerca da norma adequada é então reduzida a se decidir acerca de um estado de coisas relativamente melhor, o qual é ainda ótimo numa situação particular. O problema aludido consiste no perigo da já introdução de critérios materiais quando da determinação da estrutura da argumentação, critérios os quais deviam, eles mesmos, ser sujeitos a uma argumentação de adequabilidade. Um conceito procedimental de adequabilidade, ou uma aplicação procedimental de normas, teria que evitar o uso de tais critérios materiais implícitos. Se adequabilidade consiste em se considerar todos os elementos de uma situação, então o *método* de consideração não pode ser, por sua parte, determinado pro critérios materiais.” (Apuđ: CATTONI, Marcelo. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. In: _____. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004. p. 47-78, p.66).

CARLOS BERNAL PULIDO descreve de forma detalhada o procedimento de ponderação passa a destacar que os vários elementos que compõem o procedimento de verificação de proporcionalidade apresentado por ALEXY possuem alto grau de discricão do aplicador, o que reduziria consideravelmente o grau de racionalidade do procedimento. Conclui dizendo que “La ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación” (PULIDO, Carlos Bernal. *Madid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. Doxa 26, 2003, p. 238).

Para Marcelo Cattoni de Oliveira, “O Direito, ao contrário do que defende uma jurisprudência de valores, possui um código binário [válido/inválido, lícito/ilícito - inclui], e não um código gradual [mandado de otimização - inclui]: que normas possam refletir valores, no sentido de que a justificação jurídico-normativa envolve questões não só acerca de o que é justo para todos (morais) mas também acerca de o que é bom, no todo e a longo prazo, para nós (éticas), não quer dizer que elas *sejam* ou *devam ser tratadas* como valores”. (CATTONI, Marcelo. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. p.66).

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 99.

conforme Leivas, “[...] este caráter *prima facie* que adquire é distinto do caráter *prima facie* dos princípios.”⁴⁶

Os princípios exibem razões que podem ser removidas por razões de princípios opostos. Segundo ALEXY, “El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta”⁴⁷. Os princípios não apresentam uma decisão a respeito dos princípios contrapostos e das possibilidades fáticas. As regras, por outro lado, já possuem uma decisão, tomada pelo legislador, acerca das possibilidades fáticas e jurídicas.

Pode-se dizer que as *regras* são definitivas, capazes de dar a solução definitiva por meio da subsunção, até que uma exceção seja estabelecida em razão de um confronto com um princípio oposto⁴⁸. Isso porque os ordenamentos jurídicos não possuem uma proibição para o estabelecimento de exceções novas além das previstas expressamente para a solução de conflitos.

Dada a norma: “**a**” tem frente a “**b**” o direito “**G**”, o caráter *prima facie* decorreria da inclusão de predicado condicional decorrente dos princípios, restando estruturada da seguinte maneira:

“**a**” tem frente “**b**” o direito “**G**”, caso algum princípio não exija algo diferente.

HECK esclarece, então, a possibilidade de novas cláusulas de exceção serem reconhecidas com base nos princípios:

⁴⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 43.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 99.

⁴⁸ LUÍS AFONSO HECK explica que uma diferença significativa entre as regras e os princípios é o caráter *prima-facie*. “[...] As regras ao solicitarem fazer exatamente aquilo que por elas é ordenado, elas contêm determinações com vista às exigências dos princípios em sentido contrário. Princípios, ao contrário, são definidos por meio disto, que eles não contêm determinações desta natureza. Se uma regra vale, é aplicada e a estatuição de uma exceção não entra em questão, então, a decisão está assente. Quem quer inserir uma exceção carrega uma carga argumentativa, que se refere não só a isto, que sua resolução deve ser melhor que a prevista pela regra, mas também isto, que ela deve ser tanto melhor que se justifique um desvio de algo determinado autorizadamente. Isso é um fundamento para isto, que as regras têm um caráter-*prima facie* essencialmente mais forte que princípios. As regras formam, em virtude dessa qualidade, a parte dura do ordenamento jurídico.[...]”. (HECK, Luis Afonso. **Regras e princípios e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy**. 429 p.)

Se princípios pertencem ao ordenamento jurídico e se não existe uma proibição estrita de inserção de novas cláusulas de exceção então é possível que, em virtude de princípios, possam ser estatuídas exceções às regras.⁴⁹

MARTIN BOROWSKI exemplifica com uma regra “**R**” que diz: *deve-se ultrapassar pelo lado esquerdo*. Essa é uma regra definitiva e, pela subsunção, tem-se que é proibido ultrapassar pelo lado direito. Todavia, ao se perquirir se, em caso de risco de vida seria permitida a ultrapassagem pela direita, a regra apresenta-se insuficiente a uma decisão. Estabelece-se uma ponderação entre os princípios colidentes (entre eles, o direito à vida) que irá inserir na regra “**R**” uma cláusula de exceção, resultando em “**R1**”: *deve-se ultrapassar pelo lado esquerdo, salvo em caso de perigo de vida*.⁵⁰

Essa possibilidade de inserção de exceções às regras com base nos princípios constitucionais, muitas vezes, não é percebida e leva a julgamentos de inconstitucionalidade de normas que se mostram agressivas a um princípio constitucional apenas diante de alguma circunstância do caso concreto⁵¹. Se a norma em aplicação, no caso concreto, está em afronta a algum princípio constitucional isso não é motivo necessário para o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, já que “o controle da constitucionalidade das leis, mesmo quando adote a compatibilidade material como seu critério, não toma em consideração as circunstâncias específicas do caso concreto.”⁵² Estabelece-se, isso sim, uma exceção com base na incidência prevalente do princípio previsto no texto constitucional.

Com base nos elementos acima, pode-se afirmar que (1) o reconhecimento da inconstitucionalidade incidental de uma norma por afronta a um princípio constitucional não se confunde com (2) o reconhecimento de que essa mesma norma, no caso concreto, não tem aplicação pela inclusão de uma exceção decorrente da necessidade de respeito a um princípio constitucional.

⁴⁹ HECK, Luis Afonso. **Regras e princípios e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy**. p. 59.

⁵⁰ *Apud* LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. p. 44.

⁵¹ APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**. p. 72.

⁵² APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**. p. 67.

Utilizando-se o exemplo de BOROWSKI: (1) no primeiro caso, reconhece-se a inconstitucionalidade da norma que determina o dever de ultrapassagem pela esquerda e tal reconhecimento tem aplicação permanente, pelo menos entre as partes envolvidas, de forma que, para a parte, a proibição não mais existe validamente; (2) no segundo, não se afirma que a norma é inconstitucional em controle difuso, mas que não tem aplicação nas específicas circunstâncias que foram levadas a julgamento, nada impedindo, sua incidência em outros casos, ou seja, fora do caso específico a parte continuará sob a ordem de ultrapassagem pela esquerda.

1.1.2 Classificação dos direitos fundamentais

Nos itens antecedentes, foi apresentado que as normas dividem-se, segundo sua estrutura, em *regras* e em *princípios*, que elas se manifestam sob a forma de *enunciados normativos* e que, se no conteúdo dos enunciados normativos contiver uma norma de direito fundamental, ter-se-á um *enunciado de direito fundamental*. Também ficou estabelecido que o conceito de direito fundamental do qual parte ALEXY é um critério formal, que assim considera as normas contidas no capítulo da Constituição alemã que relaciona os direitos fundamentais, além de outros enunciados dispersos no texto da Constituição alemã reconhecidos como veiculadores de normas de Direito Fundamental.

Tendo em vista que o foco do presente estudo refere-se aos direitos prestacionais, passa-se a apresentar a classificação dos direitos fundamentais segundo proposta de ALEXY. Para ele, há uma tripla divisão das posições jurídicas fundamentais: em seqüência, os *direitos a algo*⁵³, os *direitos às liberdades* e os *direitos às competências*.

⁵³ ALEXY justifica a adoção da expressão: “La expresión ‘derecho a algo’ puede parecer algo pesada. Como alternativas podría pensarse en las expresiones ‘derecho (subjetivo)’ y ‘pretensión’. Pero, por derechos (subjetivos) se entienden, también liberdades y competencias. Por ello, esta expresión parece poco adecuada para la designación de posiciones, que tienen que ser distinguidas claramente de las liberdades y competencias. Más adecuada es la expresión ‘pretensión’. El concepto de derecho a algo comparte con el de pretensión el carácter racional. Al igual que una pretensión, un derecho a algo dirige siempre contra algún otro y, en ambos casos, el objeto es una acción o una omisión. Sin embargo, aquí habrá de renunciarse al uso técnico del concepto de pretensión.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 186, nota 48).

1.1.2.1 Liberdades

ALEXY, após noticiar a polémica acerca do conceito de liberdade⁵⁴, estabelece como foco de sua análise, a qual está voltada às posições jurídicas, o conceito de liberdade jurídica, afirmando que esse pode ser explicado de duas maneiras: uma como manifestação de um conceito mais amplo de liberdade e outra como assentada no conceito, que lhe é constitutivo, de permissão jurídica.

Pela primeira via, pode-se perguntar acerca da **estrutura** do conceito de *liberdade*. Sua estrutura, segundo o autor, forma uma relação *triádica*, porque menciona três coisas: a pessoa que não é livre, o impedimento e aquilo que é impedido. Nas suas palavras:

Ella es descrita completamente sólo con enunciados que mencionan tres cosas, la persona que no es libre, el impedimento y aquello que éste impide u obstaculiza.[...] Por lo tanto, la base del concepto de la libertad es una relación triádica entre el titular de una libertad (o de una no-libertad), un impedimento de la libertad y un objeto de la libertad.⁵⁵

Graficamente, a estrutura da posição jurídica liberdade pode ser expressa da seguinte maneira:

x é livre (não livre) com respeito a **y** para fazer **z** ou não fazer **z**.

As liberdades jurídicas podem ser *negativas*, quando o objeto da liberdade (**z**) consiste em uma alternativa de ação, mas também, podem ser *positivas*, quando o objeto da liberdade (**z**) consiste numa ação específica⁵⁶.

⁵⁴ “La connotación emotiva positivas relativamente constante puede ser vinculada con cambiantes significados descriptivos. Esto abre la posibilidad de una definición persuasiva (*persiasive definition*). Quien desee impulsar a alguien para que realice una acción puede intentar hacerlo diciendo que la libertad consiste en realizar esta acción. Esta es posiblemente una de las razones de la persistencia de la polémica acerca del concepto de libertad y de la predilección de que goza su uso. Un análisis de todo aquello que ha sido y es vinculado con la expresión ‘libertad’ requeriría una amplia filosofía jurídica, social y moral.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 211).

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 212.

⁵⁶ “De acuerdo con lo hasta ahora dicho, la libertad positiva y la negativa se direncian sólo porque en la libertad positiva el objeto de la libertad es exactamente una acción mientras que en la libertad negativa consiste en una alternativa de acción. (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 215).

As *liberdades jurídicas negativas* podem se apresentar sob a forma de *liberdade jurídica não-protegida* e *liberdade jurídica protegida*.

A *liberdade jurídica não-protegida* corresponde a uma posição livre em que é permitido fazer ou não fazer algo, em razão da existência de norma permissiva explícita nesse sentido ou em razão da inexistência no sistema jurídico de mandado ou de proibição⁵⁷.

A *liberdade jurídica protegida* corresponde à proteção positiva de uma posição jurídica de agir. De acordo com ALEXY, “*Una protección positiva de una libertad frente ao Estado surge a través de la combinación de una libertad con un derecho a una acción positiva.*”⁵⁸

1.1.2.2 Competências

Após justificar a escolha da expressão *competência*⁵⁹, ALEXY sustenta que uma *competência* constitui-se no exercício de ações institucionais, assim entendidas aquelas que podem ser realizadas não só baseadas em capacidades naturais, mas também em regras que são, para ela, pressupostos constitutivos.

ALEXY distingue as normas de *competência* de normas de *comportamento*⁶⁰. As primeiras estabelecem a possibilidade de modificação de

⁵⁷ “Existe una libertad no protegida cuando tanto una acción como su omisión tienen que ser calificadas como permitidas. La calificación de una acción como permitida puede realizarse por dos razones: puede apoyarse en una norma permisiva explícitamente estatuida, pelo también puede estar fundamentada porque el sistema jurídico no contiene ninguna norma de mandato o prohibición bajo la cual caiga la acción o la omisión que hay que calificar.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 222).

⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 226.

⁵⁹ “Los derechos a algo y las libertades constituyen sólo un segmento de las posiciones que son llamadas ‘derechos’. Un tercer grupo no menos importante está constituido por las posiciones que pueden ser designadas con expresiones tales como ‘poder’ o ‘poder jurídico’ (*power*), competencia (*competence*), ‘autorización’, ‘facultad’, ‘derecho de configuración’ y ‘capacidad jurídica’. Las posiciones que pertenecen a este grupo serán llamadas aquí ‘competencias’.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 227).

⁶⁰ ALEXY irá distinguir, ainda, entre competência e permissão. Sustenta que o exercício de uma competência está em geral permitido, mas que o exercício de uma permissão não se constitui no exercício de uma competência, visto que existem várias ações permitidas que não realizam nenhuma modificação de situação jurídica. Diz ele: “El concepto de competencia debe ser claramente distinguido del de permisión. Desde luego, una acción que constituye el ejercicio de una competencia está, por lo general, permitida pero, una acción es la realización de una acción simplemente permitida no constituye el ejercicio de una competencia; esto puede apreciarse ya en el hecho de que existen numerosas acciones permitidas que no traen consigo ninguna modificación de la situación jurídica.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 228).

posições jurídicas por meio da prática de atos jurídicos, enquanto que as segundas apenas qualificam ações ao estatuir obrigações, direitos e liberdades:

Quien interpreta el comportamiento de dos personas como la celebración de un contrato o el comportamiento de un grupo de personas como un acto legislativo presupone reglas que convierten las acciones naturales o sociales observables en acciones jurídicas. Estas reglas jurídicas constitutivas serán llamadas aquí ‘normas de competencia’. Las *normas de competencia* deben ser contrapuestas a las normas de comportamiento. Las normas de competencia crean la posibilidad de actos jurídicos y, con ello, la capacidad de **modificar posiciones jurídicas** a través de actos jurídicos. Las *normas de comportamiento* no crean alternativas de acción que sin ellas serían imposibles sino que tan sólo califican acciones al estatuir obligaciones, derechos a algo y liberdades.⁶¹

ALEXY identifica direitos fundamentais que se apresentam sob a forma de competências, ou seja, direitos que asseguram a possibilidade ao indivíduo de realizar alterações de posições jurídicas, como a de realizar o matrimônio, adquirir a propriedade e de legar, de forma que configuraria verdadeira violação à norma de direito fundamental, por exemplo, a ação do legislador tendente a retirar essa competência do indivíduo.

Se, de um lado, as competências atribuídas ao cidadão lhe conferem liberdade de ação (competência positiva), de outro, as competências conferidas ao Estado estabelecem-lhe limites (competência negativa).⁶²

1.1.2.3 *Direitos a algo*

A estrutura dos *direitos a algo*, em geral, se expressa do seguinte modo:

(1) **a** tem frente a **b** um direito **G**.

Tal estrutura apresenta-se de forma “triádica”, ou seja, identifica-se nela um *portador* ou titular do direito (**a**), um *destinatário* do direito (**b**) e um *objeto* do direito (**G**).

⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 232.

⁶² “Una norma de competencia negativa es una norma que limita una norma de competencia positiva. Se puede también decir que las normas de competencia negativas estatuyen cláusulas de excepción a las normas de competencia positivas.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 239).

A partir da estrutura sobre os *direitos a algo*, que passa a ser expressa como,

(2) **DabG**,

ALEXY sustenta que a variação de algum dos componentes dessa expressão resulta em sub-formas do *direito a algo*.

Assim ocorre, se o titular do direito “**a**” for uma pessoa física ou uma pessoa jurídica de direito público, ou o destinatário do direito “**b**” for um particular ou o Estado, ou, ainda, o objeto “**G**” sejam ações positivas ou negativas. Estabelece que na estrutura dos *direitos a algo* (**DabG**) o objeto do direito (**G**) sempre é uma ação do destinatário do direito (**b**).

Tomando a variação de conteúdo dos elementos de **DabG**, ALEXY realizou uma classificação das posições jurídicas com base nos *direitos a algo*, composta, na base, pelos *direitos a ações negativas* e pelos *direitos a ações positivas*.

1.1.2.3.1 Direito a ações negativas

Se em **DabG** figurar como destinatário do direito “**b**” o Estado e como objeto do direito “**G**” uma ação negativa, ter-se-á, segundo ALEXY, o que ele chama de *direitos a ações negativas* (ou *direitos de defesa*), que podem ser subdivididos em outros três: *direitos ao não impedimento de ações*; *direito de não afetação de propriedade ou situações*; e *direito a não eliminação de determinadas posições jurídicas*.

1.1.2.3.1.1 Direitos ao não impedimento de ações

Nessa categoria de **DabG**, o titular do direito “**a**” tem frente ao destinatário “**b**” o direito de não ser impedido ou obstaculizado⁶³ no exercício de determinadas ações.

⁶³ O Autor estabelece uma diferenciação entre *impedimento* e *obstaculização* sustentando que um *impedimento* ocorre quando se cria circunstâncias que tornam faticamente impossível a satisfação do direito. Já um *obstáculo* ocorre quando se criam circunstâncias que podem impedir a satisfação do direito, como quando, por exemplo, se criam requisitos mais rigorosos para o exercício de determinada profissão. Diz ele: “La distinción entre un impedimento y una obstaculización de este tipo de acciones puede ser aclarada de la siguiente manera: un *impedimento* de una acción de *a*

Em termos de direito fundamental, o indivíduo tem, frente ao Estado, o direito de não ser impedido ou obstaculizado no exercício de determinados direitos fundamentais como o de liberdade de movimento ou de expressão, por exemplo.

É pertinente dizer que, se o *estorvamento*⁶⁴ ao exercício do direito fundamental por parte do indivíduo se dá pela retirada da base jurídica que amparava tal direito, será o caso não de ferimento aos *direitos ao não impedimento de ações*, mas ofensa à terceira classe de direitos a ações negativas: os *direitos à não eliminação de posições jurídicas*.

1.1.2.3.1.2 Direitos à não-afetação de propriedade e situações

Nessa categoria de **DabG**, o titular do direito “**a**” tem frente ao destinatário “**b**”, o direito de não ter afetada propriedade ou situação.

ALEXY apresenta como *propriedade*⁶⁵ aquilo que pertence ao indivíduo, e não se limita à propriedade imobiliária/mobiliária, mas engloba bens imateriais como a sanidade mental e a vida. Cita, então, como exemplo de propriedades “viver” e “estar são”.

Por *situação*⁶⁶ entende os direitos que se referem à manutenção de um estado de coisas. Exemplifica com a inviolabilidade de domicílio.

por parte de *b* se da cuando *b* crea circunstancias que hacen fácticamente imposible para *a* realizar la acción. (...) Puede hablar-se de la *obstaculización* de una acción de *a* por *b* cuando crea circunstancias que pueden impedir a *a* realizar la acción. Si se definen de esta forma los conceptos de impedimento y obstaculización, un aumento de los presupuestos subjetivos de acceso a una profesión que *a* puede satisfacer, aunque con grandes esfuerzos y sacrificios, no impide la elección de esta profesión por parte de *a* pero, la obstaculiza.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 189).

⁶⁴ Apesar de ter apresentado esta distinção o Autor, constatando a fluidez da diferenciação, opta pelo uso de uma terceira expressão, **estorvar**, que englobaria os diversos tipos de *impedimentos* e de *obstáculos*. “A la distinción entre los conceptos de impedir y obstaculizar, se suman distinciones dentro de estos conceptos. Existen *tipos* muy diversos de impedir y del obstaculizar, y los impedimentos y obstaculamientos pueden tener muy diferentes grados de *intensidad*. Esto último es la razón por la cual los límites entre el impedir y el obstaculizar son muy fluidos, algo que, desde luego, no se puede servir de fundamento para argumentar en contra esta distinción. Si se busca un concepto superior que abarque los diferentes tipos del impedir y el obstaculizar, podría recurrirse al de *estorbar*. (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 190).

⁶⁵ “En lugar de propiedades y situaciones, a menudo se habla de bienes, por ejemplo, del bien de la vida. No hay nada que objetar en contra de esta forma de hablar; pero, puede inducir a error. (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 192, nota 62.)

⁶⁶ “Conviene, por ello, distinguir, dentro del concepto de derecho de defensa, entre derechos referidos a situaciones y derechos referidos a acciones.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 192, nota 63.).

1.1.2.3.1.3 Direitos à não-eliminação de posições jurídicas

Nesta terceira configuração de *DabG*, o titular do direito “*a*”, tem, frente ao Estado “*b*”, o direito de que esse não elimine posição jurídica (*G*).⁶⁷

Vale dizer, que o Estado não pode alterar a configuração jurídica⁶⁸ de determinados direitos do cidadão de modo a eliminá-los, esvaziando a norma fundamental.⁶⁹ Em suma, é um direito de não derrogação de determinadas normas.

1.1.2.3.2 Direitos a ações positivas

Se, por outro lado, em *DabG* figurar como destinatário do direito (*b*) o Estado e como objeto do direito (*G*) uma ação positiva, ter-se-á, segundo ALEXY, *direitos a ações positivas*, os quais podem ser subdivididos em dois grupos de acordo com a natureza da prestação devida: os *direitos a uma ação fática*; e os *direitos a uma ação normativa*.

1.1.2.3.2.1 Direitos a ações normativas

Os *direitos a ações normativas* correspondem ao grupo de direitos que determinam ao Estado a prática de atos de imposição de norma, ou seja,

⁶⁷ Utilizando-se do instituto da propriedade ALEXY desenvolve o ponto da seguinte maneira: “El tercer grupo de los derechos a acciones negativas del Estado esta constituido por los derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho. El protótipo de una posición jurídica compleja es la del propietario. El Tribunal Constitucional Federal observa correctamente que la propiedad necesita ‘para ser practicable en la vida jurídica, *necesariamente* la configuración jurídica’. Esta configuración se lleva a cabo a través de normas jurídicas que definen la institución jurídica de la propiedad. Entre las normas que definen la institución jurídica de la propiedad, se encuentran sobre la creación y finalización de la posición de propietario, como así también normas que vinculan consecuencias jurídicas con esta posición. Pueden ser eliminadas tanto ‘posições jurídicas subjetivas concretas’ o ‘derechos concretos de propiedad’ que han surgido porque se han cumplido los presupuestos exigidos por las normas de la institución jurídica de la propiedad (por ejemplo, acuerdo y entrega; sucesión), como así también normas de la propia institución jurídica de la propiedad. Si sucede esto último, se eliminan posiciones jurídicas abstractas tales como la posibilidad jurídica o la competencia para adquirir o transmitir la propiedad sobre determinados objetos, o de realizar determinadas acciones jurídicas sobre la base de la posición de propietario. La garantía jurídico-constitucional de la institución jurídica de la propiedad es subjetivizada en la medida en la que existen derechos individuales a no eliminación de posiciones abstractas, que se refieran a la creación, a la finalización y a las consecuencias jurídicas de la posición del propietario.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 192).

⁶⁸ Expressão equivalente a “regime jurídico”, entendido como o conjunto de normas que regem a aquisição, manutenção, alteração e extinção de determinado direito.

⁶⁹ “Que existe una posición jurídica significa que vale una correspondiente norma (individual o universal). El derecho del ciudadano frente al Estado de que éste no elimine una posición jurídica del ciudadano es, por lo tanto, un derecho a que el Estado no derogue determinadas normas.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 194)

estabelecem uma obrigação ao Estado para que emita as normas necessárias ao preenchimento do regime jurídico de determinada norma de direito fundamental⁷⁰.

Não é objeto a prestação de um bem ou algo corpóreo, mas a criação e veiculação de norma a respeito de determinada matéria.

A existência de tal classe de direito pode ser bem caracterizada na CRFB já que o constituinte originário previu a possibilidade do Estado omitir-se no cumprimento dessa obrigação. Para contornar tal omissão, a CRFB estabelece o instrumento do mandado de injunção⁷¹, destinado, segundo a própria dicção do enunciado constitucional, aos casos em que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania⁷².

1.1.2.3.2.2 Direitos a ações fáticas

Os *direitos a ações fáticas* correspondem à categoria em que o titular (**a**) tem, frente ao destinatário (**b**), o Estado, como objeto do direito (**G**) uma ação fática⁷³, representada por uma ação do Estado à prestação de um bem material ao

⁷⁰ “Los Derechos a acciones positivas *normativas* son derechos a actos estatales de imposición de norma. Si se admite que el *nasciturus* es titular de derechos fundamentales – cuestión que el Tribunal Constitucional Federal deja abierta – el derecho del *nasciturus* a la protección a través de normas del derecho penal es un derecho de este tipo. (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 195).

⁷¹ “Art. 5º. [...] – LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006).

⁷² O Supremo Tribunal Federal, a respeito da omissão do Estado quanto à edição de normas regulamentadoras de direitos fundamentais, tem mantido posição de auto restrição furtando-se da conduta de ditar a norma necessária à fruição do direito fundamental. Tem mantido posição no sentido de, apenas, instar o órgão omissor para que promova a edição da norma, expediente que se tem manifestado infrutífero. Nesse sentido, as decisões proferidas nos seguintes processos: STF. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção 585/TO. rel. Min. Ilmar Galvão. Julgamento 15.05.2002. DJU 02.08.2002.; STF. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção 485/MT. rel. Min. Maurício Corrêa. Julgamento 25.04.2002. DJU 23.08.2002; STF. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção. 689/PB. rel. Min. Eros Grau. Julgamento 07.06.2006. DJU 18.08.2006.

⁷³ “Se trata de un derecho a una acción positiva fática cuando se supone un derecho de un propietario de una escuela privada a recibir ayuda estatal a través de subvenciones, se fundamenta a un derecho a un mínimo vital o se considera una ‘pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio’ ”. (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 195)

titular do direito, como dinheiro, remédio, serviço, sendo irrelevante para isso a forma jurídica⁷⁴ utilizada para realização da ação.

1.1.3 Direitos à prestação em sentido amplo

ALEXY afirma que todo direito a uma ação positiva é um direito à prestação, de forma que esta se apresenta como a contrapartida do conceito de direitos de defesa, sob a qual se tem uma omissão do Estado.⁷⁵ Assinala que, nessa visão, tem-se um conceito em sentido amplo que comportaria, por sua vez, uma divisão em subformas de direitos a prestações. Segundo o autor, os *direitos à prestações em sentido amplo* podem ser divididos em três grupos: os *direitos a proteção*; *direitos à organização e procedimento*; *direitos a prestações em sentido estrito*.⁷⁶

1.1.3.1 Direitos à proteção

De acordo com ALEXY, por *direitos à proteção* devem ser entendidos os direitos que o indivíduo tem de ser resguardado, pelo Estado, de agressões de terceiros a direitos fundamentais.⁷⁷ Esse direito pode ser expresso da seguinte forma:

O titular ‘a’ tem frente ao destinatário ‘b’, Estado, o direito ‘G’ consistente na proteção de ‘a’, pelo Estado, contra intervenções de terceiros.

Esse tipo de proteção diz respeito não apenas ao bem “vida”, mas também aos bens saúde, propriedade, dignidade, liberdade, família⁷⁸. A variedade de bens a serem protegidos resulta em grande quantidade de formas possíveis de sua realização, das quais são exemplos as normas de direito penal e processual

⁷⁴ “El hecho de que la realización de este tipo de derecho se lleve a cabo de una forma en algun modo jurídica no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fáctica. Para la realización del derecho es indiferente la forma como ella se lleve a cabo.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 195).

⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 427.

⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 430.

⁷⁷ “Por ‘derechos a protección’ habrán de entenderse aquí los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado para que este lo proteja de intervenciones de terceros” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 435).

⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 436.

penal.⁷⁹ Na busca da proteção à integridade física, por exemplo, o Estado pode valer-se de normas (estabelecimentos de tipos penais) e de atuação administrativa (serviço de policiamento)⁸⁰.

Os *direitos à proteção* exigem do Estado conduta apta à proteção do bem expresso em norma de direito fundamental independentemente da existência de uma ou mais formas de sua realização. Nesse ponto, convém distinguir que os *direitos de defesa*, por exigirem apenas a abstenção da ação interventiva do Estado, não permitem variedade de formas de respeito, visto que a única forma válida é a omissão da ação. Em outras palavras, nos *direitos de defesa*, o que está ordenado é a omissão de ação; nos *direitos à proteção*, o que está ordenado é a proteção e não a ação eleita como forma de cumprí-la.⁸¹

A forma de cumprimento do *direito à proteção*, quando possível mais de uma, pertence ao legislador ou ao administrador. Todavia, quando se diz que ao legislador e ao administrador compete escolher entre as formas de cumprimento do *direito à proteção*, é preciso estabelecer que tal “liberdade” é mais estreita do que se poderia admitir inicialmente.

⁷⁹ Diferencia-se dos *Direitos de Defesa*. Os *Direitos de Proteção* constituem-se em ações positivas do Estado, enquanto que os *Direitos de Defesa* constituem-se em ações negativas do Estado. Este é dirigido contra o Estado para que se omita de intervir; aquele, contra o Estado para que se encarregue que terceiros omitam intervenções.

⁸⁰ “No sólo la vida y la salud son bienes posibles de protección sino todo aquello que, desde aspectos iusfundamentales, es digno de ser protegido, por ejemplo, la dignidad, la libertad, la familia y la propiedad. No menos variadas son las formas posibles de protección. Ellas abarcan, por ejemplo, la protección a través de normas del derecho penal, de normas de derecho procesal, de acciones administrativas y de la actuación fáctica”. (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 436).

⁸¹ “Los derechos de defensa son para los destinatarios prohibiciones de destruir, de afectar negativamente, etc. Los derechos a prestaciones son para los destinatarios mandados de proteger o promover, etc. algo. Si esta *prohibido* destruir o afectar algo, entonces está prohibida *toda* acción que constituya o provoque una destrucción o afectación. Em cambio, si está *ordenado* proteger o promover algo, *no* está entonces ordenada *toda* acción que constituya o provoque una protección o una promoción. Así, la prohibición de matar implica *prima facie* la prohibición de toda acción de matar; en cambio, el mandato de salvamento no implica el mandato de toda acción de salvamento. Si es posible salvar a alguien que se está ahogando o bien nadando o bien arrojándole un salvavidas o con la ayuda de un bote, en modo alguno están ordenadas al mismo tiempo las tres acciones de salvamento. Lo que está ordenado es, más bien, la realización de la primera, de la segunda o de la tercera acción. Pero, esto significa que el destinatario del mandato de salvamento, si no se suman otras razones limitantes, tiene un campo de acción dentro del cual puede elegir como desea cumplir con el mandato”. (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 446/447).

Com efeito, ALEXY demonstra que, no processo de eleição, dentre os meios possíveis de se respeitar o *direito à proteção*, estão agregados outros elementos diferenciadores entre as diversas alternativas encontradas que podem resultar na redução das possibilidades de escolha.

Uma das primeiras e básicas diferenciações por ele levantadas distingue os meios *eficazes* dos *não eficazes*. Ao mencionar trecho de julgado do Tribunal Constitucional Federal⁸² alemão, ALEXY sustenta que, por uma parte, a forma de realização de um direito de proteção está livre à escolha do legislador, mas que, se somente há um meio efetivo, está obrigado a adotá-lo:

El artículo 2 párrafo 2 frase 1, en conexión con el artículo 1 párrafo 1, frase 2 LF, obliga al Estado a proteger toda vida humana. Este deber es amplio." Luego se afirma: "La forma cómo los órganos estatales han de cumplir su obligación de una protección efectiva de la vida há de ser decidida *básicamente* por ellos, en uso de su propia responsabilidad. Ellos deciden acerca de cuáles medidas de protección son adecuadas y debidas para garantizar una protección eficaz de la vida". Si se deja de lado, por lo pronto, la cláusula "básicamente", que indica una vinculación más amplia, de ambas fórmulas, con respecto a la vinculación del legislador resultan dos cosas: (1) El Estado tiene que emplear, por lo menos, un medio efectivo. (2) Si sólo hay un medio efectivo, el Estado tiene que utilizarlo.⁸³

Da mesma forma, a redução da liberdade de escolha pode decorrer da possibilidade de o emprego do meio entrar em *colisão* com outros princípios⁸⁴, quando, então, vale a regra:

Cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro.⁸⁵

1.1.3.2 Direitos à organização e procedimento

A segunda expressão dos *direitos à prestação em sentido amplo* constitui-se nos *direitos à organização e procedimento* que podem se apresentar tanto como

⁸² Trata-se do "caso Schleyer" (BVerfGE 46, 160), *apud* ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 448.

⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 448.

⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 448.

⁸⁵ ALEXY, Robert. **El concepto e validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 206.

direitos ao estabelecimento de determinadas normas, quanto direitos a uma determinada forma de interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais, sendo esses destinados aos Tribunais e aqueles ao Legislador.⁸⁶

Os direitos à organização e procedimento estariam, segundo o critério que leva em conta o objeto dos direitos, divididos em quatro grupos⁸⁷: (1) as competências de direito privado⁸⁸; (2) os procedimentos judiciais e administrativos⁸⁹; (3) a organização em sentido estrito⁹⁰; e (4) a formação da vontade estatal⁹¹.

1.1.3.3 Direitos a prestações em sentido estrito

Na formulação de ALEXY:

Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares.⁹²

Os direitos a prestações em sentido estrito constituem desdobramento da classe *direitos a algo*, **DabG**, em que “a” tem frente a “b”, Estado, um direito cujo conteúdo é um *bem material*⁹³.

ALEXY distingue direitos a prestações explicitamente previstos, de direitos a prestações “adscriptos” interpretativamente. Tal distinção apresenta-se de grande importância em sua Teoria, tendo em vista que a Constituição alemã não

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 458.

⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 468.

⁸⁸ “Los derechos a competencias de derecho privado son derechos frente al Estado para que este formule normas que son constitutivas para las acciones jurídicas de derecho privado y, con ello, para la creación, modificación y eliminación de posiciones jurídicas de derecho privado.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 468).

⁸⁹ “Los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una ‘protección jurídica efectiva’. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 472).

⁹⁰ “El tercer grupo, se trata de exigencias iusfundamentales a materias jurídicas tales como el derecho universitario, el derecho de radiodifusión y el derecho de cogestión. La reunión de cosas tan diferentes bajo el concepto de organización en sentido estricto se justifica por el hecho de que tienen una cosa en común: regulan la cooperación de numerosas personas orientada a determinados fines.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 474).

⁹¹ “El cuarto grupo está constituido por los derechos frente al Estado a que éste, a través de la legislación ordinaria, facilite procedimientos que posibiliten una participación en la formación de la voluntad estatal.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 481).

⁹² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 482.

⁹³ Bem material é qualificado como algo que pode ser adquirido no âmbito privado como o acesso à educação, moradia, tratamento de saúde.

prevê, expressamente, no rol dos enunciados normativos de direitos fundamentais, normas de direitos sociais. Nesse ponto, a CRFB apresenta configuração diversa, diante da existência de previsão expressa de normas de direitos “sociais” fundamentais, especialmente no art. 6º.⁹⁴

Em relação às normas de direitos a prestações, ALEXY sustenta a possibilidade de divisão de acordo com três critérios teórico-estruturais, de onde resultariam: (a) de um primeiro critério, normas de direitos prestacionais que conferem direitos subjetivos e normas de direitos prestacionais que obrigam o Estado objetivamente; (b) de um segundo critério, normas de direitos prestacionais vinculantes e não vinculantes; e, por fim, (c) de um terceiro critério, normas prestacionais definitivas (regras) ou *prima facie* (princípios).

A variação de tais critérios, segundo ALEXY, irá graduar a força de incidência da norma, sendo mais fortes as normas vinculantes de direitos subjetivos definitivos (DEF.), e mais fracas as normas não vinculantes de direitos objetivos *prima facie* (P.F.), conforme o quadro abaixo⁹⁵:

VINCULANTE				NÃO VINCULANTE			
SUBJETIVO		OBJETIVO		SUBJETIVO		OBJETIVO	
DEF.	P. F.	DEF.	P. F.	DEF.	P. F.	DEF.	P. F.
1	2	3	4	5	6	7	8

Ao lado de tais critérios agregam-se outras diferenciações de conteúdo. Fala, então, em *conteúdo mínimo* e *conteúdo máximo* dos direitos à prestações em sentido estrito. Um programa minimalista de reconhecimento dos direitos fundamentais sociais busca assegurar ao indivíduo um mínimo espaço vital e social,

⁹⁴ Relata o Autor: “Ya se ha expuesto que la Ley Fundamental – si se precinde de excepciones estrechamente delimitadas – no contiene derechos sociales fundamentales explicitamente formulados pero, sin embargo, se discute extensa y apasionadamente si y en este caso cuáles son los derechos sociales fundamentales que garantiza la Ley Fundamental. Esta polémica – a la que ha contribuido en gran medida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal – es una polémica acerca de si está impuesto adscribir a las disposiciones de derechos fundamentales normas que confieren derechos sociales fundamentales. (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 483)

⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 484.

ao passo que um programa maximalista visa à satisfação plena dos direitos fundamentais.⁹⁶

ALEXY buscou construir um modelo de reconhecimento e de aplicação dos “direitos fundamentais sociais” baseado na teoria dos princípios. Esse leva em conta tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contra esse reconhecimento. Apresenta a liberdade como principal argumento em favor dos direitos fundamentais sociais. À propósito do tema, numa primeira abordagem, sustentará que a *liberdade jurídica* é sem valor se não há *liberdade fática*, real, para realizar a escolha entre as possibilidades permitidas. Assim, é inútil que exista liberdade jurídica para “*a*” realizar ou não realizar a ação “*h*” se não tem condições de eleger, por razões de fato, entre realizar e não realizar “*h*”.⁹⁷ Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha: “el derecho de libertad no tendria valor alguno sin los presupuestos fáticos para poder hacer uso el él.”⁹⁸

Ainda que se possa fincar a liberdade fática como ponto de fundamentação para a busca de ações positivas do Estado, no caso da CRFB, considerando a presença expressa de um rol amplo de direitos prestacionais, o ponto de fundamentação imediata deve ser uma dessas específicas previsões constitucionais, sem prejuízo da possibilidade de referência mediata à liberdade

⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 485.

⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 486.

⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 487.

De forma semelhante HABERMAS, ao trabalhar a formação do direito legítimo a partir de um procedimento discursivo, assim entendido aquele que confere igual espaço de participação na formação da vontade estatal, estabelece como um dos pressupostos para tal a necessidade de assegurar a todos o acesso às condições materiais necessárias à participação no processo discursivo. Desse modo, são estabelecidos cinco grupos de direitos fundamentais:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política através dos quais eles criam direito legítimo.

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4). (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre a facticidade e validade**. v.1. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 159-160).

fática em apoio aos argumentos favoráveis à efetivação da norma de direito fundamental.

Quanto aos argumentos contrários aos direitos fundamentais prestacionais em sentido estrito, menciona o argumento formal da competência legislativa e o argumento material que sustenta incompatibilidade com outras normas constitucionais materiais.

O primeiro argumento contrário, *formal*, conduz a um dilema:

[...] si los derechos fundamentales sociales son vinculantes, conducen a un desplazamiento de la política social desde la competencia del parlamento a la del Tribunal Constitucional; si no son vinculantes, conducen a una violación del artículo 1 párrafo 3 LF⁹⁹.

Afirma-se que a falta ou debilidade de justiciabilidade dos direitos prestacionais em sentido estrito decorre do fato de terem conteúdo muito impreciso e de difícil preenchimento. Todavia, ALEXY afirma que a dificuldade decorrente da imprecisão do conteúdo dos direitos fundamentais sociais não é algo isolado na jurisprudência e na ciência do direito, motivo pelo qual essa imprecisão semântica e estrutural não é suficientemente forte para afastar a possibilidade de determinação, por meio de instrumentos jurídicos, de tal conteúdo¹⁰⁰. Se se partir do argumento de que os direitos fundamentais sociais devem ser intermediados por legislação ordinária em razão de alegada indeterminação, o Poder Judiciário somente poderia apreciar tais direitos se já houvesse decisão do legislador o que estaria em afronta à cláusula de vinculação.¹⁰¹

⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 490. O dispositivo diz: “Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estarão obrigados a considerar como diretamente aplicáveis os direitos fundamentais a seguir enunciados.” (ALEMANHA. **Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949**. Disponível em <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao> Consulta em 17.09.2007). De forma equivalente encontra-se na CRFB a norma contida no art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006).

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 490.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 491.

De sua vez, o argumento *material* contrário aos direitos fundamentais prestacionais afirma que tais direitos, eventualmente, podem se colocar em posição de serem incompatíveis com os direitos de liberdade¹⁰², com outros direitos prestacionais em sentido estrito¹⁰³ e com bens coletivos¹⁰⁴.

1.1.3.3.1 Direito objetivo/subjetivo

Questão de suma importância para o tema desenvolvido nesse estudo é o da possibilidade de se buscar o cumprimento forçado das normas que estabelecem direitos fundamentais prestacionais.

KONRAD HESSE, a partir do caráter dúplice dos direitos fundamentais, afirma que, (1) como direitos subjetivos, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular e (2), como elementos fundamentais objetivos, os direitos fundamentais constituem-se em base da ordem jurídica da coletividade. Para cada significado de direito fundamental, que atribui ao indivíduo um direito subjetivo, corresponde, em sentido contrário, uma vedação de competência dirigida aos poderes estatais.¹⁰⁵

Os direitos fundamentais subjetivos, segundo HESSE, podem assumir tanto a função de direito de defesa do indivíduo contra prejuízos não autorizados na sua situação jurídico-constitucional, causados pelos poderes estatais, quanto à função de proteção da possibilidade de participação, “cooperação” do indivíduo nos assuntos referentes à coletividade.

Por isso, é sempre não só garantida a liberdade positiva, de confessar uma fé, de manifestar uma opinião, de formar uma associação, e assim por diante, mas do mesmo modo, a liberdade negativa, de não confessar uma fé, de não manifestar uma opinião, de aderir a uma associação, e assim por diante; [...] Com essa medida, nomeadamente alguns direitos de liberdade são, em um sentido mais amplo, direitos de cooperação, direitos de cooperação na vida espiritual, social e política, na ‘formação preliminar da vontade política’ direta do povo, isto é, porém na vida da coletividade,

¹⁰² ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 492.

¹⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 493.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 493.

¹⁰⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 239.

na qual suas ordens ganham realidade e na qual se forma a unidade política¹⁰⁶.

Apesar de HESSE reconhecer a existência do direito subjetivo fundamental de defesa do indivíduo frente ao Estado e do direito de cooperação, nega a possibilidade de um direito subjetivo fundamental decorrente, diretamente, do texto constitucional a uma prestação estatal. Estão na primeira e segunda situação, principalmente, os *direitos de liberdade* ou de *primeira geração*, enquanto que na última, localizam-se, em geral, os direitos fundamentais qualificados como sociais, econômicos e culturais, de *segunda geração*.

Segundo HESSE:

[...] a Lei Fundamental da Alemanha não conhece direitos fundamentais que se deixam qualificar de ('originais', portanto, existentes independentemente de sistemas de prestações disponíveis legalmente regulados) direitos de ter parte no sentido de direitos individuais à participação em prestações estatais.¹⁰⁷

Para ele, a efetivação desses direitos exige a intermediação legislativa que, uma vez existente, possibilita a alguém pleitear seu direito de participação no programa estabelecido pela norma. Transcreve-se o seguinte excerto:

Outra coisa vale para a questão dos direitos de ter parte 'derivativos': se algumas pessoas, ou grupos de pessoas, em sistemas de prestações existentes, por exemplo, da assistência à mutilados de guerra ou do fomento à formação, não são considerados, ou não suficientemente, e se a diferenciação, nisso situada, diante dos grupos de pessoas incluídos no sistema é incompatível com o princípio da igualdade (art. 3º da Lei Fundamental), então pode resultar desse direito fundamental – dado caso, em uma união com o direito de liberdade correspondente e/ou o princípio do estado social – uma pretensão à participação igual.¹⁰⁸

¹⁰⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 236.

¹⁰⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 237.

¹⁰⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 238.

Tal posição é extremada. Ainda que o Poder Legislativo e o Poder Executivo disponham de primazia na implementação dos direitos a prestações em sentido estrito como obrigação decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, não se pode excluir integralmente a possibilidade do indivíduo ter, em alguma extensão, direito subjetivo a ações estatais sociais.

No modelo defendido por ALEXY, devem ser levadas em conta, na resolução de casos que envolvam direitos fundamentais prestacionais, tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contra, estabelecendo-se questão de ponderação entre princípios materiais e princípios formais.

Ao apresentar o caso da assistência social tratado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, sustenta que o fato de o indivíduo não ter direito fundamental à adequada assistência social, segundo decisão do Tribunal, não significa que não tenha nenhum direito constitucional à assistência social.

Ciertamente, al deber del legislador de “realización del Estado social” no corresponden, en general, derechos subjetivos pero si “el legislador omite arbitrariamente, es decir, sin razón objetiva, el cumplimiento de este deber, podría surgir de aquí un derecho del individuo que puede ser reclamado a través de un recurso de inconstitucionalidad.”¹⁰⁹

Sobre a questão de se o dever de prestação pelo Estado de um bem material constitui um direito subjetivo do indivíduo ou mero direito objetivo, ALEXY irá sustentar, com base no caráter *prima facie* dos *direitos fundamentais*, que a máxima efetividade é melhor alcançada se forem entendidos como aptos a gerar direitos subjetivos.

Após mencionar o direito à vida, disse que este, como todo princípio, deve ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Afirma, então, que “*en general, que el reconocimiento de derechos subjetivos significa una medida mayor de realización que la sanción de meros mandados objetivos*”.¹¹⁰

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 422.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 440.

1.1.3.3.2 Justiciabilidade

A justiciabilidade diz respeito à possibilidade de o indivíduo buscar, perante o Poder Judiciário, o respeito ao direito que entende ver sob lesão ou sob ameaça de lesão. No caso da CRFB, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV)¹¹¹ e a característica da aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º)¹¹² conferem o necessário grau de justiciabilidade aos direitos fundamentais, inclusive os prestacionais. Segundo ALEXY, nenhum argumento é apto a sustentar a existência de um direito fundamental que seja desprovido de justiciabilidade:

Por lo demás, vale: la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma como se la describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también justiciable. Ninguna objeción de peso fundamental el hecho de que los derechos fundamentales sociales necesiten una configuración jurídica ordinaria.¹¹³

A dificuldade em relação à justiciabilidade dos *direitos a prestações* reside na circunstância de que, ao contrário dos direitos de defesa, cujo cumprimento somente é possível por uma conduta – a omissiva -, em geral, várias são as formas possíveis de realizar o cumprimento da norma. Cumprimento esse que se projeta para o futuro, de forma que, na escolha dentre os vários meios de proteção, há embutido um juízo de prognose sobre sua eficácia no futuro. Para ALEXY:

La discusión sobre la competencia de pronóstico ha mostrado claramente que no interesan aquí soluciones de todo-o-nada. Ni el legislador puede partir de pronósticos cualesquiera ni el Tribunal Constitucional Federal puede sustituir ilimitadamente los pronósticos del legislador por los suyos propios, ni tampoco es posible formular regla simple que delimite definitivamente en todos los casos la

¹¹¹ “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006).

¹¹² FLAVIA PIOVESAN ao traçar o perfil da CRFB sustenta que ela “no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, institui o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos de seu art. 5º, § 1º. Inadmissível, por consequência, torna-se a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental, posto que a omissão estatal viola a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir direito fundamental. Implanta-se um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais.” (PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003. p. 44).

¹¹³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 496.

competencia de pronóstico del legislador y la competencia de control del Tribunal Constitucional Federal.¹¹⁴

A justiciabilidade, assim, não pode ser aferida em abstrato, senão, somente em vista do direito fundamental afetado, de forma que o problema do prognóstico se converte, em geral, em um problema de ponderação entre o princípio de direito fundamental e o princípio democrático. Quem defende a programaticidade dos direitos fundamentais defende, disfarçadamente, a prevalência absoluta dos princípios formais sobre os princípios materiais, de forma que ainda que não haja uma negação da existência dos direitos fundamentais, condicionam o texto constitucional ao legislador ordinário.

Para ALEXY, os direitos fundamentais sociais constituem-se em posições que, do ponto de vista constitucional, são tão importantes que a decisão acerca de sua implementação não pode ficar apenas no arbítrio da maioria parlamentar:

Referido al presente problema, esto significa que a cada uno le corresponden las posiciones de prestaciones jurídicas como derechos fundamentales sociales que, desde el punto de vista del derecho constitucional son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria.¹¹⁵

BARROSO sustenta posição no mesmo sentido:

Modernamente já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais.¹¹⁶

Ao se reconhecer a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e que não há uma relação de preferência absoluta em favor das normas formais nem das materiais, a questão da implementação dos direitos fundamentais, inclusive dos

¹¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 453.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 494.

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. p. 106.

prestacionais, resolve-se pelo debate da ponderação entre os interesses em conflito¹¹⁷ e não pelo debate acerca da programaticidade.

Conforme bem destaca LEIVAS, o princípio democrático e o da separação dos poderes conferem aos poderes Executivo e Legislativo uma legitimação privilegiada para a conformação e execução dos direitos fundamentais prestacionais. “Porém não funcionam como obstáculos à efetivação desses direitos em caso de omissão ou ação insuficiente, inadequada ou desnecessária dos Poderes Legislativo e Executivo”¹¹⁸.

A questão parece deslocar-se, então, para o estabelecimento dos meios necessários à efetivação das normas de direito a prestações. Em outras palavras, não se discute que, por exemplo, determinada comunidade tenha direito ao acesso à educação e que esse direito seja de aplicação imediata, mas como se procederá para que essa determinada comunidade, efetivamente, acesse à educação e, se os meios propostos, ferem algum outro direito constitucionalmente previsto.

A abrangência da efetividade de tais direitos vai depender de um processo de ponderação em que deverão ser considerados: (1) o direito fundamental em estado de lesão; (2) o grau de resistência dos princípios formais opostos da divisão dos poderes e democrático; (3) além dos princípios materiais opostos referentes à afetação de outros direitos fundamentais e coletivos.¹¹⁹

No capítulo seguinte será desenvolvido o tema da *proporcionalidade* e das *margens de ação* como instrumentos essenciais para o estabelecimento dos

¹¹⁷ “Os direitos fundamentais sociais somente serão restringidos, contudo, se, após submetidos à análise da proporcionalidade em sentido estrito, concluir-se que os chamados princípios formais (princípio democrático e separação dos poderes) e os princípios materiais (v.g. os direitos fundamentais de terceiros) apresentarem-se como mais importantes no caso concreto, segundo a lei de ponderação, que o próprios direitos fundamentais sociais” (LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. p. 95)

¹¹⁸ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. p. 95.

À propósito, no Supremo Tribunal Federal já se decidiu que: “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.” (BRASIL. STF. Primeira Turma. Acórdão. RE-AgR 410715/SP. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília/DF, 22.11.2005. DJU 03.02.2006).

¹¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 494.

limites de controle de efetivação dos direitos fundamentais prestacionais por parte do Estado. Antes, porém, será analisada a categoria, chamada, *bens coletivos constitucionais*.

1.1.3 Bens coletivos constitucionais

Além dos *direitos a algo*, das *liberdades* e das *competências*, ALEXY distingue os *bens coletivos constitucionais*, que seriam direitos constitucionais *prima facie* ou *definitivos* não passíveis de individualização e de titulação por um indivíduo. Segundo ALEXY, um primeiro elemento para a definição de *bem coletivo constitucional* é a referência a um bem não distributivo e não divisível:

Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no-distributivo. Los bienes colectivos son bienes no-distributivos.¹²⁰

Um segundo elemento é seu *status* de norma, seja como princípio ou como regra:

El concepto de bien colectivo puede ser pues definido de la siguiente manera: X es un bien colectivo si X es no-distributivo y la creación o conservación de X está ordenada *prima facie* o definitivamente¹²¹.

A aproximação para o ordenamento interno pode ser buscada na diferenciação apresentada por TEORI ALBINO ZAVASCKI, que conceitua como coletivos os “direitos subjetivamente *transindividuais* (=sem titular determinado) e materialmente *indivisíveis*”¹²². Podem ser divididos em duas modalidades quais sejam, o difuso¹²³ e o coletivo *stricto sensu*¹²⁴.

¹²⁰ ALEXY, Robert. **El concepto e validez del derecho**. p. 187.

¹²¹ ALEXY, Robert. **El concepto e validez del derecho**. p. 188.

¹²² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. São Paulo: RT, 2006, p. 42.

¹²³ O inciso I do parágrafo único do art. 81 da Lei n. 8.078/90, conceitua direitos difusos como “[...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.” (BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 01.12.2006).

Apesar de se diferenciarem das normas de direitos individuais devido à impossibilidade de distribuição, os *bens coletivos constitucionais* aproximam-se dessas em razão de, estruturalmente, apresentarem-se sob forma de *regras* (normas definitivas) ou de *princípios* (normas *prima facie*).¹²⁵ Ao apresentarem-se como *regras* ou como *princípios*, os bens coletivos constitucionais mantêm as características peculiares a essas formas estruturais, em especial no tocante ao procedimento de resolução dos conflitos e das colisões entre eles.

ALEXY adverte, entretanto, que as relações entre *direitos fundamentais* e *bens coletivos constitucionais* não se apresentam de forma simples. Identifica quatro posturas possíveis de serem tomadas a respeito do tema: (1) uma que qualifica um **direito individual como um meio** para um bem coletivo; (2) uma que sustenta ser um **bem coletivo um meio** para direitos individuais; (3) uma terceira que afirma serem os bens coletivos **exigência de cumprimento** de normas de direitos fundamentais; (4) e uma que diz que entre os bens coletivos e os direitos fundamentais não há relação de meio/fim (posições 1 e 2) ou de indentidade (posição 3), que **são objetos de categorias diferentes**.¹²⁶

¹²⁴ O inciso II do parágrafo único do art. 81 da Lei n. 8.078/90, conceitua direitos coletivos como “[...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base.” (BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 01.12.2006).

¹²⁵ “Los principios pueden referir-se tanto a derechos individuales como a bienes colectivos. Así, em el fallo Lebach, se enfrentan dos principios de los cuales el uno garantiza un derecho *prima facie* a la protección de la personalidad y el otro un derecho *prima facie* a la libertad de información. En cambio, en la resolución sobre la incapacidad procesal entran en colisión el derecho a la vida y a la integridad, física con el principio de la garantía de una aplicación funcional del derecho penal, es decir, con un principio se refiere a un bien colectivo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ofrece una cantidad de ejemplos de bienes colectivos como objetos de principios. La escala se extiende desde la salud pública, el abastecimiento energético y el aseguramiento alimenticio, pasando por la lucha contra la desocupación hasta afianzamiento de la estructura interna de las Fuerzas Armadas, la seguridad de la República Federal de Alemania y la protección del orden democrático en libertad. El hecho de que un principio se refiera a este tipo de bienes colectivos significa que ordena la creación o mantenimiento de situaciones que satisfacen, en la medida lo más alta posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, criterios que van más allá de la validez o satisfacción de derechos individuales.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 109-110).

¹²⁶ Nas palavras de ALEXY: “Es posible distinguir cuatro relaciones entre derechos individuales y bienes colectivos, que pueden ser recíprocamente combinadas de múltiple manera: **(1) Un derecho individual es exclusivamente un medio para un bien colectivo**. Una tal relación supone, por exemplo, quien considera que el derecho a la propiedad es simplemente un medio para la obtención de la productividad económica. Una colisión entre el derecho y el bien colectivo queda excluida pues, cuando el derecho pierde su carácter medio o hasta impide la productividad, ya no existe ninguna razón para mantenerlo. Si todos los derechos individuales fueran sólo medios para bienes colectivos, ya no podrían existir colisiones entre derechos individuales y bienes

Cabe destacar que, no caso de colisão¹²⁷ entre *direitos fundamentais e bens coletivos constitucionais*, ALEXY defende a prevalência dos *direitos fundamentais* individuais a menos que existam razões mais fortes para priorização dos *bens coletivos constitucionais*:

No excluye el desplazamiento de derechos individuales por parte de bienes colectivos. Exige simplemente que para la solución requerida por los bienes colectivos existan razones más fuertes para que la requerida por los derechos individuales.¹²⁸

Com essa posição, cria-se uma presunção a favor dos direitos fundamentais de forma que a carga argumentativa recai sobre quem sustenta a prevalência, no caso concreto, de determinado bem coletivo constitucional frente a um direito individual.

1.2 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS.

A possibilidade de manejo das categorias regras, princípios, direitos fundamentais na forma acima apresentada depende de sua compatibilidade com a CRFB. Tal compatibilidade encontra-se presente, visto que a distinção entre regras e princípios, o conceito de direito fundamental nos limites acima apresentados e o preceito da proporcionalidade, embora muitas vezes tratado como “princípio”,

colectivos. En este sentido, los derechos en tanto medios para bienes colectivos, no tendrían fuerza propia. **(2) Un bien colectivo es exclusivamente un medio para derechos.** De una relación tal parte quien dice que la garantía de una aplicación eficaz del derecho penal vale tan sólo para asegurar derechos individuales. Desde esta perspectiva, la colisión entre un derecho individual con el principio de la garantía de una aplicación eficaz del derecho penal es, en verdad, una colisión entre derechos individuales (es decir, de los principios que los garantizan). Si todos los bienes colectivos fueran exclusivamente medios para los derechos, habría tan solo colisiones entre derechos. **(3) Un bien colectivo es una situación en la que valen o deben ser cumplidas las normas que otorgan derechos individuales.** Si esto valiera para todos los bienes colectivos, no haría falta hablar de bienes colectivos. **(4) Entre los derechos individuales y los bienes colectivos no existen ni relaciones medio/fin (1) o (2) ni la relación de identidad (3).** Si los derechos individuales no tienen ningún carácter absoluto, entonces, bajo el presupuesto (4), las colisiones entre derechos individuales y bienes colectivos son colisiones entre objetos categoricamente diferentes. Las relaciones del cuarto tipo pueden coexistir con relaciones del primero al tercer tipo.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** p. 110, nota 79).

¹²⁷ “Solo puede hablar-se de una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos si, y en la medida en que tienen carácter de principios, es decir, son mandados de optimización.” (ALEXY, Robert. **El concepto e validez del derecho.** p. 188).

¹²⁸ ALEXY, Robert. **El concepto e validez del derecho.** p. 208.

constituem-se em categorias reconhecidas e aplicadas pela doutrina e jurisprudência constitucional do Brasil.

Esse acolhimento decorre diretamente da compatibilidade da estrutura normativa da CRFB, em que se identificam normas com a característica de *princípios* e normas com a característica de *regras*. Nela há previsão de um rol de direitos fundamentais que admitem classificação como normas que asseguram direitos a ações negativas, direitos a procedimentos e a ações positivas. Esta última classe, inclusive, de forma mais nítida do que a prevista na Constituição alemã, sobre a qual se baseou a construção da teoria de ALEXY¹²⁹.

Antes de ser apresentado o conceito operacional de *direitos fundamentais prestacionais* frente à CRFB, é importante situar que os critérios utilizados para reconhecimento de normas com a característica de direitos fundamentais variam entre formais, materiais e formais materiais.

CANOTILHO trata do assunto apresentando uma divisão entre direitos **formalmente** fundamentais, **formal e materialmente** fundamentais e **materialmente** fundamentais. Os primeiros são fundamentais tão somente por estarem catalogados no texto constitucional como direitos fundamentais; os segundos, além de estarem catalogados no texto constitucional, tratam de matérias intrínsecas a direitos fundamentais; e os últimos são direitos intrinsecamente fundamentais que não estão catalogados no texto constitucional, mas em legislação diversa¹³⁰.

O estabelecimento de critérios para identificação de direitos materialmente fundamentais, como adverte CANOTILHO, é problemático: “A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos

¹²⁹ LEIVAS explica que, na Alemanha, discute-se sobre a possibilidade de direitos sociais não expressos serem obtidos de forma interpretativa de outras normas constitucionais, especialmente da liberdade fática, já que na Constituição alemã o único direito fundamental social expresso é o que assegura às mães o direito de proteção e assistência da comunidade – art. 6, alínea 4. No Brasil, afirma, a CRFB “possui um elenco extenso de direitos fundamentais sociais”, mas em que pese tais previsões, identifica outras tantas prestações não previstas e que dão certa utilidade para a discussão no âmbito local. (LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. p. 90).

¹³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 400.

extraconstitucionais fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto a importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais¹³¹.

SARLET, ao tratar da fundamentalidade formal e material, disse que a primeira está voltada ao direito constitucional positivo e decorre – no direito constitucional pátrio – de: (a) como parte integrante do texto constitucional, situar-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; (b) contar com limites formais e materiais à sua reforma pelo legislador derivado; (c) ser norma imediatamente aplicável e vinculante das entidades públicas. A segunda - a fundamentalidade material - decorre, conforme o autor, da circunstância de serem elementos integrantes da constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da Sociedade¹³². Propôs uma definição de direitos fundamentais, tomando em conta a conjugação de critérios formais e materiais, admitindo, portanto, uma conceituação aberta:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)¹³³.

BONAVIDES¹³⁴, por sua vez, sustenta que seriam direitos fundamentais, segundo critérios formais, aqueles direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional e que dele recebessem um grau mais elevado de garantia ou segurança, seja pela imutabilidade ou pela mutabilidade dificultada. Do ponto de vista material, os direitos fundamentais variariam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios consagrados na Constituição.

¹³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 401.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 80.

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 82.

¹³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 515.

JOSÉ AFONSO DA SILVA atribui ao qualificativo “fundamental” a: “[...] indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”¹³⁵. Como características dos direitos fundamentais, reconhece a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade.

GONET BRANCO¹³⁶ trilha caminho próximo, ao afirmar que as características mais frequentemente associadas aos direitos fundamentais seriam a universalidade, a historicidade, a inalienabilidade/indisponibilidade, a constitucionalização, a vinculação dos poderes, a aplicabilidade imediata e a de serem absolutos.

No Brasil, se a norma não estiver integrada ao texto da Constituição, não gozará da mesma força e proteção atribuídas às normas formalmente fundamentais. A Constituição da República Federativa do Brasil, no Título II, trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, título esse, dividido em cinco capítulos: “Capítulo I – Dos Direitos de Deveres Individuais e Coletivos” (art. 5º); “Capítulo II – Dos Direitos Sociais (art. 6º a 11); “Capítulo III – Da Nacionalidade (art. 12 e 13)”; “Capítulo IV – Dos Direitos Políticos (art. 14 a 16)”; e “Capítulo V – Dos Partidos Políticos (art. 17)”.

Muito embora transpareça a idéia de que os direitos fundamentais existentes sejam somente aqueles contidos no Título II da CRFB, o certo é que, assim como referido por HESSE em relação à Constituição alemã¹³⁷, direitos fundamentais são encontrados em outros locais do texto constitucional brasileiro.

¹³⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 178 e 181.

¹³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, 322 p.

¹³⁷ KONRAD HESSE, ao mencionar o primeiro título da “Lei Fundamental” da Alemanha, denominado “Os Direitos Fundamentais”, afasta a idéia de que os direitos fundamentais seriam apenas os contidos no referido título. Afirma que “Esse conceito, do qual parte o art. 93, alínea 1, número 4º, da Lei Fundamental, é meramente *formal* e, por causa disso, não está em condições de expressar algo sobre a peculiaridade e significado material dos direitos fundamentais” e que o dispositivo mostra-se insuficiente mesmo frente ao direito constitucional positivo, pois nesse se encontram outras normas da mesma natureza que não foram relacionadas no título. (HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 225).

Cita-se como exemplo de direitos fundamentais localizados fora do Título II, a legitimação para a iniciativa legislativa popular (art. 61, § 2º), o direito dos filhos ao tratamento igualitário (art. 227, § 6º) e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225).

O § 2º do art. 5º da CRFB estabelece uma abertura para a incorporação de direitos fundamentais decorrentes do regime, dos princípios constitucionais e de tratados internacionais:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Por uma das leituras deste dispositivo, tem-se que, concluído o procedimento de internalização da norma internacional, o direito materialmente fundamental nele estabelecido passaria a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro com a força de lei ordinária¹³⁸.

SARLET sustenta que é necessário ter cautela com o entendimento de que existam direitos fundamentais oriundos de textos infraconstitucionais, porquanto o § 2º do art. 5º da CRFB não utiliza a expressão “lei”. Afirma que, à legislação ordinária cabe a função de regulamentar e concretizar os direitos fundamentais e não de elevá-los ao patamar de garantias fundamentais.

Também a tradição (sem qualquer exceção) do nosso direito constitucional aponta para uma exclusão da legislação infraconstitucional como fonte de direitos materialmente

¹³⁸ Do ponto de vista do *status* normativo o Supremo Tribunal Federal tem posição no sentido de que, realizada a internalização, a norma internacional assume a força de lei ordinária e, portanto, submetida à CRFB. “(...) É inquestionável, **dentro do sistema jurídico brasileiro**, que a normatividade emergente dos tratados internacionais permite situar tais atos de direito internacional público, **no que concerne à hierarquia das fontes**, no **mesmo** plano e grau de eficácia em que se posicionam as leis internas **de caráter meramente ordinário**, como reconhece a **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal (RTJ 58/70 - RTJ 83/809 - ADI 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e **acentua o magistério da doutrina** (JOSÉ ALFREDO BORGES, in **Revista de Direito Tributário**, vol. 27/28, p. 170-173; FRANCISCO CAMPOS, in **RDA** 47/452; ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, “**Da Lei Tributária no Tempo**”, p. 41, 1968; GERALDO ATALIBA, “**Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário**”, p. 110, 1969, RT; IRINEU STRENGER, “**Curso de Direito Internacional Privado**”, p. 108/112, 1978, Forense; JOSÉ FRANCISCO REZEK, “**Direito dos Tratados**”, p. 470/475, itens 393-395, 1984, Forense, **v.g.**). (...). (STF. Tribunal Pleno. HC 81319/GO. Rel. Min. CELSO DE MELLO Brasília/DF, 24.04.2002. DJU 19.08.2005).

fundamentais, até mesmo pelo fato de nunca ter havido qualquer referência à lei nos dispositivos que consagram a abertura de nosso catálogo de direitos, de tal sorte que nos posicionamos, em princípio, pela inadmissibilidade dessa espécie de direito fundamental em nossa ordem constitucional.¹³⁹

Não afastou, por outro lado, da lei ordinária, um sentido de reveladora de direitos fundamentais passíveis de serem acolhidos pelo catálogo contido na Constituição.

A posição de SARLET parece se confirmar com a Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004, que, ao incluir o § 3º no art. 5º da CRFB, estabeleceu uma **espécie qualificada** de procedimento de internalização, destinado a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e que confere *status* de **emenda constitucional** à norma internacional, se aprovada em dois turnos, por três quintos dos membros da Câmara Federal e do Senado Federal:

§ 3º Os **tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos** que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes às emendas constitucionais**. (grifei)

Vê-se do dispositivo que a qualidade de direito fundamental somente será atingida mediante procedimento legislativo com *quorum* típico de emenda constitucional. A exigência parece demonstrar que o ordenamento não admite a veiculação de direito fundamental em ato legislativo com força de lei ordinária¹⁴⁰, pois, se assim fosse, não haveria necessidade de alteração do procedimento de internalização de tratados, visto que o já existente o faz com força de lei ordinária.

Não obstante os elementos acima expostos, para fins desse trabalho, a expressão *dispositivos de direitos fundamentais* referir-se-á aos dispositivos constantes no Título II da CRFB, bem como a outros dispositivos constantes no texto

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 93.

¹⁴⁰ Neste sentido a posição do Min. Gilmar Ferreira Mendes, do STF, expressada em voto proferido no RE 466.343-1/SP: “Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.” (STF. Tribunal Pleno. RE 466.343-1/SP. Rel. Min. César Peluso, Brasília/DF, Julgamento suspenso por pedido de vista).

constitucional que, pelo seu conteúdo, tenham sido reconhecidos pela doutrina e jurisprudência como veiculadoras de normas de direito fundamental. Com tal característica, por exemplo, a norma que assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CRFB)¹⁴¹. Ressalte-se, de outro lado, que o rol de disposições de direito fundamental da CRFB admite classificação em normas que asseguram direitos a ações negativas, direitos a procedimentos e a ações positivas. Esta última classe, inclusive, de forma mais nítida do que a prevista na Constituição alemã, sobre a qual se baseou a construção da teoria de ALEXY¹⁴².

Sob a denominação de *direitos fundamentais prestacionais* serão considerados os *dispositivos de direitos fundamentais* cujo cumprimento exija uma ação por parte do Estado em favor do titular do direito nela previsto, cujo objeto do direito deve ser um bem material ou um serviço.

Não raro, a efetivação de um direito fundamental prestacional buscado perante o Poder Judiciário pode implicar em colisão com outros dispositivos de direito fundamental previstos na Constituição e, em geral, colocam-se em colisão com princípios formais como o da separação dos poderes, o democrático e o da legalidade. Comum o enfrentamento de tais colisões, sem o estabelecimento de um procedimento argumentativo que seja apto a identificar e delimitar os limites entre os princípios formais e as normas de direitos fundamentais, tem obtido resultados insatisfatórios em razão de serem adotadas posições extremas tanto em favor de um quanto de outro. Tal exceção, quando não identificada, gera perplexidade por imporem decisões difíceis de serem aceitas. É nesse contexto que o manejo do preceito da *proporcionalidade* e do conceito de *margens de ação*, temas que serão objeto de apreciação no próximo capítulo, aparecem como instrumentos argumentativos aptos a nortear a formulação de decisões racionalmente melhor controláveis.

¹⁴¹ Para DOBROWOLSKI: “A Constituição de 1988 possui um amplo catálogo de direitos fundamentais, constante do seu Título II, denominado ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’, sendo ali mencionados, sucessivamente, os Direitos Individuais e Coletivos (Capítulo I), os Direitos Sociais (Capítulo II), os Direitos de Nacionalidade (Capítulo III) e os Direitos Políticos (Capítulo IV). Além destes, outros são arrolados no restante do texto constitucional. Para exemplificar, pode-se apontar o direito de acesso aos cargos públicos (art. 37, inciso I a V) e o direito ao meio ambiente equilibrado (art. 225).” (DOBROWOLSKI, Silvio. Direitos fundamentais – a cláusula de expansão do art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, n. 61, p. 45-85, 2006, p. 53).

¹⁴² Vide nota 129.

CAPÍTULO 2

PRECEITO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 O PRECEITO DA PROPORCIONALIDADE.

A aplicação do preceito¹⁴³ da proporcionalidade¹⁴⁴, segundo parte da doutrina brasileira, poderia ser justificada mediante referência a dispositivos positivados no texto constitucional. BONAVIDES sustenta que o “princípio” da proporcionalidade é direito positivado no ordenamento constitucional, não em uma “norma jurídica global”, mas em expressões contidas em normas esparsas no texto constitucional¹⁴⁵, sendo princípio decorrente do Estado de Direito¹⁴⁶.

¹⁴³ ALEXY entende ser incabível chamá-lo de “princípio”, visto que seus componenes *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* têm características de regras, ou seja, ou são cumpridos ou descumpridos, de forma que não se enquadrariam no conceito de princípios como mandados de otimização. “La máxima de proporcionalidad suele ser llamada ‘principio de proporcionalidad’. Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aqui expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalid en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que una veces tengan precedência y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas.” (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 112 - nota 84).

Com a mesma posição, Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 183).

Muito embora na edição espanhola seja utilizada a expressão “máxima”, neste estudo, opta-se pela adoção da expressão “preceito”.

¹⁴⁴ Para uma distinção frente ao “princípio da razoabilidade” vide SILVA, Luís Virgílio da Silva. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: RT, v. 798, abril 2002, p. 22-50.

¹⁴⁵ “O Direito Constitucional brasileiro acolhe de maneira copiosa expressões nítidas e especiais de proporcionalidade, isto é, regras de aplicação particularizada ou específica do princípio, a que se refere a Constituição, sem todavia explicitá-lo, como sói ocorrer, por exemplo, com alguns direitos sociais ou no campo do Direito Tributário (§ 1º do art. 149) ou ainda no Direito Eleitoral relativamente à representação proporcional como regra constitucional de composição de uma das Casas do Poder Legislativo (caput do § 1º do art. 45). A aplicação do princípio se insere, do mesmo passo, particularizado em figura de norma, nos seguintes lugares do texto constitucional: - Incisos V, X e XXV do art. 5º sobre direitos e deveres individuais e coletivos; incisos IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais; § 3º do art. 36 sobre intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal; inciso IX do art. 37 sobre disposições gerais pertinentes à administração pública; § 4º, bem como alíneas c e d do inciso III do art. 40 sobre aposentadoria de servidor público; inciso V do art. 40 sobre competência exclusiva do Congresso Nacional; inciso VIII do art. 71 da Seção que dispõe sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária; parágrafo único do art. 84 relativo à competência privativa do Presidente da República; incisos II e IX do art. 129 sobre funções constitucionais do Ministério Público; caput do art. 170 sobre princípios gerais da atividade econômica; caput e §§ 3º, 4º e 5º do art. 173 sobre exploração da atividade econômica pelo

BARROS trilha caminho próximo, ao sustentar que o “princípio” da proporcionalidade decorre do Estado de Direito ou Estado Democrático de Direito e da idéia de direitos fundamentais¹⁴⁷. Menciona, então, um contexto normativo constitucional o qual engloba a dignidade da pessoa humana, a abertura do rol de direitos e garantias fundamentais, a garantia da eternidade, da reserva legal, da proteção judiciária, instrumentos de proteção contra omissão legislativa, indicando os artigos 1º, 5º, § 1º, 5º, II, XXXV, LIV, LXXI, § 2º, 60, § 4º, IV, e 103, § 2º, como base do “princípio” da proporcionalidade.¹⁴⁸

BRITTO difere, pois afasta-se da busca da indicação de dispositivos constitucionais como fundamento para reconhecimento da proporcionalidade. Afirma que, na resolução de colisões entre normas-princípio constantes na Constituição, tem aplicação o chamado “princípio da proporcionalidade”, tido pelo autor, não como uma categoria metajurídica, mas como um “*princípio constitucional inexpresso, do tipo instrumental*”, decorrente lógico do tensionamento entre princípios constitucionais¹⁴⁹.

Adota esse estudo, entretanto, a posição de ALEXY no sentido de que o preceito da proporcionalidade é uma decorrência lógica da estrutura dos princípios como mandados de otimização. Em razão disso, não há necessidade de se buscar, no texto constitucional, autorização expressa ou implícita decorrente de interpretação e conjugação de dispositivos nela constantes, para justificar o recurso ao preceito da proporcionalidade na resolução de colisão entre princípios. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, tendo em conta a CRFB, segue essa linha de posicionamento:

Estado; § 1º do art. 174 e inciso IV do art. 175 sobre prestação de serviços públicos.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p 395).

¹⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p 396.

¹⁴⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 100.

¹⁴⁸ “O princípio da proporcionalidade, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem como assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes (HESSE)” (BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. p. 95)

¹⁴⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 197.

A despeito da opinião de inúmeros juristas da mais alta capacidade, entendo que a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade é uma busca fadada a ser infrutífera.

A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais¹⁵⁰.

Com efeito, os princípios como mandados de otimização exigem que sua satisfação se dê na **maior medida possível**, dentro das possibilidades jurídicas (princípios contrapostos) e fáticas (condições) existentes. A necessidade da máxima satisfação de todos os princípios leva, no caso de colisão, a raciocínios de comparação na busca por um maior atendimento dos princípios incidentes, visto que as restrições imprimidas aos princípios não podem ser inúteis, inidôneas ou desproporcionais.

O preceito da proporcionalidade, dessa forma, decorre logicamente da estrutura *prima facie* dos princípios, tornando desnecessário qualquer esforço no sentido de busca por um fundamento normativo dentro do texto constitucional.

A exigência de respeito à proporcionalidade deve ser verificada mediante a apreciação individualizada, subsidiária e sucessiva na ordem apresentada, de forma que a averiguação da desproporcionalidade de uma medida não exija que seja realizada a análise de todos os sub-preceitos da *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*¹⁵¹.

¹⁵⁰ SILVA, Luís Virgílio da. **O proporcional e o razoável**. p. 43.

¹⁵¹ Luís Virgílio da Silva menciona a existência de três tendências quanto ao número de sub-preceitos da proporcionalidade: “A primeira delas, amplamente majoritária – e aqui seguida – adota a divisão em três sub regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A segunda, adotada principalmente por Böckenförde e Schlink, aceita somente a análise da adequação e da necessidade, excluindo o sopesamento que a análise da proporcionalidade em sentido estrito implica. Por fim, a terceira tendência costuma identificar um elemento adicional, que precede a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: a análise da legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir. Essa tendência é perceptível principalmente nos autores que se ocupam com a aplicação da regra da proporcionalidade perante a Corte Européia de Direitos Humanos.” (SILVA, Luís Virgílio da. **O proporcional e o razoável**. p. 34).

2.1.1 Adequação

Segundo ALEXY, o *preceito da proporcionalidade*, com seus preceitos parciais da *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*¹⁵² decorre, logicamente, da característica de otimização dos princípios¹⁵³.

O preceito parcial da *adequação* exige a demonstração de *aptidão* do ato e sua *conformidade* com o fim que motivou a sua adoção, ou seja, o meio proposto deve ser apto à promoção¹⁵⁴ do fim pretendido. Essa verificação deve ser feita mediante a análise do(s) meio(s) proposto(s) e sua aptidão concreta de gerar efeitos tendentes à promoção de determinado direito.

Propostos os meios **M1** e **M2** para a realização do direito **P** e comprovado que **M2** não é apto à promoção de **P**, tem-se que o preceito parcial da *adequação* é preenchido em relação a **M1**.

ALEXY exemplifica trazendo caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em que se exigia de cabeleireiro, que possuía em seu estabelecimento máquina automática de venda de tabaco, a demonstração de conhecimento técnico para exercer a venda de tais produtos, conforme determinava a lei de comércio local.

Ao decidir, o Tribunal concluiu que a exigência de conhecimentos técnicos para o comércio do produto (meio) não era idônea (adequada) para proteger os consumidores de danos econômicos e à saúde (fim). Em consequência, a medida

¹⁵² Para facilitar a exposição, será grafada com letra inicial maiúscula a palavra proporcionalidade, quando aparecer isoladamente e se referir ao preceito principal; e será grafada com letra minúscula quando se referir ao preceito parcial, proporcionalidade em sentido estrito.

¹⁵³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 111/112.

¹⁵⁴ Segundo Gilmar Mendes “O meio é adequado se, com sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado (...)” (MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: _____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 71-87).

Acolhe-se, entretanto, a observação de Luís Virgílio da Silva para quem melhor é a utilização do verbo “fomentar” como tradução do verbo “*fördern*” que significa fomentar, promover, de forma que o meio é adequado não apenas de alcançar o fim mas, também, se o fomenta, promove. (SILVA, Luís Virgílio da. **O proporcional e o razoável**. p. 36).

resultava constitucionalmente vedada por ser inadequada à promoção do fim e por vulnerar direito à liberdade de profissão¹⁵⁵.

2.1.2 Necessidade

O preceito parcial da *necessidade* exige um exame comparativo entre os meios propostos ao atendimento do fim pretendido. Um meio será necessário, caso o “fim não possa ser atingido de outra maneira que afete menos o indivíduo¹⁵⁶”. Portanto, dentre as formas de promoção de uma finalidade, é preciso escolher aquela que cause menores efeitos restritivos a outros princípios e regras, promovendo na **mesma ou em maior medida** o fim pretendido.

Sendo igualmente adequados ao atendimento de **P** os meios **M1** e **M2**, passa-se a verificar se os meios atingem algum outro princípio ou regra.

Identificada a afetação do princípio **P1** pelo meio **M1** e que **M2** não é agressivo a **P1** e a nenhum outro princípio, tem-se, nessa configuração, que a adoção do meio **M1** apresenta-se desnecessária por ser prejudicial ao **P1**. Necessária, portanto, é a opção por **M2**.

Pode ocorrer, na mesma situação, que **M1** restrinja **P1** e **M2** restrinja **P2**. Nessa configuração, a resolução do conflito exige o recurso ao terceiro subpreceito, já que é necessário avaliar qual dos princípios (**P1** e **P2**) deve ser restringido para a satisfação de **P**.

Como exemplo, apresenta-se caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal. Determinada empresa foi impedida de obter, junto ao Estado de Santa Catarina, autorização para impressão de notas fiscais em razão de norma estadual que proibia o fornecimento de tal documento para contribuintes que estivessem em débito com a Fazenda estadual. Proposta demanda contra a negativa, a empresa obteve em primeiro grau, julgamento de procedência do pedido, deferindo o acesso ao documento. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina deu provimento ao recurso do Estado para afastar a ilegalidade da medida. Argumentou-se, no órgão colegiado,

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Tradução do alemão para o espanhol de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios, 2004, p. 40.

¹⁵⁶ Enunciado formulado pelo Tribunal Constitucional Federal [BverfGE 38, 281 (302)], *apud* ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales** p. 114.

que a recusa na expedição do documento não restringira o direito do contribuinte de exercer a atividade mercantil, pois haveria como alternativa, até a regularização do débito, a utilização de nota fiscal modelo "1", fornecida pela Exatoria estadual, com as quais poderia prosseguir suas atividades comerciais.

Interposto Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal o acolheu para afastar a vedação contida na norma, ao entendimento de que ela, efetivamente, prejudicava o exercício da atividade econômica. O relator, Min. Marco Aurélio, argumentou que à disposição do Estado estaria a possibilidade de propositura de execução fiscal:

A Fazenda há de procurar o Judiciário visando à cobrança, via executivo fiscal, do que devido, mostrando-se impertinente recorrer a métodos que acabem inviabilizando a própria atividade econômica, como é o relativo à proibição de as empresas em débito, no tocante a obrigações, principal e acessórias, vir a emitir documentos considerados como incluídos no gênero fiscal. Imagine-se o que implica, a cada negócio jurídico, ter-se de requerer à repartição fazendária competente a emissão de nota fiscal avulsa. A regência local da matéria abrange previsão incompatível com a ordem natural das coisas, com o princípio constante do parágrafo único do artigo 170 da Carta da República, segundo o qual é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica. [...]

A lei estadual contraria, portanto, os textos constitucionais evocados, ou seja, a garantia do livre exercício do trabalho, ofício ou profissão - inciso XIII do artigo 5º da Carta da República - e de qualquer atividade econômica parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal.¹⁵⁷

A argumentação poderia ser desenvolvida com a ajuda do que se tratou neste tópico.

Quanto à adequação da medida adotada (**M1**), parece não haver dúvidas que a proibição de impressão de notas fiscais, por criar embaraço à atividade empresarial, efetivamente, constitui-se em meio que promove o interesse de cobrança dos tributos, já que essas, devendo emitir notas fiscais, ver-se-iam na

¹⁵⁷ STF. Tribunal Pleno. RE. 413.782-8/SC. rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 17.03.2005. DJU 03.06.2005.

obrigação de quitar os débitos pendentes para ter acesso aos ditos documentos fiscais. Todavia, identificam-se outros meios à disposição da Fazenda estadual para a cobrança dos débitos, dentre eles a possibilidade de propositura de ação de execução fiscal (**M2**).

Quando há mais de um meio (**M1** e **M2**) igualmente apto à promoção do interesse do Estado, passa-se à fase de verificação da necessidade. Somente será necessário o meio que for menos agressivo a outros direitos e interesses constitucionalmente previstos. No caso, a correta verificação do sub-preceito *necessidade* exige que sejam apreciadas as restrições a outros direitos decorrentes de cada um dos meios propostos.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a existência de outros meios à disposição do Estado para a promoção de seu interesse, não apresentou argumentação tendente a demonstrar quais e porque seriam “menos invasivos” que aquele combatido na demanda. A propósito, o Ministro Gilmar Mendes se valeu de presunção de menor restritividade desses demais meios no teste de proporcionalidade que empreendeu sobre a norma de proibição de impressão de notas fiscais:

[...] Senhor Presidente, como já me manifestei inicialmente, não entraria nessa discussão ou na tecnicidade do tributo. A mim afigura-se bastante e suficiente a consideração de que o Estado, como demonstrou o Ministro Marco Aurélio, dispõe de meios outros para efetuar a cobrança e de que a fórmula adotada pelo Estado, a meu ver, não passa no teste da proporcionalidade.

Já no sentido da adequação, até poderia haver uma adequação entre meios e fins, mas certamente não passaria no teste da necessidade, porque há outros meios menos invasivos, menos drásticos e adequados para solver a questão. Por outro lado, é claro que a manutenção deste modelo pode inviabilizar, conforme Vossa Excelência também destacou, o próprio exercício de uma lícita atividade profissional da recorrente.[...] ¹⁵⁸

¹⁵⁸ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. RE 413.782/SC. Min. Marco Aurélio. Brasília/DF, 17/03/2005. DJU 03/06/2005.

A fundamentação, apesar de se utilizar do procedimento de verificação da proporcionalidade, deixou de apresentar, de forma completa, os fundamentos pelos quais o meio julgado inconstitucional seria mais restritivo que o outro à disposição do Estado. Partiu-se da presunção de que o procedimento judicial de execução fiscal é menos invasivo, o que parece ser verdadeiro, mas tal conclusão, do ponto de vista de correção do procedimento formal de verificação da proporcionalidade, exigiria demonstração específica de tal qualidade.¹⁵⁹

2.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito

O preceito parcial da *proporcionalidade em sentido estrito* ou da *ponderação* exige que, quanto maior o grau de satisfação de um princípio e de restrição a um outro, maior deverá ser o grau de sua importância para o caso concreto.

ALEXY apresenta a seguinte regra:

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de um principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro¹⁶⁰.

A verificação desse grau de importância exige que, em um primeiro momento, seja determinado o grau da não-realização ou o prejuízo de um princípio; na seqüência, a comprovação da importância da realização do princípio em sentido contrário. E, por fim, que seja demonstrado se a importância da realização do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou a não-realização do outro.

¹⁵⁹ A questão poderia ser aprofundada (e complicada) acrescentando-se um outro argumento a favor do procedimento do Fisco, qual seja, até que ponto seria tolerável e de interesse do Estado e da sociedade a ampliação do quadro de funcionários que seriam necessários aos procedimentos de cobrança judicial de cada um dos contribuintes devedores de tributos. Essa particularidade já foi percebida pelo Tribunal Constitucional alemão conforme relata ALEXY: “El particular no puede esperar que, afin de evitar intervenciones enos derechos fundamentales, ‘los recursos públicos, disponibles sólo en una cantidad limitada, sean utilizados más allá de una medida razonable esperada por la sociedad, para formar un cuerpo de funcionarios competentes cuya finalidad sea luchar contra dichas irregularidades’.” (ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 47).

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 161.

Pertinente a observação de SILVA:

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao bem fundamental atingido¹⁶¹.

Dessa forma, pouco importa, pelo menos no âmbito da análise concreta, o argumento de que é necessária a manutenção de um “núcleo essencial” dos direitos fundamentais, porque, não raro, a promoção de um direito implica na subtração total da proteção do outro direito que se encontra em colisão.

Se **M1** é o único meio adequado à promoção de **P**, mas verificado que representa impedimento à realização de **P1**, então, a ponderação deve ser realizada entre **P** e **P1** a fim de estabelecer qual deve ser privilegiado. Acaso **P** deva ser privilegiado, a decisão deve recair, necessariamente, em **M1**. Acaso **P1** seja privilegiado, não se poderá adotar **M1**.

Pode ocorrer, em uma dada situação, que **M1** restrinja **P1**, **M2** restrinja **P2** e **M4** restrinja **P3**. Como esses meios prejudicam ou impedem **P1**, **P2** e **P3**, é preciso que sejam confrontados com **P** a fim de se identificar a relação de prevalência.

Se **P** prevalecer apenas em face de **P2**, então, somente estará autorizada a escolha de **M2**, por ser o meio que satisfaz **P** e que causa restrição a um princípio não prevalente.

Se **P** prevalecer em relação a todos, deve-se estabelecer o confronto entre os princípios **P1**, **P2** e **P3** a fim de identificar qual deles é menos prevalente.

No processo de ponderação entre princípios, o ponto fundamental é levar em consideração as circunstâncias do caso concreto e estabelecer entre eles uma *relação de precedência* sob determinadas condições. Em outras palavras, sob as

¹⁶¹ SILVA, Luís Virgílio da. **O proporcional e o razoável**. p. 41.

circunstâncias (**C**), o princípio **P¹** tem precedência sobre o princípio **P²**. Sob outras circunstâncias (**C¹**), o princípio **P²** possui precedência sobre o princípio **P¹**. A teoria dos direitos fundamentais, exposta ao longo desta dissertação, pressupõe que nenhuma norma possui precedência absoluta¹⁶² isso como decorrência da natureza de *mandado de otimização* dos princípios.

O estabelecimento da *regra de colisão* implica na identificação, no caso concreto, das circunstâncias diferenciadoras e relevantes para a formação da norma de precedência.

Como exemplo desse procedimento, ALEXY cita a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão que analisou o conflito entre o direito fundamental de informação e o direito fundamental de proteção à dignidade. Trata-se do caso Lebach¹⁶³.

O Tribunal relatou que, nas proximidades da cidade de Lebach, na Alemanha, foram assassinados quatro soldados do exército federal que realizavam a guarda de um depósito de munições. Um dos responsáveis pelo crime foi descoberto, julgado e condenado à pena de prisão. Quando estava prestes a sair da prisão, um programa de televisão começou a transmitir documentário chamado “O assassinato de soldados em Lebach”. Em face disso, a pessoa condenada, que estava prestes a sair da prisão, levou ao Judiciário a alegação de que a exibição do documentário, em que seu nome e fotografia eram apresentados, violava seu direito fundamental à intangibilidade de sua dignidade¹⁶⁴ e de livre desenvolvimento de sua personalidade¹⁶⁵ além prejudicar sua ressocialização. Após indeferimento pelos tribunais ordinários, foi apresentado um recurso constitucional perante o Tribunal Constitucional Federal, o qual decidiu pela proibição da exibição do documentário.

¹⁶² ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 95.

¹⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 95ss.

¹⁶⁴ Segundo a Lei Fundamental alemã: Art. 1º, (1): “A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la.” (ALEMANHA. **Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha de 1949**. Disponível em <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao>. Acesso em 17.09.2006).

¹⁶⁵ Segundo a Lei Fundamental alemã: Art. 2º, (2): “Todos têm direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, contanto que não vulnerem os direitos dos demais e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”. ALEMANHA. **Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha de 1949**. Disponível em <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao>. Acesso em 17.09.2006.

Na sua fundamentação, primeiro, o Tribunal verificou se a exibição do documentário com referência ao nome e à imagem do autor do delito era adequada aos fins de informação da população sobre a eficácia da imposição da pena, o efeito de intimidação nos atores potenciais e o “fortalecimento da moral pública e da responsabilidade social”.

Confirmada a adequação do meio, verificou a necessidade do meio (menção do nome e imagem do autor do delito), tendo entendido que a indicação dos dados e da situação dos envolvidos seria necessária à promoção dos fins perseguidos.

Tendo em vista que a análise dos dois sub-preceitos não foi suficiente para afastar o conflito, o Tribunal teve que passar à análise da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

Na formulação da regra de colisão, o Tribunal considerou as seguintes circunstâncias: (1) o documentário tratava de “repetição de uma informação sobre um delito que não responde a interesse atual de informação”, e (2) a exibição punha “em perigo a ressocialização do autor”. A vista dessas circunstâncias, deveria prevalecer o direito de intimidade do condenado frente ao direito de informação. Assim, *uma informação televisiva repetida, que não responde a um interesse atual de informação sobre um fato delituoso grave e que põe em perigo a ressocialização do autor está jusfundamentalmente proibida.*¹⁶⁶

Esse enunciado, apesar de não ter sido formulado diretamente no texto constitucional, é dele decorrente e apto à subsunção do caso concreto. Segundo ALEXY, trata-se de norma de direito fundamental *adscripta*.¹⁶⁷

O sistema de resolução de conflitos entre *regras*, por meio de normas de exceção e o sistema de resolução de colisão entre *princípios* com base na proporcionalidade, tem sido acolhido como compatível a operar diante da estrutura normativa da CRFB. É pertinente invocar em defesa dessa afirmação recentes decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal que, com base na

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 97.

¹⁶⁷ “[...] como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental adscripta con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso”. (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 98).

verificação da Proporcionalidade, tem apresentado fundamento para o controle de constitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais¹⁶⁸. Com esta característica, a decisão proferida no *Habeas Corpus* n. 82.969-4/PR, relatado pelo Min. Gilmar Mendes. Nesse precedente, acolhe-se explicitamente a aplicação da proporcionalidade¹⁶⁹:

Lembre-se que o princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de ALEXY, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal como o defende o próprio ALEXY. Neste sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (...) **Há se perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato, impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é insubstituível por outro menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).**¹⁷⁰

¹⁶⁸ Segundo também constata COURA, “No âmbito da jurisprudência constitucional no Brasil, por sua vez, é possível identificar alguns julgamentos, realizados tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça nos quais tais [poderação] concepções evidenciam-se.” (COURA, Alexandre de Castro. Limites de possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do estado democrático de direito: para uma análise crítica da ‘jurisprudencia de valores’. In.: CATTONI, Marcelo. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004. 403-446).

¹⁶⁹ Ainda que qualificada como “princípio” e tida como sinônimo de “princípio do devido processo legal em sentido substantivo” a maneira pela qual foi construído o argumento demonstra que se trata de aplicação do preceito da Proporcionalidade.

¹⁷⁰ BRASIL. STF. *Habeas Corpus* 82.969-7/SP, rel. Min. Marco Aurélio. Brasília/DF, 30.09.2003. DJU 17.10.2003.

Referências ao procedimento de verificação da proporcionalidade também podem ser identificados em decisões de instâncias inferiores do Poder Judiciário brasileiro.¹⁷¹ É preciso concordar, entretanto, com a observação apresentada por LUÍS VIRGILIO AFONSO DA SILVA de que em muitos casos a invocação da Proporcionalidade feita em julgamentos, inclusive no STF, têm característica apenas retórica, uma vez que não é apresentada fundamentação com demonstração de cada um dos elementos que a compõem¹⁷². Ainda que isso seja verdadeiro, tais equívocos no exercício de verificação da Proporcionalidade, se invalidam a fundamentação no caso específico, não afastam o reconhecimento de operatividade do teste de proporcionalidade dentro do sistema jurídico nacional e força um aprofundamento quanto ao manejo de seus conceitos.

Ao final deste tópico e antes de se adentrar ao conceito de *margens de ação* é preciso registrar que o procedimento de ponderação, por se revestir de um

¹⁷¹ TRF 4ª Região. Terceira Turma. Apelação Cível 200104010852029/RS. Data da decisão 12.09.2005. DJU 05.10.2005. rel. Juíza Vânia Hack de Almeida. TRF 3ª Região. Primeira Turma. Apelação Cível 95030529611/SP. rel. Juiz David Diniz. Data da decisão 19.06.2001. DJU 23.10.2001. TRF 4ª Região. Quinta Turma. Agravo de Instrumento 200204010425259/PR. rel. Paulo Afonso Brum Vaz. Data da decisão 27.02.2003. DJU 19.03.2003. TRF 4ª Região. Quarta Seção. Petição 200104010701532/RS. rel. Juiz Fábio Rosa. Data da decisão 21.11.2001. DJU 23.01.2002.

¹⁷² “O recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão [distinção entre proporcionalidade e razoabilidade] e apenas solidifica a idéia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos. A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘a luz do princípio de proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional’.

Na decisão da liminar do sempre citado HC 76.060-4, por exemplo, o Tribunal faz uso da regra da proporcionalidade nos seguintes termos:

‘O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais –, é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular’

Apesar de salientar a importância da proporcionalidade ‘para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais’, o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. Na decisão, a passagem mencionada é a única a fazer referência à regra da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados. O raciocínio aplicado costuma a ser muito simplista e mecânico. Resumidamente:

- a constituição consagra a regra da proporcionalidade;
- o ato questionado não respeita essa exigência;
- o ato questionado é inconstitucional.

O silogismo, inatacável do ponto de vista interno, é composto de premissas de fundamentação duvidosa e é por isso bastante frágil quando se questiona sua admissibilidade do ponto de vista externo.” (SILVA, Luís Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. p. 31)

caráter estritamente formal, não fornece elementos para embasar a escolha das circunstâncias que serão tidas como relevantes para a formulação da regra de colisão. A escolha dessas circunstâncias que servirão para a formação da regra de colisão não pode ser realizada arbitrariamente, devendo ser demonstrados os fundamentos das opções realizadas. Segundo ALEXY, nem os princípios nem as regras regulam, por si mesmas, sua aplicação de forma que, para a obtenção de um modelo completo, seria necessário um procedimento de aplicação das regras e dos princípios:

Por lo tanto, los niveles de la reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel. En un sistema orientado por el concepto de la razón práctica, este tercer nivel puede ser sólo el de un procedimiento que asegure la racionalidad. De esta manera, surge un modelo de sistema jurídico de tres niveles que puede ser llamado “*modelo reglas/principios/procedimiento*”.

La idea de un procedimiento que asegure la racionalidad puede ser referida tanto al proceso de aplicación del derecho como al de su formulación. Aquí será considerada sólo con respecto a la aplicación del derecho. Por proceso se aplicación del derecho puede entenderse o bien el proceso de argumentación y pensamiento no institucionalizado de quienes encuentran y fundamentan una respuesta a la cuestión de que és lo que está jurídicamente ordenado em un sistema jurídico en un determinado caso, o el procedimiento institucionalizado del proceso judicial que incluye este procedimiento¹⁷³.

A elaboração de tal procedimento é objeto da teoria da argumentação jurídica, tema que, nesse trabalho não cabe o devido aprofundamento.¹⁷⁴ Por ora, passar-se-á à categoria *margens de ação*, cujo manejo proporciona maior precisão quanto aos resultados das ponderações com base no preceito da Proporcionalidade.

¹⁷³ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. p. 173/174.

¹⁷⁴ Para consulta, indica-se as seguintes obras: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, 355 p.; GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação na moral e no direito**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, 423 p.; ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 3. ed. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, 238 p.

2.2 MARGENS DE AÇÃO

A discussão sobre as *margens de ação*¹⁷⁵, ou seja, sobre o que não está nem ordenado nem proibido pela Constituição, é relevante para a questão da justiciabilidade dos direitos fundamentais na medida em que oferece uma estrutura argumentativa para os conflitos entre *princípios materiais e formais*. Nos espaços decorrentes de ausência de normatividade constitucional, a liberdade do administrador e do legislador toma amplitude que afasta a intervenção do Poder Judiciário sob o argumento de proteção dos direitos fundamentais.

As *margens de ação* apresentam-se sob duas formas: a *margem de ação estrutural* e a *margem de ação epistêmica*.

2.2.1 Margem de ação estrutural

Por *margem de ação estrutural* entende-se o espaço para a ação que é possível ser utilizado pelos poderes derivados em suas decisões, tendo em vista a ausência de norma constitucional ordenando ou proibindo algo. Segundo ALEXY: “Lo que las normas de una Constitución no ordenan ni prohíben se enmarca dentro del margen de acción estructural del Legislador”.¹⁷⁶

A existência de liberdade do legislador e do administrador para atuar ou não atuar, quando a Constituição não proíbe nem ordena, não cria maiores dúvidas. Todavia, o que não parece tão evidente é reconhecer quando a Constituição confere tal liberdade.¹⁷⁷

A análise pode ser refinada se forem apreciados os aspectos de manifestação da *margem estrutural*. São três: um no que diz respeito à *fixação dos fins*; um quanto à *escolha dos meios*; e outro quanto à *ponderação*.

2.2.1.1 Margem para fixação de fins

Há margem para fixação de fins quando o direito fundamental concede um espaço para a intervenção do Estado sem indicar as razões para que ela ocorra

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 32 ss.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 32.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 32.

ou quando, apesar de indicar as razões para a intervenção, não obriga, apenas permite que o faça no caso de ocorrência de tais razões.¹⁷⁸ Nas palavras de ALEXY:

En el primer supuesto, el Legislador puede decidir por sí mismo si interviene en el derecho fundamental, y en razón de qué fines, propósitos o principios lo hace. En segundo supuesto, la Constitución deja en manos del Legislador la decisión de hacer suyos los fines, propósitos o principios enunciados en la cláusula que establece la reserva de intervención, en caso de que quiera intervenir en el derecho fundamental.¹⁷⁹

Menciona como exemplo dispositivo da Constituição alemã que prescreve: “los barcos mercantes conformarán una flota mercante alemana”¹⁸⁰. Com base em tal dispositivo, a *manutenção* de uma frota mercante é tratada como um fim que pode ser perseguido pelo Legislador, uma vez que está dentro de sua margem para fixação de fins.

Um exemplo dentro da CRFB poderia ser o art. 13 ao estabelecer que “A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.” Com base neste dispositivo, seria possível ao legislador estabelecer, como fim a ser perseguido, a promoção da utilização do idioma nacional e, com base nele, atuar de forma a intervir em direitos fundamentais. Tal objetivo é compatível com norma e encontra-se dentro da margem de ação para fins do legislador.

2.2.1.2 Margem para a eleição de meios

A margem para a eleição de meios aparece quando normas de direito fundamental proíbem determinadas intervenções ou quando ordenam a execução de alguma conduta positiva. Quando vários são os meios igualmente adequados para a promoção do fim à disposição do Estado, não há dúvidas sobre a existência de margem para eleição de um dos meios. Todavia, tal liberdade enfraquece no momento em que os diversos meios promovem o fim em graus diferentes, ou,

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 32.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 33.

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 33

quando se comportam negativamente frente a outros fins, ou, quando não é seguro em que medida os meios promovem o fim¹⁸¹.

Nessa configuração, “[...] La decisión depende entonces de la práctica de distintas ponderaciones y de la posibilidad de identificar en qué medida los diversos medios favorecem o perjudicam realmente a los principios que entran juego.[...]”¹⁸² Essa necessidade de ponderação conduz ao terceiro nível de espaço de ação estrutural: a *margem para ponderação*.

2.2.1.3 Margem para ponderação

A Lei de Ponderação estabelece que quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deverá ser a importância de satisfação do outro:

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro.¹⁸³

Do enunciado, retira-se que sua observância deve ser realizada em três passos:

En el primer paso es preciso definir el grado de la satisfacción o de afectación de un de los principios. Luego, en un segundo paso, de define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.¹⁸⁴

No primeiro passo, verifica-se, no caso concreto (**C**), o grau interferência - satisfação ou restrição - (**I**) de um dos princípios (**Pi**).

¹⁸¹ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 35.

¹⁸² ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 36.

¹⁸³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 161.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 49.

Para a definição dos graus de satisfação e de restrição, ALEXY propõe a construção de uma escala de intensidades que varia entre leve (**L**), médio (**m**) e grave (**g**)¹⁸⁵.

Utilizando-se da escala acima, graficamente, tem-se as seguintes possibilidades:

IPiC:L = grau de interferência no princípio é leve

IPiC:m = grau de interferência no princípio é médio

IPiC:g = grau de interferência no princípio é grave

No segundo passo, é preciso estabelecer o grau de importância concreta (**W**) do outro princípio (**Pj**), no caso concreto (**C**), valendo-se também da escala de intensidades, de onde resultam as seguintes possibilidades:

WPjC: L = grau de importância leve

WPjC: m = grau de importância média

WPjC: g = grau de importância grave

Por fim, o confronto entre as possíveis combinações entre os graus de interferência (satisfação ou afetação) de um dos princípios e os graus de importância do princípio contrário revela situações de:

a) prevalência do princípio **Pi** :

(1) **IPiC:g** - **WPjC:L**

(2) **IPiC:g** - **WPjC:m**

(3) **IPiC:m** - **WPjC:L**

b) prevalência do princípio **Pj**:

(3) **IPiC:L** - **WPjC:g**

(4) **IPiC:m** - **WPjC g**

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 60.

(5) **IPiC:L** - **WPjC:m**

c) empate entre os princípios **Pi** e **Pj**:

(6) **IPiC:L** - **WPjC:L**

(7) **IPiC:m** - **WPjC:m**

(8) **IPiC:g** - **WPjC:g**¹⁸⁶

A *margem estrutural de ação* localiza-se, justamente, nesses três casos de empate. Em casos tais, a decisão do legislador/administrador deve ser mantida, diante da prevalência do respeito ao *princípio formal*¹⁸⁷, já que, da análise dos princípios em jogo, não se obteve demonstração de uma decisão mais constitucional que a outra.

Com a finalidade de ilustrar a aplicação do esquema argumentativo, utiliza-se o exemplo apresentado por ALEXY. Trata-se do “caso Titanic” em que estavam em colisão a liberdade de expressão e o direito à honra¹⁸⁸.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 65.

¹⁸⁷ “Un principio formal o procedimental es el que dice que el legislador democrático debe tomar las decisiones importantes para la comunidad. Este principio formal puede ser sopesado, conjuntamente con un principio material que sirve solo intereses comunitarios relativos, frente a un principio de derecho fundamental que otorga derechos individuales. Además, aquel principio formal es la razón por la cual el Tribunal Constitucional Federal concede numerosos márgenes de acción al legislador.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 133).

Os princípios formais não são aptos a serem contrapostos isoladamente aos princípios materiais. A prevalência de um princípio formal se dá com referência a um princípio material. Do contrário teria que se admitir caso de intervenção intensa em um direito fundamental sem uma razão substancial ou material para tanto. ALEXY descarta essa possibilidade sustentando que “el principio formal de la competencia decisoria del Legislador por sí mismo no tiene suficiente fuerza para prevalecer sobre un principio iusfundamental material y hacerlo retroceder.” (ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 106). Ao se admitir o contrário, ou seja de que, isoladamente, os princípios formais teriam força para restringir direitos fundamentais se poderia afirmar que “‘las vulneraciones a los derechos fundamentales son admisibles porque de este modo la competencia del Legislador tiene un ámbito mayor que aquél que tendría si se estimara que dichas vulneraciones no son admisibles’. Esta afirmación tiene un tinte de absurdo, que resulta de la suposición de que puede contraponerse directamente en la balanza a los principios iusfundamentales materiales y al principio de la competencia decisoria del Legislador. Los principios formales procedimentales pueden prevalecer sobre los principios iusfundamentales materiales sólo cuando están ligados a otros principios materiales.” (ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 107). Essa necessidade de ligação entre os princípios formais e materiais, é chamada por ALEXY como “Ley de la Conexión” e explica porque é fácil levar a soluções absurdas quando os princípios formais são contrapostos, isoladamente, a princípios materiais.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 53.

A revista popular Titanic chamou de “assassino nato” a um oficial da reserva paraplégico, que havia sido reincorporado ao exército para realizar um exercício militar. Numa edição posterior, voltou ao assunto tratando o mesmo oficial de “paralítico”¹⁸⁹. Em demanda judicial, a revista foi condenada pelo Tribunal Superior de Dusseldorf a pagar uma indenização no valor de DM\$ 12.000,00 (doze mil marcos) ao oficial em razão de ofensa à honra desse. Proposto recurso, a questão chegou ao Tribunal Constitucional Federal.

O Tribunal considerou, à luz das circunstâncias do caso, que o valor da condenação aplicada representava uma intervenção **grave** no direito de liberdade de expressão (**IPiC:g**).

Quanto à primeira publicação, ao considerar o contexto humorístico e de sátira, características habituais da revista, qualificou a lesão à honra como de intensidade **média** (**WPjC:m**) e, com base nisso, entendeu que a condenação era desproporcional. Graficamente, pode ser expressa da seguinte forma:

(2) **IPiC:g** - **WPjC: m**

Quanto à segunda publicação, o Tribunal considerou que a expressão “paralítico” vulnerava **gravemente** (**WPjC:g**) o direito à honra do oficial, mantendo a condenação, já que não fora detectado vício de desproporcionalidade na decisão. Graficamente:

(8) **IPiC:g** - **WPjC:g**

O modelo pode ser apresentado com a utilização de elementos numéricos¹⁹⁰ em substituição aos graus leve, médio e grave. O grau leve seria representado pelo número “1”, o médio, pelo “2” e o grave, pelo “4”¹⁹¹. A utilização

¹⁸⁹ Na tradução espanhola, utilizou-se a palavra “tullido” que admite tradução para “paralítico” ou “entrevado”.

¹⁹⁰ A circunstância de se lançar mão de símbolos e sinais próprios da matemática não implica em que as fundamentações com base na verificação da proporcionalidade obtenham a precisão própria das ciências exatas. A técnica funciona como norte para organizar a fundamentação e demonstrar os pontos de colisão entre princípios.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 69

de números permite a dedução da expressão, que ALEXY chama de “Fórmula do Peso”¹⁹²:

$$G_{Pi,jC} = \frac{IPiC}{WPjC}$$

“G” representa o peso relativo de **Pi** no caso concreto. Se o quociente da operação for 4 ou 2, o peso relativo de **Pi** será superior a **Pj**. Se for 1, haverá coincidência entre os pesos de **Pi** e **Pj**. Se for 0,25 ou 0,5 a prevalência será de **Pj** sobre **Pi**.

No exemplo anterior, foi reconhecido que o valor da condenação por danos morais imposta à Revista representava uma intervenção grave no direito de liberdade de expressão, no caso concreto (**IPiC**). Atribui-se, portanto, o peso 4 a **IPiC**. De outro lado, quanto à expressão “assassino nato”, o Tribunal, ao considerar o contexto humorístico, qualificou a lesão à honra (**WPjC**) como de intensidade média, ao qual atribui-se o peso 2. Substituindo-se os termos da expressão:

$$G_{Pi,jC} = \frac{4}{2}$$

O quociente da expressão demonstra que o peso relativo de **Pi** no caso concreto, é superior ao de **Pj** o que resulta na conclusão de que a medida (valor da condenação) feriu desproporcionalmente o direito de liberdade de expressão da Revista.

Quanto à expressão “paralítico”, o Tribunal, diferentemente, qualificou a lesão à honra (**WPjC**) dela decorrente como de intensidade grave. Em termos numéricos, atribui-se o peso 4. Substituindo-se as variáveis da expressão:

$$G_{Pi,jC} = \frac{4}{4}$$

O quociente da expressão demonstra que o peso relativo de **Pi**, no caso concreto, é idêntico ao de **Pj** o que resulta na conclusão de que a medida (valor da condenação) não feriu desproporcionalmente o direito de liberdade de expressão da Revista.

¹⁹² ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales**. p. 67

A essa fórmula pode-se acrescentar valores referentes a pesos abstratos dos princípios em jogo (**GPIA** e **GPJA**) decorrentes da existência de uma eventual superioridade de um dos princípios dentro do ordenamento, superioridade esta que dificilmente pode ser identificada. Quando idênticos, os pesos abstratos se anulam e não influem no quociente da operação. Nesses casos, “Por tanto, la formula que no incluye los pesos abstractos no es una formula diferente a aquella que los incluye, sino la misma fórmula después de haber efectuado la reducción.”¹⁹³ De qualquer forma, a inclusão dessa variável resulta na seguinte expressão:

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC}}{W_{PjC}} \cdot \frac{G_{PiA}}{G_{PiA}}$$

Ainda sobre o exemplo que vem sendo apresentado (Revista Titanic), a consideração dessa variável implica em se determinar qual o grau de importância abstrata do direito à honra (**GPIA**) e do direito de liberdade de expressão (**GPJA**). Ambos os princípios apresentam graus de importância abstrata idênticos, não se podendo identificar a prevalência de um ou de outro e a ambos se pode atribuir um alto grau de importância, “4”. A expressão pode ser montada da seguinte forma:

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC}}{W_{PjC}} \cdot \frac{4}{4}$$

Ambas as variáveis apresentadas até o momento que fazem parte da Fórmula do Peso decorrem diretamente da Lei Material da Ponderação acima exposta. Outra variável que deve ser considerada na “Fórmula do Peso” é o grau de certeza ou segurança das premissas que motivam a intervenção no princípio. Tal variável, decorrente da Lei Epistêmica da Ponderação, será exposta no item que tratará da *margem de ação epistêmica normativa*.

2.2.2 Margem de ação epistêmica

A *margem de ação epistêmica*, por seu turno, aparece quando são incertos os conhecimentos acerca do que está ordenado, proibido ou permitido pelos

¹⁹³ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Nota 68. p. 83.

direitos fundamentais¹⁹⁴, por conseqüência, o que estaria confiado a uma discricionariedade do administrador e do legislador.

Tal incerteza pode instalar-se sobre as *premissas fáticas*, ou seja, sobre “la veracidad de las estimaciones empíricas”¹⁹⁵ sobre as quais se analisa a adequação e a necessidade, ou sobre as *premissas normativas*, entendidas como as evidências empíricas acerca do peso dos princípios em jogo.

2.2.2.1 Margem de ação epistêmica fática

Quando a incerteza atinge as *premissas fáticas ou empíricas*, a dúvida se estabelece, em especial, no exame da *adequação* e da *necessidade* dos meios propostos.

Uma decisão pela proporcionalidade ou pela desproporcionalidade da medida somente é possível frente a um convencimento sobre a verdade das *premissas fáticas*, da qual depende a conclusão a respeito da adequação ou necessidade do meio sobre apreciação. Não havendo certeza sobre a adequação/inadequação ou da necessidade/desnecessidade da medida, afasta-se a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário e reconhece-se a liberdade do legislador ou do administrador para a escolha de uma das medidas propostas.

ALEXY relata julgado em que o Tribunal Constitucional Federal alemão foi chamado a decidir acerca da idoneidade e necessidade de norma que proibia a comercialização de produtos derivados da *canabis sativa*. Estava em discussão a demonstração de que a proibição era idônea e necessária para diminuir os perigos associados ao consumo da droga. Diante de incerteza sobre as *premissas fáticas*, pois não se dispunha de conhecimentos científicos que indicassem essa ou aquela alternativa como inconstitucional, o Tribunal absteve-se de escolher um dos meios:

No se dispone de conocimientos científicamente fundados que hablen necesariamente a favor de la corrección de una o de otra alternativa¹⁹⁶.

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 83.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 83.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 83.

O atendimento ao direito de acesso ao serviço de saúde gratuito, por exemplo, pode ser assegurado tanto por meio de estabelecimentos de saúde estatais, quanto por meio de estabelecimentos de saúde privados, contratados pelo Estado para prestarem tais serviços de forma gratuita à população. Deixando de fora aspectos econômicos da questão, se os serviços forem prestados de forma equivalente, a escolha de um ou de outro meio é indiferente para a promoção do direito à saúde e, portanto, a decisão estaria dentro da *margem epistêmica fática* do Estado. Não poderia o Poder Judiciário substituir-se ao administrador ou ao legislador na escolha de uma das formas.

2.2.2.2 Margem de ação epistêmica normativa

Quando a incerteza atinge as *premissas normativas*, a dúvida se estabelece sobre qual a maneira mais apropriada para a ponderação dos direitos fundamentais¹⁹⁷. Em outras palavras, a *margem de ação epistêmica normativa* nasce quando não se consegue, em razão da complexidade dos elementos postos em ponderação, estabelecer uma norma de prevalência condicionada apta a servir de base para a decisão. Segundo ALEXY:

La pregunta sobre los contornos del margen de acción cognitivo de tipo normativo aparece cuando no se dispone de certeza acerca de los pesos de los principios que entran en colisión¹⁹⁸.

Nesses casos de dúvida sobre as *premissas normativas*, o princípio formal da competência joga papel fundamental, pois atribui a decisão ao legislador/administrador, o qual possui autorização do voto, para realizar a escolha de qualquer uma das alternativas constitucionalmente admitidas.

Forçar, em contextos complexos de ponderação, uma decisão judicial a favor ou contra um dos princípios em colisão representaria eliminar, quase que por completo, a liberdade do legislador (e administrador) no exercício de sua atividade política. É preciso reconhecer que o procedimento democrático também confere aos agentes eleitos poder para decidir quais medidas melhor atendem aos preceitos

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 84.

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 107.

estabelecidos na Constituição. ALEXY afirma essa legitimidade ainda que não se tenha certeza quanto aos efeitos de suas decisões:

Por lo tanto, la primacía absoluta del principio iusfundamental material tendría como consecuencia que el Legislador no podría perseguir sus fines, sino únicamente sobre la base de premisas empíricas cuya verdad estuviera acreditada con toda certeza. No obstante, cuando se trata de contextos complejos, casi nunca se dispone de conocimientos empíricos que ostenten esta característica. Como consecuencia, la primacía absoluta del principio iusfundamental material implicaría eliminar casi por completo la libertad de acción del Legislador en extensos ámbitos de vida política. Esto no es aceptable desde el punto de vista de una Constitución que instituye un Legislador y, aún más, que instituye un Legislador democráticamente legitimado de manera directa. Por esta razón, el Tribunal Constitucional Federal há señalado acertadamente:

‘La incertidumbre sobre los efectos de una ley en futuro incierto no puede eliminar la competencia del Legislador para proferir una ley, aun cuando ésta sea de gran transcendencia’.¹⁹⁹

Todavía, se é certo que a prevalência do *princípio material* frente ao *princípio formal* da competência legislativa/administrativa não é compatível com o princípio da separação dos poderes e o democrático, também é certo que não é possível aceitar situação extrema em prol do *princípio formal*, de forma a permitir intervenções severas em direitos fundamentais baseadas em prognósticos com elevado grau de incerteza²⁰⁰. Tal situação é incompatível com uma Constituição que protege direitos fundamentais²⁰¹. Reconhecendo isso, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, segundo relata ALEXY, decidiu que:

En sentido contrario, la falta de certeza por sí misma no puede ser suficiente para fundamentar la existencia de un margen legislativo para hacer pronósticos, margen que escape al control de constitucionalidad.²⁰²

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 90/91.

²⁰⁰ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 91.

²⁰¹ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 91.

²⁰² ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 92.

Com base em tal argumento, ALEXY formula a segunda²⁰³ lei de ponderação, que denomina de “**Lei Epistêmica de Ponderação**”, segundo a qual, quanto mais intensa a intervenção em um direito fundamental, maior deverá ser a certeza quanto aos motivos que justificam a intervenção. Nas palavras do autor:

Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención.²⁰⁴

Pela formulação acima, percebe-se que, uma intervenção grave em um princípio não passaria pela Lei Epistêmica de Ponderação se o grau de certeza ou segurança das premissas fáticas que motivam a intervenção for débil. A variação dos graus de certeza podem ser estabelecidos em justificável “4”, plausível “2”, e não evidentemente falso “1”.²⁰⁵ Por se referir a elemento de comprovação fática esta variável atinge apenas os elementos concretos da Lei do Peso, ou seja, não verifica o grau de segurança dos pesos abstratos dos princípios em colisão. Agregando-se a variável acerca da certeza ou segurança das premissas (**SPiC** e **SPjC**), a Lei do Peso passa a ser expressa da seguinte forma:

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC}}{W_{PjC}} \cdot \frac{G_{PiA}}{G_{PjA}} \cdot \frac{SPiC}{SPjC}$$

Levando em consideração tal variável, no caso da Revista Titanic, seria necessário identificar a existência de elementos de segurança quanto à premissa do grau de intervenção no direito à honra (**Pi**) provocada pelo termo “assassino nato” e quanto à premissa de restrição ao direito de liberdade de expressão (**Pj**) da Revista. Considerando-se que tanto o grau de intervenção em **Pi** quanto em **Pj** encontram-se baseados em premissas justificáveis²⁰⁶ “4”, a expressão da Lei do Peso resultaria construída da seguinte maneira:

²⁰³ A primeira lei, que chama de “Lei Material de Ponderação”, dita que: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 161).

²⁰⁴ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 93.

²⁰⁵ Conforme valoração atribuída por ALEXY. (ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Nota 101. p. 96).

²⁰⁶ Há evidências da qualificação do militar paraplégico como “assassino nato” em publicação da Revista e há evidências de que o valor da condenação prejudica a continuidade da publicação do periódico.

$$\mathbf{GPi,jC} = \frac{\mathbf{IPiC}}{\mathbf{WPjC}} \cdot \frac{\mathbf{GPiA}}{\mathbf{GPjA}} \cdot \frac{4}{4}$$

No caso de empate dos graus de segurança ou certeza das premissas fáticas (decorrente da Lei Epistêmica da Ponderação), a variável não interfere no resultado do quociente da Fórmula do Peso, que será obtido, então, a partir das demais variáveis (ligadas à Lei Material de Ponderação).

Quando o quociente (**GPI,jC**) da equação for igual a “1”, o caso é de empate, uma vez que nenhum dos princípios em colisão apresenta maior peso que o outro. Assevera ALEXY que “[...] ninguno tiene la fuerza suficiente para inclinar la balanza a su favor y así decidir el conflicto.”²⁰⁷ Nessa situação, a competência decisória dos poderes Legislativo e Executivo decorrentes dos princípios formais da separação dos poderes, democrático e da legalidade, não podem ser afastados em favor da decisão pelo Poder Judiciário. A existência de *margem de ação epistêmica normativa* concede aos poderes eleitos a possibilidade de decidir em favor de um ou de outro princípio dentre os que se encontram em conflito.

Se a insegurança quanto às premissas normativas faz nascer as margens de ação ao legislador/administrador pela incidência dos princípios formais, “debe observarse que, tan pronto desaparece la inseguridad, los principios formales también salen del juego.”²⁰⁸ Como conseqüência, abre-se a possibilidade de se reapreciar a colisão a partir dos novos elementos²⁰⁹.

As delimitações estabelecidas nesse capítulo e no antecedente servirão como instrumentos para a formulação de uma argumentação racional acerca das possibilidades de controle de direitos fundamentais prestacionais quando em conflito com outros princípios e regras contidos no texto da CRFB. No próximo capítulo, serão apresentadas algumas das principais limitações a direitos fundamentais prestacionais, especialmente as decorrentes de normas que tratam da formulação do orçamento.

²⁰⁷ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 102.

²⁰⁸ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 107.

²⁰⁹ “Este hecho excluye la posibilidad de que un Tribunal Constitucional diga en un caso ciertamente ha vulnerado un derecho fundamental, pero que debe respetarse el entendimiento jurídico del Legislador sólo como consecuencia de razones formales.” ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. p. 107).

CAPÍTULO 3

LIMITES JURÍDICOS E FÁTICOS

3.1 LIMITAÇÕES JURÍDICAS

Anteriormente, já se disse que o respeito às normas de direito fundamental configuradas sob a forma de princípios deve se dar na maior medida possível, considerados os impedimentos fáticos e jurídicos existentes. Em outras palavras, por se tratarem de normas *prima facie*, o alcance de sua incidência está limitado à necessidade de respeito a outras normas *prima facie* ou definitivas (limitações jurídicas) e à realidade fática (limitações fáticas).

O rol de limitações fáticas e jurídicas, assim como as formas de ferimento das normas de direito fundamental, são as mais diversas e contêm tantos elementos e circunstâncias diferenciadoras quanto são as possibilidades relações jurídicas e fáticas envolvidas entre estado/indivíduo/coletividade. Dessa forma, é inviável analisar exaustivamente tamanha quantidade de variações de conflitos. Isso não impede, todavia, que sejam apreciadas, no presente estudo, algumas das limitações jurídicas e fáticas que se apresentam recorrentes em casos de pretensão de direitos a prestações positivas.

3.1.1 Contraditório e ampla defesa

A atuação do Poder Judiciário no controle dos direitos fundamentais que impõe ao Estado uma obrigação de prestação positiva exige profunda fundamentação a fim de que a decisão tomada, além de obter legitimidade, não se apresente mais arbitrária do que aquela que se pretendia controlar. Tal cautela exige

o elementar respeito aos princípios da fundamentação²¹⁰, ampla defesa e contraditório²¹¹.

O primeiro passo, sem prejuízo de outros que se apresentem necessários no caso concreto, é estabelecer e caracterizar qual a omissão ou qual a conduta praticada pelo Estado estaria causando lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental. Definida a natureza da lesão (ou ameaça), deve essa ser comprovada por intermédio de recurso aos meios ordinários de prova como os documentais, testemunhais, periciais e outros que sejam aptos e admitidos constitucional e legalmente a tal finalidade.

Identificada a conduta ou a omissão, é preciso apresentar o meio ou os meios propostos para afastar a lesão, oportunidade em que se iniciará o procedimento de verificação da proporcionalidade.

Uma indagação prévia pode ser feita no que tange a essa questão: os meios a serem analisados na decisão devem ser propostos por aquele que busca a prestação jurisdicional ou podem ser escolhidos pelo julgador? Em outras palavras, se o pedido contiver apenas o requerimento para a concessão da prestação pretendida, sem a indicação de como proceder para alcançar tal finalidade, poderia o julgador, no momento da decisão, escolher um meio ainda não discutido nos autos? Por outro lado, exigindo o meio o aporte de recursos, poderia a decisão silenciar sobre qual despesa deveria ceder lugar à reconhecida na decisão?²¹²

²¹⁰ Art. 93, IX, da CRFB: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006).

²¹¹ Art. 5º, LIV, da CRFB: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Art. 5º, LV, da CRFB: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006).

²¹² VELLOSO constata que, em geral, as decisões concessivas de prestações materiais não apreciam eventual preterição de outros direitos como decorrência de seu cumprimento: “[...] as decisões judiciais que reconhecem direitos sociais prestacionais originários, como o acórdão examinado, não determinam, em regra, as despesas a serem preteridas para o seu cumprimento, relegando tacitamente tal decisão ao Administrador. Essa omissão pode ser decorrência: i) da concepção de que o direito reconhecido deve ser satisfeito mediante a preterição de quaisquer outros; ii) da concepção de que a decisão sobre a realocação dos recursos cabe, de fato, à Administração; iii)

A demonstração da violação do direito, a indicação dos meios aptos e da fonte de recursos necessários à implementação da prestação, acaso necessário e procedente a demanda, devem ser trazidas ao processo pela parte que pede o cumprimento do direito prestacional. Exigem essa conduta, tanto o procedimento de verificação da proporcionalidade, quanto o respeito ao devido processo legal e ao princípio da ampla defesa.

Os meios de satisfação e a fonte de recursos necessária ao custeio dos meios devem ser objetos de debate durante a instrução processual não podendo o julgador, no momento da decisão, surpreender as partes com a adoção de um meio que não foi objeto de debate por todos os envolvidos. É dentro desses marcos que a decisão deve transitar, isso até como forma de minimizar argumentos sobre o risco de intervenção judicial no Poder Executivo.

O objeto a ser levado a julgamento fica restrito à comparação entre o meio em uso e os meios propostos para a satisfação da pretensão prestacional, além, é claro, dos argumentos modificativos e impeditivos trazidos pela defesa e que configuram limitações jurídicas e fáticas ao direito fundamental que se pretende controlar.

O procedimento de ponderação deverá demonstrar, portanto, se a proteção do direito fundamental prestacional requerido se apresenta mais importante que o cumprimento de outro direito contemplado orçamentariamente. Uma vez que os meios e as fontes de recursos correspondentes devem ser indicados pela parte autora e fazer parte da instrução, tem-se como decorrência que a sentença, ao

da inexistência de elementos suficientes nos autos do processo judicial para serem avaliados: os efeitos econômicos da procedência da demanda e da concretização dos direitos reconhecidos pela regra resultante da lei de colisão; a suficiência de recursos orçamentários “nos termos da normatividade constitucional”; a ocorrência da “exaustão da capacidade orçamentária”; e a extensão da insuficiência de caixa, o que é necessário à análise da viabilidade, ou não, da realização das despesas necessárias à concretização dos direitos reconhecidos em desfavor da realização de outras despesas; ou iv) da complexidade dessa aferição judicial. (VELLOSO, Andrei Pittem. Racionalidade na concretização judicial de direitos sociais originários: o papel do princípio da universalidade na ponderação de princípios. **Revista de doutrina 4ª Região**. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edição009/andei_velloso.htm>. Data da publicação 19 nov. 2005.).

acolher o pedido de prestação positiva, deverá, necessariamente, indicar a fonte de recursos a ser utilizada para satisfação da prestação²¹³.

De forma ilustrativa, relata-se caso onde, em ação civil pública, pleiteava-se a prestação de serviço público, mais especificamente, a abertura de vagas de creche, em determinados bairros da cidade do Rio de Janeiro²¹⁴. Na ação, o Ministério Público daquele Estado requeria²¹⁵ (a) a nulidade de ato administrativo que obrigava a cobrança de auxílio financeiro dos pais em relação às creches existentes e, de outro lado, a condenação do Município a construir, em diversos bairros; (b) creches para crianças de 0 a 3 anos; (c) escolas para atendimento de crianças de 4 a 6 anos; e (d) bem como a ampliação de vagas a fim de atender 100% das crianças naquela determinada região.

A sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau julgou procedente em parte o pedido utilizando, basicamente, os seguintes fundamentos: (a) estava comprovada a ausência de vagas nas creches; (b) houve omissão do Município quanto à ampliação de vagas nas creches; (c) não houve comprovação de ausência de vagas para a pré-escola; (d) a ilegalidade da cobrança de valores por parte das creches existentes.

No que tange à adequação do meio proposto²¹⁶, a sentença, corretamente, afastou a pretensão em relação à construção de unidade de pré-escola, visto que não foi comprovado a existência de lesão por falta de vagas nos estabelecimentos existentes²¹⁷. Mais que isso, constatou, além da ausência de

²¹³ Neste sentido, as ponderações de VELLOSO: “[...] a concepção de que a decisão sobre realocação dos recursos cabe, de fato, à Administração não pode ser acolhida, ao menos de forma geral. A necessidade de o Poder Judiciário especificar a origem dos recursos a serem destinados à satisfação do direito à saúde decorre da necessidade da determinação dos princípios colidentes, o que é imprescindível para se realizar uma adequada ponderação jusfundamental.” (VELLOSO, Andrei Pittem. Racionalidade na concretização judicial de direitos sociais originários: o papel do princípio da universalidade na ponderação de princípios. **Revista de doutrina 4ª Região**. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edição009/andei_velloso.htm>. Data da publicação 19 nov. 2005.).

²¹⁴ No primeiro grau de jurisdição, o processo recebeu o n.º 2000.710.003773-6 e a apelação para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro o n.º. 2002.001.00191.

²¹⁵ Baseado no relatório da sentença.

²¹⁶ A sentença não se utilizou expressamente da proporcionalidade.

²¹⁷ “[...] Em relação às pré-escolas, o Ministério Público não trouxe aos autos casos concretos de falta de vagas, referindo-se à mesma apenas superficialmente os depoimentos das testemunhas. A omissão do réu nestes casos se traduz na falta de professores e de aulas, a qual não se resolve

prova de ferimento a algum direito, que o meio proposto era inadequado para sanar o real problema, a ausência de professores e de aulas.

Em relação à construção de creches, apesar de comprovada a ausência de vagas e a aptidão do meio proposto para a promoção do direito fundamental, não houve a indicação da fonte de recursos necessários à execução da prestação deferida. A sentença apenas determinou a construção das unidades em determinado prazo sem qualquer apreciação acerca da fonte de recursos necessários para a construção das creches²¹⁸. Apenas se se partisse da premissa da existência de direito fundamental absoluto e que esse direito em questão tivesse tal característica é que se poderia dispensar a demonstração de prevalência frente a outros direitos.

Assim, no exemplo, tendo em vista os critérios defendidos nesse trabalho, a demanda teria de receber julgamento de improcedência, diante da ausência de demonstração de inconstitucionalidade da situação. Isto significa dizer, como nenhum direito fundamental é absoluto, sempre há a possibilidade de o motivo da insatisfação do direito pretendido ser a ausência de recursos disponíveis (como, aliás, foi argumentado na defesa do Município do Rio de Janeiro), em razão deles já estarem vinculados a despesas voltadas à promoção de outros direitos, potencialmente, mais relevantes diante da situação concreta.

Nem poderia o julgador buscar, *ex officio*, na peça orçamentária, uma despesa a ser preterida, já que isto impediria de forma quase absoluta a possibilidade da Administração defender a necessidade de manutenção da despesa pelo argumento de prevalência frente ao direito pretendido. Deve ser lembrado, ainda, sobre a possibilidade de o cancelamento da despesa atingir direitos fundamentais de terceiros que seriam beneficiados diretamente por ela, questão que também deve ser levada em conta no procedimento de ponderação²¹⁹.

com a construção de unidades e aumento de oferta de vagas, tal como requerido na petição inicial”.

²¹⁸ A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de Recurso Extraordinário ao qual foi concedido efeito suspensivo, pelo reconhecimento de aparente violação ao disposto no art. 167 da CRFB. (STF. Segunda Turma. Pet-QO 2836/RJ. rel. Min. Carlos Velloso. Brasília/DF, 11.02.2003. DJU 14.03.2003. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006).

²¹⁹ Ao tratar sobre a proporcionalidade no direito administrativo na Alemanha, SHOLLER sustenta que “A administração pública em sendo este o caso [existência de bens coletivos e particulares de maior relevância], deverá abster-se de intervir ou contentar-se com um resultado mais modesto,

3.1.2 Princípio democrático

Sustenta-se que a escolha e a alteração da escolha do meio de satisfação de normas de direito fundamental por parte do Poder Judiciário fere o *princípio democrático*, em razão da ausência de legitimidade do órgão, por terem componentes não eleitos pelo povo²²⁰.

Preliminarmente, tem-se presente a advertência de BOBBIO de que “estado democrático” não se confunde com “estado parlamentar”²²¹. Desta assertiva, também se pode retirar uma derivante, no sentido de que, nem sempre a alteração da decisão parlamentar, e diria administrativa, implica em alteração da vontade democrática²²².

Aliás, é pertinente considerar que a legitimidade democrática das decisões do Parlamento (ou da Administração) não decorre apenas do fato de terem

notadamente quando a medida a ser tomada presumivelmente poderá vir a acarretar o sacrifício de uma grave restrição ao bem jurídico individual ou à existência do particular. No âmbito dessa ponderação de bens, **devem ser levados em conta** não apenas a natureza e a intensidade da medida restritiva, mas também eventuais **efeitos colaterais, de modo especial, que venha a atingir terceiros**, já que geralmente os efeitos das medidas da administração interventiva (Eingriffsverwaltung) não se limitam a atingir apenas a pessoa ou o grupo de pessoas a que se destinam. Esses efeitos podem vir a ser de tal forma significativos, ou mesmo virem a alcançar um tão expressivo círculo de pessoas que acabam por representar uma restrição maior ao interesse coletivo do que a ameaça que originalmente se pretendia afastar.” (SHOLLER, Heinrich. **Princípio da proporcionalidade nos direitos constitucional e administrativo da Alemanha**. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. v. 38. p. 229-246. Porto Alegre, 2000. p. 242. Destaque não constante do original).

²²⁰ APPIO descreve a controvérsia da seguinte forma: “A prerrogativa de derrogar decisões políticas do Legislativo, amparadas numa suposta vontade popular, rende ensejo a decisões contramajoritárias de juízes não-eleitos pela população. Ao considerar que uma lei é incompatível com a Constituição, qualquer juiz brasileiro pode negar a sua aplicação para o caso concreto que está sendo submetido à exame. A lei não pode ser aplicada, e os juízes estão investidos no poder de negar o exercício de decisões que refletem a vontade das maiorias. Neste sentido, menciona-se que a intervenção judicial contramajoritária representa um paradoxo da democracia, na medida em que juízes não eleitos fazem prevalecer, hoje, decisões políticas tomadas por gerações passadas.” (APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 62/63).

²²¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 56.

²²² A respeito do conflito entre democracia e direitos fundamentais, BARROSO constata que “É bem de ver, no entanto, que, a idéia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário move-se por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E muitas vezes, só resta o Judiciário para preservá-los”. BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Boletim de Direito Administrativo - Janeiro 2007. p. 20-49. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2007. p. 48

sido tomadas por esse órgão (Parlamento)²²³ ou da forma de escolha dos parlamentares (voto), pois tais argumentos vinculam-se a uma visão de *democracia formal*²²⁴ na qual o atributo democrático é adquirido por meio da observância de regras procedimentais de escolha de representantes e de posituação de normas baseadas na regra da maioria. Em vez de apenas isso, a legitimidade das decisões também decorre de uma visão de respeito à *democracia material*²²⁵ em que se exige efetiva garantia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. A propósito, BOBBIO ressalta que democracia e a regra da maioria não constituem conceitos idênticos:

[...] não obstante opinião comum de que um sistema democrático, comparado aos sistemas autocráticos seja caracterizado pela regra da maioria como se democracia e regra da maioria fosse a mesma extensão e portanto coincidentes, não é verdade que: a) apenas nos sistemas democráticos vigore a regra da maioria; b) neles as

²²³ Para um diagnóstico acerca da questão da legitimidade parlamentar, *vide*: “A Democracia” in BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. 7. tiragem, Tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 731/ss; “O déficit democrático nas sociedades pós-industriais”, in APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**. “Democracia representativa e democracia direta” in BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**.

²²⁴ FERRAJOLI apresenta o seguinte conceito de “democracia formal”: “Llamaré [...] *democracia formal* o política al ‘estado político representativo’, es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad.” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon**. p. 864). Voltada à realidade brasileira, descreve APPIO: “O critério formal de democracia se revela insuficiente para as sociedades contemporâneas, na medida em que a complexidade das decisões sobre as políticas públicas criara um ambiente exclusivo onde as relações entre governos eleitos e as empresas privadas nunca foram tão próximas. Em contrapartida, o cidadão (eleitor) nunca esteve tão longe do núcleo político das decisões, seja por conta da proposital alienação imposta pelos meios de comunicação social (empresas privadas), seja pelo discurso científico de uma tecnocracia invisível que opera no interior do Estado a partir de sua estrutura burocrática. As decisões sobre o conteúdo das políticas públicas no Brasil raramente passam por um processo de avaliação prévia da população. A necessidade de os governos eleitos criarem “fatos políticos” ante a sua crônica incapacidade de interferir na economia impõe uma indesejável velocidade ao processo de escolha das políticas públicas, as quais além de não se encontrarem vinculadas às reais expectativas da população, são geridas a partir de estudos superficiais, feitos sob encomenda para atender a um público ansioso por novidades. Não raro, as políticas públicas endereçadas a uma mesmo setor são constantemente objeto de profundas alterações, criando-se mecanismos irracionais de decisão modulados de acordo com os interesses dos atingidos” (APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**. p. 76)

²²⁵ Segundo Luigi Ferrajoli: “Llamaré *democracia sustancial* o social al ‘estado de derecho’ dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales [...]” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon**. p. 864) Para Appio: “A democracia substancial consiste no valor nuclear da Constituição brasileira de 1988, a partir da conjugação dos valores cidadania e dignidade da pessoa humana.” (APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**. p. 75).

decisões coletivas sejam tomadas apenas mediante a regra da maioria.²²⁶

Ademais, como percebe BARROSO, o *déficit* democrático do Poder Judiciário não é necessariamente maior que o do Poder Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções ocasionadas pelo uso da máquina administrativa, pelo abuso do poder econômico e manipulação dos meios de comunicação²²⁷.

Neste quadro, o princípio democrático não serve como fundamento único para uma pretensão de absoluta imunidade das decisões dos poderes Executivo e Legislativo quanto à implementação e execução de direitos que exigem, por parte do Estado, o oferecimento de alguma prestação material. A insurgência parece partir de uma premissa equivocada, qual seja, a de que todas ou que quase todas as decisões atinentes a prestações positivas derivam ou estão dentro de um “poder de discricionariedade” do Estado para gerir os investimentos dos recursos públicos e que esta discricionariedade decorreria exclusiva e diretamente do procedimento de escolha dos representantes dos cidadãos.

Se o que se disse nos capítulos anteriores for correto, não haveria impedimento ao estabelecimento de uma discussão no âmbito do Poder Judiciário sobre o respeito às disposições constitucionais vinculadoras de normas de direitos fundamentais prestacionais. Está dentro das atribuições do Poder Judiciário controlar a efetivação e as restrições aos direitos fundamentais, normas de aplicação imediata e que devem, quando sob a forma de princípios, serem cumpridas na maior medida possível, observadas as limitações fáticas e jurídicas.

Viu-se que, no procedimento de verificação da proporcionalidade de determinada medida (ou decisão administrativa), somente estaria afastada a intervenção judicial quando identificado **empate** entre a necessidade de implementação de um direito e de não afetação a outro²²⁸. Nessa faixa, é que se pode argumentar sobre a vedação de intervenção judicial. Aqui a decisão deve

²²⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. 7. tiragem, Tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 429.

²²⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. p. 48.

²²⁸ Item 2.2.1.3

caber aos representantes eleitos porque o voto lhes concede a legitimidade para realizar o juízo de prognose.

Nessa linha, se, de um lado a regra da maioria não dá legitimidade aos agentes eleitos para decidirem em desfavor do texto constitucional²²⁹, de outro, falta legitimidade constitucional ao Poder Judiciário para realizar escolhas quando as alternativas postas são igualmente acolhidas ou não vedadas pela Constituição.

Como se percebe, a aplicação da Teoria dos Direitos Fundamentais não afasta os limites de atuação do Poder Judiciário por *déficit* democrático, apenas fornece elementos racionais procedimentais para que eles sejam restabelecidos de forma clara.

3.1.3 Separação dos poderes

Sobre a cláusula da separação dos poderes, MONTESQUIEU dizia que:

Quando em uma só pessoa ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.²³⁰

²²⁹ “Se se imaginar que os congressistas devem ser os juízes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem será obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em qualquer dispositivo da Constituição. Por outro lado, não é de se admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepor a própria vontade à de seus constituintes.” (HAMILTON, Alexander. *et alii*. **O federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003. p.472/473).

²³⁰ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 166.

Dessa passagem, retira-se que a preocupação da cláusula da separação dos poderes liga-se mais ao fundamento de controle e de limitação do poder do que ao fundamento de concessão de um espaço de ação imune a controle e limitação.

O certo é que os Poderes constituídos não escapam do controle direto determinado pelo poder constituinte originário sobre as obrigações, limites e vedações de condutas no exercício de suas respectivas funções²³¹. Por caber ao Poder Judiciário, por expressa previsão constitucional, conhecer de lesão ou ameaça de lesão a direitos, não há como afastar de sua apreciação a alegação de ofensa a direitos fundamentais²³².

²³¹ ALEXANDER HAMILTON no *Federalista* sustentava que “Uma Constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve considerada pelos juízes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intensão do povo sobre a de seus agentes. Todavia, **esta conclusão não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Somente supõe que o poder do povo é superior a ambos**; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não aquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas ordinárias.” (HAMILTON, Alexander. *et alii. O federalista*. p.472/473. O destaque não consta do original).

²³² ANDREAS JOACHIM KRELL sustenta que: [...] A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ [...]. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

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. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes [...].” (KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 22)

Neste sentido, APPIO afirma que “É da própria natureza do Poder Judiciário interferir sobre o exercício das atividades dos demais Poderes, na medida que é o Poder constitucionalmente responsável com a Constituição Federal”²³³.

A propósito, está assentado pelo Supremo Tribunal Federal que, no exercício de sua atividade, o Poder Judiciário não transgride o princípio da separação dos poderes:

[...] A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes.

[...] Por outro lado, não há, também, violação ao disposto no art. 2º da Constituição, pois, quando se trata de ação popular contra a prática de atos administrativos que se reputam contrários à Carta Magna ou em fraude à ela, como ocorre no caso, não há que se pretender que o judiciário, chamado à julgá-la, se esteja imiscuindo, indevidamente, em assuntos que envolvem juízo de mérito ou políticos que são privativos, no caso, do Poder Legislativo com ofensa ao referido dispositivo constitucional. **Julgar, em face de qualquer dos Poderes, atos que se apontam como, direta ou indiretamente, sendo constitucionalmente ilegítimos é matéria que se situa no âmbito de atuação específica do Poder Judiciário.**²³⁴

²³³ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 150.

²³⁴ BRASIL. STF. Primeira Turma. RE 230.267-9/MG. Rel. Min. Moreira Alves, Brasília/DF. DJU 15/12/2000.

Argumenta-se que somente ao Poder Legislativo e ao Executivo compete escolher o momento e os meios de implementação dos direitos fundamentais a prestações e que a intervenção do Poder Judiciário nessa tarefa configuraria ferimento ao princípio da separação dos poderes²³⁵.

O mencionado conflito pode ser reduzido se se partir do pressuposto de que a Constituição não concede liberdade plena ao legislador e ao administrador para escolherem os meios a serem manejados para promover os fins nela estabelecidos, muito menos confere ao legislador e ao administrador liberdade para decidirem não buscar sua promoção.

Em algumas passagens, o próprio texto constitucional estabelece, de forma mais ou menos ampla, os meios a serem manejados pelo Estado para a consecução das normas de direito fundamental, retirando totalmente qualquer margem de liberdade dos poderes derivados.

Assim, no que tange ao direito à educação, por exemplo, a CRFB estabelece no art. 208 os contornos dos meios a serem adotados para a promoção do direito à educação. Segundo o dispositivo (inciso I), em relação ao ensino fundamental, somente é adequado meio que seja gratuito, sendo inadequado outro que seja custeado pelos destinatários. Entre um meio que promove a universalização do ensino médio gratuito (inciso II) e outro que promove a redução do ensino médio gratuito, deve-se optar pelo primeiro. Em relação aos portadores de deficiência (inciso III), a CRFB determina que entre um meio que propicia ensino em redes especiais de ensino e um que propicia ensino na rede regular, deve-se optar pela segunda alternativa.

Da mesma forma, a CRFB, ao estabelecer no art. 212 um percentual mínimo de recursos a serem aplicados na educação, restringe a “discricionariedade” dos poderes na escolha do meio para a promoção da educação no que tange a esse aspecto, ou seja, não poderá adotar meio que represente despesa inferior aos percentuais mínimos fixados.

²³⁵ “A intervenção do Poder Judiciário não pode ser conceituada como uma invasão da atividade legislativa ou administrativa, nos casos em que não exista a reserva absoluta da lei ou ainda quando a Constituição não houver reservado ao administrador (Executivo) a margem de discricionariedade necessária ao exercício de sua função.” (APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. p. 150).

Na mesma perspectiva, pode ser mencionado o art. 37 da CRFB, ao estabelecer a necessidade de respeito à “eficiência”, afasta a possibilidade de escolha do meio que não seja eficiente. Apresenta-se, pois, obrigatória a adoção de um meio eficiente para a promoção dos fins pretendidos. Com base nesse princípio e em sua característica de mandado de otimização, é possível afirmar que o meio a ser escolhido não basta ser adequado, mas deve ser o mais adequado possível.

A escolha de meios inaptos ou insuficientes ao atingimento dos fins pretendidos, por isso, em confronto com a Constituição, autoriza e determina que o Poder Judiciário intervenha a fim de restaurar o respeito aos preceitos Constitucionais, inclusive aqueles que trazem obrigações prestacionais para o Estado²³⁶, uma vez que as normas que concedem direitos a ações positivas também fazem parte da Constituição, e também devem ser protegidas pelo Judiciário.

²³⁶ Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 45/DF, discutia-se sobre a constitucionalidade de veto do Presidente da República a norma do § 2º do art. 55 da Lei n.º 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. Argumentava-se que o veto presidencial importou em desrespeito ao preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. A ação foi julgada prejudicada pela superveniência de outra lei que restaurou a quantidade de recursos mínimos estabelecida no dispositivo vetado. Apesar do reconhecimento desta prejudicial, o Ministro Celso de Mello fez constar em decisão monocrática sua posição a respeito da intervenção do Judiciário nas políticas públicas previstas na Constituição. Do conteúdo da fundamentação da decisão extrai-se: “[...] **É certo que não se inclui**, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), **pois**, nesse domínio, o encargo reside, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, **embora em bases excepcionais**, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, **se e quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **ainda** que derivados de cláusulas **revestidas** de conteúdo programático.

Cabe assinalar, **presente** esse contexto – **consoante já proclamou** esta Suprema Corte – **que o caráter programático** das regras inscritas no texto da Carta Política **“não pode converter-se** em promessa constitucional incoseqüente, **sob pena** de o Poder Público, **fraudando** justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, **de maneira ilegítima**, o cumprimento de **seu** impostergável dever, por um gesto **irresponsável** de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...]”. (STF. RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).” (STF. Medida Cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF-MC 45/DF. Brasília/DF. Rel. Ministro. CELSO DE MELLO. DJ 05.05.2004).

Em outra decisão o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu que a omissão/inércia total ou parcial do Estado em adotar conduta tendente à efetivação de direitos fundamentais também configura forma de desrespeito ao texto constitucional: “[...] O desrespeito à Constituição **tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um **comportamento ativo** do Poder Público, que **age** ou **edita** normas em **desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, assim, os

Não há mais como levantar a discricionariedade como um direito próprio do exercício da atividade legislativa e administrativa, reflexo do princípio da separação dos poderes ou como se ela fosse a regra e a vinculação fosse a exceção²³⁷. Ao contrário, a discricionariedade nasce dos espaços de constitucionalidade, que ocorrem quando, apresentados os vários meios para a consecução de determinado fim constitucionalmente determinado, não se consegue identificar qual deles mais atende aos preceitos constitucionais. Ou seja, quando não se consegue apresentar uma argumentação jusfundamentalmente correta em prol apenas de uma ou outra opção²³⁸.

Em sentido próximo, pois não parte de colisões entre princípios constitucionais, mas de apreciação acerca do atendimento da finalidade da lei

preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um **facere** (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade **por ação**.

- **Se** o Estado **deixar de adotar** as medidas **necessárias** à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, **abstendo-se**, em conseqüência, **de cumprir** o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em **violação negativa** do texto constitucional. Desse **non facere** ou **non praestare**, resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**, quando é **nenhuma** a providência adotada, ou **parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público. [...]

- A **omissão** do Estado - **que deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, a **imposição** ditada pelo texto constitucional - **qualifica-se** como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, **mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também** ofende direitos que nela se fundam e **também impede**, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." Os destaques são do original. (STF. Tribunal Pleno. **RTJ 185/794-796**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

²³⁷ MORAES sustenta a necessidade de abandono da antiga concepção de discricionariedade baseada na lei e a adoção de uma nova noção baseada nos princípios: "Urge abandonar a antiga concepção de discricionariedade, plasmada sob a égide do 'direito por regras', em função do princípio de legalidade administrativa, e redefini-la, de acordo com os postulados do constitucionalismo da fase pós-positivista, a partir da nova noção do princípio da juridicidade e à luz da compreensão filosófica contemporânea do 'direito por princípios'." (MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 43)

²³⁸ Germana de Oliveira Moraes ao tratar do controle jurisdicional de discricionariedade administrativa sustenta que "[...] São passíveis de invalidação os atos discricionários, quando editados sem levar em consideração as circunstâncias fáticas condicionantes de sua prática ou com desrespeito às limitações jurídicas ao exercício da discricionariedade, designadamente aos parâmetros traçados pelos princípios jurídicos. [...]" (p. 165). Mais adiante menciona que "[...] Há *redução da discricionariedade a zero*, quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade de escolha entre diversas opções a ponto de subsistir apenas uma solução juridicamente possível. [...] Nessas hipóteses de redução a uma solução unívoca entre as opções jurídicas, expressivo seguimento doutrinário vem entendendo que, em rigor não há substituição da decisão discricionária, quando há a *redução da discricionariedade a zero*, ou seja, nessas situações concretas, a decisão não se reveste de caráter verdadeiramente discricionário, porque sendo condicionada pelas circunstâncias de fato e de direito, não remanesce para o administrador, *in actu*, qualquer possibilidade de escolha – nota essencial da discricionariedade.[...]" (p.170). (MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. p. 165 e 170).

BANDEIRA DE MELLO sustenta que há discricionariedade apenas quando “não se pode saber qual é a solução ótima”, tomadas em consideração as circunstâncias do caso concreto²³⁹.

Nessa estreita faixa, é que a decisão não está sujeita ao controle judicial. O manejo do preceito da *proporcionalidade* e a identificação das *margens de ação* servirão como instrumentos para argumentação sobre a intervenção ou a abstenção de controle por parte do Poder Judiciário.

Adequada a ponderação de APPIO, segundo a qual “O princípio da separação dos Poderes não se encontra superado na conformação das ações do Estado, mas apenas relocadas as responsabilidades políticas de cada um dos Poderes”²⁴⁰.

Em reforço, AFONSO DA SILVA, após mencionar a “conformidade funcional” como um argumento contrário ao “ativismo judicial”, apresenta

²³⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiro, 1993, p. 42.

De forma semelhante, Luiz Henrique Cademartori, sob um enfoque da Teoria Garantista concebe a discricionariedade sob dois níveis: um “abstrato” e outro de “aplicação concreta”. Sustenta ele que no campo concreto a decisão estaria sujeita a ampla discussão judicial se alegado o ferimento a algum direito: “Num primeiro nível, considera-se a discricionariedade em abstrato, na qual não pode deixar de ser plenamente aceita no ordenamento. Isto porque, dentro do sistema normativo, a lei em tese faculta muitas vezes ao agente público a adoção de medidas em uma ou outra direção, ou de uma ou de outra forma, transferindo-lhe a competência para interpretar o sentido que ordena a adoção da providência administrativa mais adequada ao interesse social conforme a situação apresentada. Justifica-se tal âmbito da discricionariedade, em função de que se encontra superado o antigo modelo burocrático-administrativo descrito por Weber, no qual o agente público era concebido como simples autômato, executor de regulamentos detalhistas e precisos, caracterizando a função administrativa como simples execução direta da lei. [...]”

Agora, considerando um segundo nível da discricionariedade, ou seja, no seu campo de aplicação concreta, entende-se que, implementada a medida, caso seu destinatário alegue lesão a direitos, o ato administrativo será levado à via judicial devendo ser aqui amplamente analisado pelo julgador. “Portanto, o juiz não somente pode como deve apreciar – não se confunda com substituição de decisões – na sua inteireza, quaisquer atos oriundos do Poder Público, tendo como parâmetros as garantias constitucionais e os direitos fundamentais, cuja diretriz política estará referida à primazia do administrador frente à Administração. Para efetuar tal controle deverá o órgão judiciário considerar os pressupostos de validade do ato em questão (motivo, finalidade, causa), verificando se foi observada uma relação de adequação axiológico-constitucional, do ato administrativo, com a aquilo que, no caso concreto possa ser o razoável, proporcional, moral, de interesse do cidadão e demais exigências principiológicas. Portanto, sob o parâmetro garantista de validade, deverão ser observados todos os aspectos substanciais das medidas do Poder Público, discricionárias ou não, em consonância com os direitos fundamentais do ponto de vista axiológico.” (CADEMARTORI. Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2001, 195 p.).

²⁴⁰ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. p 148

contundente crítica à jurisprudência do STF, que se mantém fiel a uma visão clássica a respeito do princípio da separação dos Poderes:

No Brasil, ainda que não explicitamente, o STF segue à risca essa idéia de conformidade funcional, que, aliada a uma interpretação anacrônica e estanque da separação de poderes, serve perfeitamente para justificar a omissão do Tribunal em casos de grande relevância política [...].

O conceito de conformidade funcional e a idéia de contraposição entre legislação negativa e positiva talvez fariam algum sentido se a Constituição Brasileira tivesse consagrado apenas os chamados direitos fundamentais *clássicos*, também chamados de “direitos negativos”, como faz a Constituição Alemã. Como este não é o caso, fica difícil justificar o papel do STF como mero limite negativo à atividade legislativa. Se a Constituição impõe prestações *positivas* ao legislador e se o STF é o guardião da Constituição por excelência, como justificar a omissão do segundo diante da inércia do primeiro? Somente com o apego a uma concepção estanque de separação de poderes, que remonta à época da Revolução Francesa, mas que não faz mais nenhum sentido há muito tempo. A idéia de conformidade funcional, nesse contexto, parece mais a consolidar essa visão anacrônica de separação de poderes – e não somente entre judiciário e legislativo, mas entre todos os poderes – que ser um instrumento “moderno” de interpretação constitucional.²⁴¹

Muito embora a crítica apresentada encontre respaldo na quase totalidade das manifestações do Tribunal, por outro lado, é possível perceber sinais de arrefecimento da posição atual. Além das decisões já mencionadas nesse estudo, merece referência, recente manifestação do Ministro Marco Aurélio, em decisão monocrática, destaca que não há ofensa ao princípio da separação dos Poderes, quando o Poder Judiciário aprecia alegação de lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais:

[...] O instrumental previsto na Lei Maior, em decorrência de reclamações, consideradas as Constituições anteriores, nas quais direitos dependentes de regulamentação não eram passíveis de ser acionados, tem natureza mandamental e não simplesmente declaratória, no sentido da inércia legislativa. Revela-se próprio, ao

²⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. p. 115-143. In: _____. (organizador). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. 392 p.

processo subjetivo e não ao objetivo, descabendo confundi-lo com ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cujo rol de legitimados é estrito e está na Carta da República. **Aliás, há de se conjugar o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal com o § 1º do citado artigo, a dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição têm aplicação imediata.** Iniludivelmente, buscou-se, com a inserção do mandado de injunção no cenário jurídico-constitucional, tornar concreta, tornar viva a Lei Maior, presentes direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. **Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo.** Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. **Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania.** O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo.

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão da omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania. **Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador.** Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos tribunais do trabalho, no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que, consoante prevê o § 2º do artigo 114 da Constituição Federal, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho. Está-se diante de situação concreta em que o Diploma Maior recepciona, mesmo assim de forma mitigada, em se tratando apenas

do caso vertente, a separação dos Poderes que nos vem de Montesquieu. Tenha-se presente a frustração gerada pelo alcance emprestado pelo Supremo ao mandado de injunção. Embora sejam tantos os preceitos da Constituição de 1988, apesar de passados dezesseis anos, ainda na dependência de regulamentação, mesmo assim não se chegou à casa do milhar na impetração dos mandados de injunção.²⁴²

3.1.4 Princípio da legalidade

O texto do princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CRFB, estabelece:

Art. 5º. [...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Esse conceito, forjado nos ideais liberais, por muito tempo representou a única fonte de legitimidade para fundamentação das decisões proferidas pelo Judiciário. A superação do Estado Liberal pelo Estado Constitucional e a admissão dos princípios como porta de acesso aos valores, retirou da lei a titularidade de fonte única do direito²⁴³. Os princípios constitucionais passaram, especialmente a partir da segunda metade do século XX, a exercer o papel de fonte direta e imediata de

²⁴² STF. Mandado de Injunção 721/DF. rel. Min. Marco Aurélio. Informativo n.º 450 de 27 de novembro a 1º de dezembro de 2006. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos>>. Acesso em 01.12.2006. (Os negritos não constam do original).

²⁴³ A respeito, transcreve-se posição defendida por Carlos Ari Sundfeld: “[...] o que caracteriza o direito administrativo é a submissão da Administração ao direito, não necessariamente à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo nacional. [...] Mais importante do que a hierarquização entre lei de Administração é, no modelo do direito administrativo, o dogma de que o ato administrativo é a aplicação de uma regra racional e não de um ato arbitrário, caprichoso. Para esse efeito, sequer importa que, de fato, a lei seja um tanto arbitrária; o dogma da razão (isto é, da não-arbitrariedade) terá de, necessariamente, informar sua incidência, corrigindo-lhe as impurezas.” (*apud* BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direitos administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 159). WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO constata que “A marca distintiva do pensamento jurídico contemporâneo, que se faz notar em autores como *Josef Esser*, *Ronald Dworkin*, antes do já referido *Robert Alexy*, repousa precisamente na ênfase dada ao emprego de princípios jurídicos, positivados no ordenamento jurídico, que explicitamente – em geral, na constituição -, quer através de normas onde se manifestam de forma implícita – como aquela do princípio protetor -, quando do tratamento dos problemas jurídicos. Com isso, dá-se por superado o legalismo do positivismo normativista, para o qual as normas do direito positivo se rediziriam ao que hoje se chama “regras” (rules, Regeln) na teoria jurídica anglo-saxônica e germânica, isto é, normas que permitem realizar uma subsunção dos fatos por ela regulados (Sachverhalte), atribuindo a sanção cabível. (FILHO, Willis Santiago Guerra. O princípio constitucional da proporcionalidade. Revista do TRT da 15ª Região, 20: 85-89. JULHO/SETEMBRO 2002).

direitos²⁴⁴. No Brasil, a “constitucionalização do direito”, na expressão de BARROSO, constituiu-se em processo mais recente do que o verificado em países da Europa continental como Alemanha e Itália e deu-se de forma decisiva a partir da Constituição de 1988²⁴⁵, que passa a ser o centro jurídico, deslocando a lei, em especial do Código Civil, para um papel de subordinação e de conformação com as disposições constitucionais²⁴⁶.

Estabelecida a superação da legalidade e o reconhecimento da força vinculante dos princípios constitucionais, não é mais possível ao Poder Judiciário a solução de conflitos que envolvam a Administração apenas com o manejo de argumentos baseados na legalidade estrita. “O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem”²⁴⁷. Devem ser considerados os princípios constitucionais materiais, ainda quando não providos de posterior lei regulamentadora, visto que a omissão em regulamentar - expressão de vontade do Poder Derivado - não pode resultar na obstrução/supressão da vontade do Poder Originário.²⁴⁸

É preciso afastar o pensamento difundido de que os princípios seriam apenas razões para formação das regras e que as regras seriam razões para formação dos juízos concretos com base na subsunção. ALEXY sustenta que essa

²⁴⁴ Para uma exposição mais detalhada, vide MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública.**, especialmente “Capítulo I – A compreensão Contemporânea do Direitos por Princípios”, “Capítulo II – A Redefinição da Legalidade Administrativa” e “Capítulo III – A substituição da Idéia Nuclear de Legalidade Administrativa pelo Princípio da Juridicidade da Administração Pública”.

²⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.** p. 21.

²⁴⁶ Segundo BARROSO “Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragen constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo que realize os valores nela consagrados.” (BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.** p. 34).

²⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.** p. 41

²⁴⁸ BARROSO partindo de sua classificação dos princípios constitucionais sustenta a possibilidade de aplicabilidade direta das normas constitucionais: “[...] As disposições constitucionais, já se demonstrou, são normas jurídicas dotadas de força normativa e aptas, em muitos casos a produzir efeitos concretos independentemente de regramento ulterior. Conquanto isso pareça uma obviedade, tem sido elas tão longamente negligenciadas que diversas Constituições modernas se viram na contingência de declarar expressamente a aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais. (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** p. 143ss).

divisão de funções, aparentemente correta, não está completamente certa. Segundo ele, “[...] También las reglas pueden ser razones para reglas y los principios pueden ser razones para juicios concretos de deber ser.[...]”²⁴⁹

É certo que as *regras*, por estabelecerem normas definitivas, podem servir de razão direta para juízos concretos. De outro lado, os *princípios*, que sempre veiculam direitos *prima facie*, depois de transcrito o percurso do procedimento de ponderação, com a obtenção de relação de precedência (lei de colisão), fornecem a *regra* necessária para a formulação de juízos concretos, conforme se viu no item 1.1.1.3.:

Las decisiones sobre derechos presuponen la determinación de derechos definitivos. La vía desde el principio, es decir, del derecho *prima facie*, al derecho definitivo, transcurre, pues, a través de la determinación de una relación de preferencia. Pero, la determinación de una relación de preferencia es, de acuerdo con la ley de colisión, el establecimiento de una regla. Por ello, puede decirse que siempre que un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser.²⁵⁰

Não há motivo para negar aos *princípios* força para embasar um juízo de subsunção de um caso concreto, ainda que frente à exigência de intermediação legislativa²⁵¹. É que a lei a ser elaborada nunca poderá ser de tal forma que suprima o princípio de direito fundamental, ainda, que venha a estabelecer condições para acesso a ele²⁵². Dessa forma, a ausência de lei regulamentadora não pode ser pior

²⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 102.

²⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 103.

²⁵¹ "O processo de constitucionalização do direito imprime alterações no que tange à sindicabilidade do mérito dos atos administrativos. Se antes o controle se limitava aos aspectos de legalidade de tais atos, hoje "Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do Juiz)." (BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. p. 42).

²⁵² O estabelecimento de condições de acesso ao indicarem requisitos e hipóteses de incidência representam formas de limitação ao direito fundamental e como tal também estão sujeitas a controle de constitucionalidade, especialmente quanto à proporcionalidade da restrição que elas impõem à norma de direito fundamental. Segundo BOROWSKI, os direitos garantidos mediante princípios podem ser restringidos por outros princípios ou por regras. A restrição consiste em que o direito que era ordenado *prima facie* pelo princípio não vale definitivamente. Quando a restrição

que a própria lei. Deve-se, é claro, como apresentado no capítulo anterior, ser procedida a ponderação entre os interesses em jogo, visto que, mesmo as normas de direitos fundamentais (princípios materiais), não apresentam, frente ao princípio da legalidade (princípio formal), uma relação de precedência absoluta. Assim, dadas as circunstâncias do caso concreto, a manutenção do princípio formal pode ser mais importante que a realização do princípio material.

Em suma, o que se pretendeu nesse tópico é demonstrar que o entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência que reconhece uma precedência incondicionada do princípio (formal) da legalidade deve ser substituído pelo entendimento de que, entre princípios formais e materiais, há uma relação de precedência condicionada às circunstâncias concretas, de forma que, somente por meio da ponderação, poder-se-á estabelecer a norma a ser aplicada.

3.1.5 Orçamento

A CRFB estabelece objetivos a serem atingidos pelo Estado brasileiro, dentre eles: a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação²⁵³. Também estabelece um rol de direitos fundamentais qualificados pela própria CRFB como de aplicabilidade imediata, cuja obrigação de máxima promoção cabe a cada um dos órgãos, na medida de suas competências, que compõem o Estado. Nesse sentido, o produto da ação administrativa e legislativa deve ter como meta o alcance desses e de outros fins estabelecidos expressamente no texto da CRFB e dos estabelecidos a partir das *margens de ação para eleição de fins*²⁵⁴ dos Poderes Legislativo e Executivo.

é feita por outras normas previstas na Constituição, a ponderação deve ocorrer entre elas, mas quando a restrição é feita por regras infraconstitucionais, a ponderação deve ocorrer entre o princípio restringido e o princípio que sustenta a regra restritora. (BOROWSKI, Martin. **La restricción de los derechos fundamentales**. p. 41).

²⁵³ Art. 3º da CRFB. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006).

²⁵⁴ A respeito, item 2.2.1.1

Os objetivos a serem alcançados, estabelecidos no texto constitucional, não são e nem podem ser objetos de disposição ou suspensão pelos poderes derivados. O que se abre aos poderes é a eleição do caminho a ser percorrido para a satisfação das metas constitucionais, ou seja, os meios que se lançarão mão para que sejam alcançadas as finalidade estabelecidas ou permitidas pela Constituição.

A escassez de recursos financeiros, materiais e humanos coloca sob a responsabilidade do administrador e do legislador a grande dificuldade de escolha da ação a ser privilegiada pelos recursos existentes e essa escolha não pode ser arbitrária, seja quanto aos fins, seja quanto aos meios. Os fins a serem alcançados devem ser aqueles eleitos expressamente no texto constitucional e aqueles estabelecidos a partir das margens de eleição de fins dos Poderes Executivo e Legislativo, desde que compatíveis com a CRFB. Os meios propostos e adotados devem ser os mais aptos possíveis para a promoção dos fins estabelecidos e, ao mesmo tempo, os menos agressivos a outros direitos.

O *orçamento* aparece, nessa relação, não como um fim em si mesmo, mas como um instituto derivado da CRFB, cuja função é ordenar a aplicação dos recursos financeiros recolhidos pelo Estado em obras e serviços tendentes à promoção das metas estabelecidas na Constituição e as que foram estabelecidas a partir dela. Como instituto derivado da CRFB, a lei orçamentária somente pode ser considerada válida se estiver com ela de acordo, tanto formal quanto materialmente²⁵⁵. Pensamento diverso leva à conclusão que a lei que estabelece o

²⁵⁵ “También los derechos fundamentales sociales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto solo no justifica inferir la no existencia de estos derechos. La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto. Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal, en su decisión sobre el dinero para la vivienda de quienes reciben asistencia social aumentó, con consecuencias financieras, el círculo de quienes tenían derecho a esta prestación, a fin de eliminar una desigualdad de tratamiento y, en una decisión sobre la duración de la prisión preventiva, obligó al Estado a facilitar los medios necesarios para evitar una prisión preventiva desproporcionalmente larga. Todos los derechos fundamentales limitan la competencia del legislador; a menudo lo hacen de una forma incómoda para éste y, a veces, afectan también su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 495).

orçamento estaria imune aos preceitos constitucionais, estabelecendo, por consequência, texto legal com força idêntica ou até superior à CRFB²⁵⁶.

Muito embora, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.925-8/DF²⁵⁷, o Supremo Tribunal Federal tenha mantido a distinção entre lei de efeitos concretos e lei de efeitos abstratos²⁵⁸, reconheceu a possibilidade de controle da lei orçamentária. Essa apreciação, todavia, deve acontecer de forma extraordinária e em casos específicos, acompanhados de forte fundamentação sobre a existência de inconstitucionalidade, sempre levando em consideração as limitações fáticas e

²⁵⁶ Não foi outra a posição do STF quando do julgamento da Adin 2925-8/DF proposta contra dispositivos da Lei n.º 10.640, de 14 de janeiro de 2003 - Lei Orçamentária do ano de 2003. Em seu voto a relatora, Ministra Ellen Gracie, sustentou o não conhecimento da ação por impossibilidade de controle abstrato em norma genérica. O Ministro Marco Aurélio, ao iniciar a divergência argumentou acerca da necessidade e da possibilidade de controle judicial de leis orçamentárias, quando em confronto com a Constituição: “[...] Busca-se, justamente, a guarda da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, no que a lei orçamentária estaria a conflitar, de modo frontal, com texto nela contido, mais precisamente com o disposto no artigo 177, § 4º. Se entendermos caber a generalização, afastando por completo a possibilidade do controle concentrado, desde que o ato impugnado seja lei orçamentária, terminaremos por colocar a lei orçamentária acima da Carta da República. Por isso, a meu ver, há que se distinguir caso a caso [...]” Na seqüência, o Ministro Gilmar Mendes sustentou a oportunidade de o STF rediscutir o tema indicando uma posição mais aberta ao conhecimento destas ações: “Sr. Presidente, em trabalhos doutrinários, tenho manifestado reservas em relação a essa jurisprudência, genericamente quanto a esse caráter do ato de efeito concreto, especialmente em relação às leis, porque sabemos, inclusive, a partir das próprias reflexões em termos de teoria geral, que podemos produzir leis aparentemente genéricas destinadas a aplicação a um único caso. Creio haver hipótese na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. E a doutrina, hoje, é rica nessa discussão sobre as chamadas leis casuísticas. De modo que poderemos chegar a distorções significativas, a partir dessa perspectiva. Em se tratando de lei orçamentária, com maior razão, porque, se atentarmos para aquilo que está no texto, veremos que ele não guarda qualquer relação - como já destacado pelo Ministro Marco Aurélio - com as normas típicas de caráter orçamentário. Ao contrário, está dotado de generalidade e abstração, é claro que gravada pela temporalidade, como não poderia deixar de ser em matéria de lei orçamentária. Penso que é uma oportunidade para o Tribunal, talvez, rediscutir esse tema [...]”. Para o Ministro Carlos Ayres Britto a lei orçamentária não estaria imune ao controle abstrato: “[...] Senhor Presidente, ainda a título de comentário prévio, para confirmar as preocupações dos eminentes Ministros que me antecederam, a lei orçamentária é para a Administração Pública, logo abaixo da Constituição, a lei mais importante, até porque o descumprimento dela implica crime de responsabilidade. Está no art. 85, inciso VI. Imunizar a lei orçamentária contra o controle abstrato, acho um pouco temerário, também, ou seja, vamos blindar a lei orçamentária contra o controle objetivo de constitucionalidade [...]” Os Ministros Cesar Peluzo, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Mauricio Correa, Celso de Mello e Joaquim Barbosa também votaram pelo conhecimento da demanda, acompanhando a divergência. (BRASIL. STF. Adin 2925-8/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília/DF. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006).

²⁵⁷ BRASIL. STF. Adin 2925-8/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília/DF. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

²⁵⁸ Convém referir que o Ministro Gilmar Mendes levantou ponderação acerca da desnecessidade da distinção para fins de controle de constitucionalidade: “[...]Na verdade, o conceito de controle abstrato - pelo menos o desenvolvido no Direito europeu -, que contrapõe-se ao chamado controle concreto, diz respeito simplesmente à se postulação de proteção a uma posição jurídico-positiva. Tão-somente isso! Não está associado sequer a esse caráter genérico e abstrato.[...]”

jurídicas à aplicação da norma²⁵⁹. Com propriedade, adverte VELLOSO que tal procedimento de controle deve ser balizado em informações completas a fim de serem identificados da forma mais precisa possível os limites jurídicos e fáticos para o deferimento de medida interventiva nas leis que tratam do orçamento:

A concretização dos direitos sociais prestacionais não pode ser realizada pelo Poder Judiciário “às cegas”, desconsiderando absolutamente as regras e princípios orçamentários e, ainda, as disponibilidades fáticas do cumprimento de suas decisões. Essa apreciação, no entanto, não é uma tarefa simples, porquanto carece da análise de inúmeros fatores²⁶⁰.

Ainda que não seja uma tarefa simples, não é impossível e, se é certo que as normas constitucionais sobre orçamento servem como limite aos direitos fundamentais prestacionais diante de determinadas circunstâncias do caso concreto, também é certo que, em circunstâncias diversas, tais normas cedem frente a direitos fundamentais. ALEXY enfatiza o caráter relativo da competência legislativa orçamentária:

La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto. Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financeira²⁶¹.

Em tema de orçamento, as primeiras limitações, de natureza jurídica, a que **também** está vinculado o Poder Judiciário na apreciação de pedidos de concessão de direitos fundamentais prestacionais são as impostas no próprio texto constitucional à formulação e alteração do orçamento.

²⁵⁹ Para Eduardo Appio o Poder Judiciário não poderia estabelecer política pública para toda a população uma vez que “[...] não teria condições de indicar as fontes dos recursos, além de invadir uma competência privativa do Poder Legislativo, qual seja a de apreciar a lei orçamentária anual [...]”. Sustenta que o reconhecimento da possibilidade de o Poder Judiciário alterar e redestinar verbas previstas em orçamento para outras finalidades por ele entendida como mais prioritárias importaria em concentrar em suas mãos as atividades legislativa, executiva e judicial, “convertendo-o num superpoder. [...]” (APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. p. 156).

²⁶⁰ VELLOSO, Andrei Pittem. Racionalidade na concretização judicial de direitos sociais originários: o papel do princípio da universalidade na ponderação de princípios. **Revista de doutrina 4ª Região**. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edição009/andei_velloso.htm>. Data da publicação 19 nov. 2005.

²⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 495

O capítulo que trata do orçamento da União Federal é composto pelos artigos 165 a 169 da CRFB. Neles, encontram-se diversas normas que estabelecem princípios e regras a serem seguidos na formulação do orçamento.

O artigo 165 estabelece a iniciativa do Poder Executivo para apresentação das Leis Orçamentárias, quais sejam, o “Plano Plurianual”, a lei de “Diretrizes Orçamentárias” e as leis dos “Orçamentos Anuais”. O próprio dispositivo constitucional estabelece a forma de positivação de tais normas. Segundo o § 1º, a lei que instituir o Plano Plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital²⁶² e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. A lei de Diretrizes Orçamentárias (§ 2º) compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, servindo de orientação para a elaboração da lei orçamentária anual. A Lei Orçamentária Anual será composta de 3 orçamentos: o orçamento fiscal referente aos Poderes da União e órgãos vinculados; o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; e o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados.

Tais normas criadoras de limitações importam para o tema desse trabalho, motivo pelo qual será apresentado o reflexo de cada uma delas no procedimento de verificação de proporcionalidade de meios indicados para a promoção de direitos a ações positivas²⁶³.

É preciso ter presente que a consideração do conteúdo das normas infraconstitucionais, no procedimento de ponderação, apresenta relevância, uma vez que sua alteração implica em atingimento aos princípios da legalidade, da separação dos poderes e democrático, bem como a outros princípios materiais contemplados pelas despesas nela estabelecidas. A ponderação deve ocorrer entre o direito

²⁶² Segundo o art. 12 e seguintes da Lei n. 4.320/64, as Despesas de Capital abrangem, os Investimentos, as Inverções Financeiras e as Transferências de Capital. (BRASIL. **Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006).

²⁶³ Cumpre esclarecer que tal análise não obtém resultados de ordem material, visto que o procedimento de verificação da Proporcionalidade exige que o confronto de normas ocorra à vista das circunstância de um caso concreto, elemento este que não se tem na apreciação que se fará.

fundamental prestacional que se busca e demais normas constitucionais que lhe estejam, no caso, em oposição. BOROWSKI sustenta a respeito da limitação dos direitos fundamentais por meio do procedimento de ponderação que esta deve se dar entre normas de uma mesma hierarquia:

Dado que la ponderación debe conducir a lo constitucionalmente debido – como parte de lo jurídicamente debido -, los términos de la ponderación tienen que ser normas jurídicas. La ponderación de normas morales, éticas o divinas no puede desembocar en un deber jurídico. Normas de rango infraconstitucional tampoco pueden entrar en consideración, ya que la ponderación de *normas prima facie* de inferior jerarquía no sirve a la fundamentación de normas definitivas de superior jerarquía²⁶⁴.

Com a mesma hierarquia das normas de direito fundamental a CRFB contém um conjunto de normas que disciplinam a positivação das Leis Orçamentárias. Tais normas devem ser consideradas juntamente com normas materiais em eventual procedimento de verificação de proporcionalidade de medidas requeridas com o fim de promoção de direitos fundamentais prestacionais.

3.1.5.1 Compatibilidade com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias

Dispõe o inciso I do § 3º e o § 4º do art. 166 da CRFB sobre a obrigatoriedade de compatibilização das emendas ao projeto de lei orçamentária com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias:

Art. 166. [...]

§ 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; [...]

²⁶⁴ BOROWSKI, Martín. La restricción de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 59, ano 20, Mai-Ago 2000, p.43.

§ 4º - As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual.²⁶⁵

No § 7º do art. 165 da CRFB há, também, expressa previsão de que os sub-orçamentos que compõem a Lei Orçamentária, com exceção do da previdência social, devem ser compatíveis com o Plano Plurianual, acrescentando, ainda, a missão de reduzir as desigualdades inter-regionais:

§ 7º - Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional²⁶⁶.

Apesar dos enunciados referirem-se à “emenda” e a “projeto de lei”, portanto, dentro da linguagem do processo legislativo, não se afasta sua força em relação ao Poder Judiciário quando esse passa a apreciar a regularidade das leis orçamentárias. Tratam-se de normas que exigem a compatibilização das despesas e receitas da Lei Orçamentária Anual, com o Plano Plurianual²⁶⁷ e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias²⁶⁸.

²⁶⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

²⁶⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

²⁶⁷ Dispõe o art. 165 da CRFB da obrigatoriedade de estabelecimento de leis que tratem individualmente do Plano Plurianual, das Diretrizes Orçamentárias e dos Orçamentos Anuais. Segundo a CRFB a lei que instituir o Plano Plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. A Lei De Diretrizes Orçamentárias, por sua vez, deverá compreender as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. A Lei Orçamentária Anual deverá conter apenas dispositivos destinados à previsão de receita e fixação de despesa, permitindo-se, ainda, dispositivos sobre a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

²⁶⁸ A Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/00, apresenta parâmetros para tal compatibilidade. O art 16, § 1º estabelece que, para os fins da referida lei, considera-se “[...] I – adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício; II – compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições;” (BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas

A pretensão de direito fundamental prestacional que se busca concretizar deve ser atendida mediante meio que seja compatível com as leis orçamentárias. Se entre dois meios igualmente adequados, um deles for incompatível com o Plano Plurianual ou com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, o que for incompatível será desnecessário. Também deve-se levar em consideração a missão de redução das desigualdades inter-regionais, de forma a ser prestigiado o meio que promova tal objetivo.

A inexistência de previsão da despesa na Lei Orçamentária Anual, no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias não impede, de forma absoluta, a concessão da medida, mas será necessário argumentar, também em relação a elas, sobre a desconformidade com o texto constitucional, ou seja, estabelecer uma conexão com a norma material desprezada por elas.

Se nenhuma das medidas aptas à promoção do direito prestacional estiver prevista nas leis orçamentárias, a resolução do conflito exigirá o procedimento de verificação da proporcionalidade em sentido estrito. Será necessário, dessa forma, estabelecer a ponderação entre os princípios materiais em colisão, que de forma genérica, seriam a exigência de prévio estabelecimento normativo (*princípio formal*) e o direito fundamental em jogo (*princípio material*), a fim de verificar, nas circunstâncias do caso concreto, qual deverá ser tido como prevalente.

3.1.5.2 Indicação da origem de recursos

O § 3º do art. 166 da CRFB possui o seguinte enunciado normativo:

Art. 166. [...]

§ 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: [...]

II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 01.12.2006)

- a) dotações para pessoal e seus encargos;
- b) serviço da dívida;
- c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal;²⁶⁹

Dele podem ser derivadas as seguintes *regras*:

- (1) a alteração do projeto de lei orçamentária pode ocorrer se forem indicados os recursos necessários;
- (2) a indicação de recursos deverá ser realizada mediante anulação de despesa;
- (3) a anulação de despesa não pode incidir sobre dotações para pessoal e seus encargos;
- (4) a anulação de despesa não pode incidir sobre serviço da dívida;
- (5) a anulação de despesa não pode incidir sobre transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal.

Quando a pretensão exigir o aporte de recursos para seu cumprimento, faz-se necessária a indicação da origem dos recursos financeiros a serem utilizados²⁷⁰. Nessa tarefa, podem ser indicados recursos desvinculados ou recursos já vinculados a alguma despesa.

²⁶⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

²⁷⁰ A Lei Municipal n.º 2.645/98 aprovada pelo legislativo do Município do Rio de Janeiro determinava que o Poder Executivo reconhecesse os assentamentos dispostos na forma de “ruas de vila” como logradouros públicos (art. 1º), indicando os requisitos para tal (art. 2º), bem como estabelecesse que os mesmos passariam a ser atendidos com serviços públicos pela municipalidade, tais como coleta de lixo residencial, manutenção de galerias de águas pluviais, iluminação pública e conservação de arruamentos (art. 3º). O STF em Recurso Extraordinário reconheceu a inconstitucionalidade da lei por vício de iniciativa e por ausência de indicação da origem dos recursos. Destaco o seguinte excerto da decisão onde ficou expresso o desrespeito à regra orçamentária: “Ao determinar drásticas alterações na política urbanística do município, convertendo áreas particulares em logradouros públicos e impondo ao Estado o dever de prestação de serviços públicos nessas áreas, a incrementar a despesa sem indicar a contrapartida orçamentária, tenho por manifesta a usurpação da função administrativa atribuída ao Poder Executivo local.” (STF. Segunda Turma. RE 302803/RJ. rel. Min. Ellen Gracie. DJU 25.02.2005).

Caso não haja recursos desvinculados de despesas, será preciso realizar o remanejamento de recursos dentro do orçamento. Para tanto, torna-se imprescindível que o pretendente indique qual despesa deve ser preterida, a fim de assegurar recursos financeiros suficientes à satisfação da prestação. A eventual decisão concessiva deverá, obrigatoriamente, apreciar a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*, se for o caso, de tal substituição. A utilidade de tal indicação decorre, como visto, do respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e, principalmente, da natureza de mandado de otimização dos princípios constitucionais. É preciso que fique demonstrado que a despesa pretendida atente a norma de direito fundamental prevalente frente a que estava prevista em orçamento.

Ao indicar a despesa a ser cancelada (2), a decisão deve observar as regras (3), (4) e (5) sob pena de ter que se desincumbir do ônus de argumentação para a superação das referidas *regras*.

3.1.5.3 Despesa relacionada

O § 3º do art. 166 da CRFB estabelece a possibilidade de alteração do projeto de lei orçamentária, se tais alterações estiverem relacionadas a correções de erros e omissões ou a dispositivos do projeto de lei. O enunciado é o que segue:

Art. 166. [...]

§ 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: [...]

III - sejam relacionadas:

- a) com a correção de erros ou omissões; ou
- b) com os dispositivos do texto do projeto de lei²⁷¹.

Tal inciso pode ser decomposto da seguinte forma:

(1) a alteração do projeto de lei orçamentária é permitida **se** relacionada a correção de erros ou omissões do projeto;

²⁷¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

(2) a alteração do projeto de lei orçamentária é permitida **se** relacionada a dispositivos constante do texto do projeto de lei.

Na regra (1), não ocorre, propriamente, uma alteração do projeto de lei, senão uma complementação, uma explicitação de uma vontade já demonstrada no projeto.

Sobre a regra (2), pode-se entender que, entre a adoção de um meio relacionado a dispositivo constante no orçamento e de um meio não relacionado, a opção da decisão judicial deve ser pela primeira situação, caso ambos sejam igualmente aptos.

3.1.5.4 Recursos desvinculados

No curso da execução do orçamento, é possível que alguma despesa seja cancelada, liberando os valores a ela vinculados. Tal cancelamento pode ocorrer por razões fáticas, como a cessação do motivo que justificava a despesa ou por razões jurídicas como o veto e a rejeição do projeto de lei orçamentária. O § 8º do art. 166 do CRFB fala sobre a desvinculação decorrente de motivo jurídico de veto e de rejeição do projeto de lei orçamentária:

§ 8º - Os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa²⁷².

No caso de pedido de concessão de direito à prestação que demanda recursos, os créditos desvinculados devem ser utilizados, preferencialmente àqueles outros já vinculados a alguma despesa. Tal preferência decorre da observância da regra da *necessidade*, visto que entre o meio que exige cancelamento de uma despesa já escolhida e outro que não exige tal cancelamento, esta, sem dúvida, é menos agressiva ao *princípio formal*.

Decorrência do pensamento acima é que, se o saldo de recursos ao momento da decisão já tiver sido vinculado a outra despesa por meio de crédito

²⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

especial ou suplementar²⁷³, seu cancelamento exige o mesmo ônus argumentativo de um cancelamento de crédito originariamente constante da lei orçamentária.

3.1.5.5 Princípio da legalidade orçamentária

O inciso I do art. 167 da CRFB, ao vedar o início de programas ou projetos não inclusos na lei orçamentária anual, expressa uma especificação do princípio da legalidade:

Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;²⁷⁴

Essa regra implica que, na apreciação da necessidade dos meios propostos, deve-se afastar, por desnecessário, aqueles que contemplem ações não previstas na lei orçamentária anual.

No caso de necessidade de meios não previstos na lei orçamentária anual, a resolução do conflito somente pode se dar no âmbito da *proporcionalidade em sentido estrito*, onde realizar-se-á a ponderação entre o direito fundamental prestacional que se pretende e a necessidade de manutenção daqueles contemplados na lei orçamentária. De forma que, se o princípio formal não estiver conexo com princípios materiais prevalentes, não poderá suportar conclusão no sentido de restringir gravemente um direito fundamental. Como exemplo, poderia se afirmar que o argumento de não constar na lei orçamentária anual a previsão para o pagamento das despesas com servidores seria insuficiente, se estiver isolado, para afastar decisão judicial no sentido da determinação de tal pagamento.

²⁷³ “[...] O crédito suplementar é uma das espécies de créditos adicionais e tem por finalidade única o reforço de despesas que, apesar de existentes, mostraram-se insuficientemente dotadas. Ao contrário dos créditos especiais e extraordinários, os créditos suplementares podem ser abertos por decreto, até uma certa importância e durante o exercício, por meio de uma autorização específica inserida na própria lei orçamentária anual que fixe determinado percentual incidente sobre a receita arrecadada.[...]” (BRASIL. STF. ADI-MC 2.925-8/DF. rel. Min. Ellen Gracie. Brasília/DF, 02.12.2004. DJU 15.04.2005. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006).

²⁷⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

3.1.5.6 Limitação à previsão de receita

O inciso II do art. 167 da CRFB veda a realização de despesa ou a assunção de obrigação que excedam os créditos orçamentários:

Art. 167. São vedados: [...]

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais²⁷⁵

Trata-se de limitação global o qual implica na impossibilidade de previsão de despesa em montante superior aos créditos. Essa norma reforça a obrigatoriedade de indicação de despesa a ser cancelada, caso haja inexistência de recursos desvinculados suficientes à satisfação da prestação. Relembre-se de que a supressão de uma despesa já prevista no orçamento exige demonstração argumentativa no sentido da prevalência da satisfação de uma nova despesa frente à despesa anterior e ao *princípio formal*.

3.1.5.7 Vinculação de receita

O art. 167, IV da CRFB estabelece vedação à vinculação de receita:

Art. 167. São vedados: [...]

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo,²⁷⁶

Decompondo o enunciado para uma melhor análise, têm-se as seguintes regras:

²⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

²⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

(1) É vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa;

(2) É permitida a vinculação de receita de impostos para fins de repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158²⁷⁷ e 159²⁷⁸;

²⁷⁷ Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III;

III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006).

²⁷⁸ Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, quarenta e sete por cento na seguinte forma:

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;

II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

III - do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo.

§ 1º - Para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada de acordo com o previsto no inciso I, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157, I, e 158, I.

§ 2º - A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a que se refere o inciso II, devendo o eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em relação a esses, o critério de partilha nele estabelecido.

§ 3º - Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II.

(3) É permitida a vinculação de receita de impostos para destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde;

(4) É permitida a vinculação de receita de impostos para destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino.

(5) É permitida a vinculação de receita de impostos para destinação para realização de atividades da administração tributária como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º²⁷⁹, 212²⁸⁰ e 37, XXII²⁸¹;

(6) É permitida a vinculação de receita de impostos para destinação para a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita.

A regra (1) apresenta-se como uma limitação normativa, visto que, para a promoção de norma fundamental, não está autorizada a utilização de meio consistente em vinculação de recursos tributários da espécie **impostos**.

§ 4º Do montante de recursos de que trata o inciso III que cabe a cada Estado, vinte e cinco por cento serão destinados aos seus Municípios, na forma da lei a que se refere o mencionado inciso. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006).

²⁷⁹ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...]

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006).

²⁸⁰ Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. [...] (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006).

²⁸¹ Art. 37. [...] XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006).

Cabe destacar que a *regra* (1) refere-se especificamente a **impostos** não podendo ser estendida a outras espécies de tributos²⁸². Bem por isso não impediria decisão de vinculação de receita das espécies contribuições ou taxas como meio apto para a promoção de *princípio material*.

Faz-se necessário distinguir, ainda que tal vinculação deva observar a existência de destinação constitucional do respectivo tributo. No caso, por exemplo, da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE, a qual possui destinação específica²⁸³, seus recursos não podem ser utilizados para satisfação de direito diverso daquele para o qual foi instituída. Da mesma forma em relação à Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira - CPMF, seus recursos, por possuírem destinação constitucionalmente determinada, não podem ser utilizados para satisfação de outros fins.

A possibilidade de vinculação de impostos somente se apresenta viável no caso das regras (3) e (4). A leitura dessas *regras* permite conclusão no sentido de admissão da vinculação de receita de impostos, como forma de obtenção de recursos à promoção do *princípio material*.

3.1.5.8 Abertura de crédito suplementar

O inciso V do art. 167 da CRFB constitui especificação do princípio da legalidade orçamentária:

²⁸² "[...] A norma constitucional veda a vinculação da receita dos impostos, não existindo, na Constituição, preceito análogo pertinente às taxas." (STF. Tribunal Pleno. ADI 2.129, Rel. Min. Eros Grau, DJ 16/06/06, Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006).

"É inconstitucional a lei complementar distrital que cria programa de incentivo às atividades esportivas mediante concessão de benefício fiscal às pessoas jurídicas, contribuintes do IPVA, que patrocinem, façam doações e investimentos em favor de atletas ou pessoas jurídicas. O ato normativo atacado a faculta vinculação de receita de impostos, vedada pelo artigo 167, inciso IV, da CB/88. Irrelevante se a destinação ocorre antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos." (STF. Tribunal Pleno. ADI 1.750, Rel. Min. Eros Grau, DJ 13/10/06, Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006).

²⁸³ Art. 177. [...] § 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

[...] II - os recursos arrecadados serão destinados:

- a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;
- b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;
- c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

Art. 167. São vedados: [...]

V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;²⁸⁴

O enunciado normativo veicula duas normas e não uma com dois requisitos de incidência. Têm-se, então, as seguintes *regras*:

- (1) É vedada a abertura de crédito suplementar sem prévia autorização legislativa;
- (2) É vedada a abertura de crédito suplementar sem a indicação de recursos correspondentes.

A exigência da prévia autorização legislativa diz respeito ao *princípio formal* e somente pode ser superada mediante demonstração da prevalência do *princípio material* que se busca promover. A de indicação de recursos, constitui-se em medida necessária a fim de manter as despesas dentro dos limites das receitas previstas. Tal *regra* deve ser observada em pedido de prestação positiva veiculado perante o Poder Judiciário, uma vez que o procedimento de ponderação exige a demonstração de que a promoção do direito contemplado pela despesa que se quer cancelar seja de menor importância que a promoção do direito que se pretende ver reconhecido.

3.1.5.9 Remanejamento de recursos

O art. 167, IV, da CRFB regula a vedação de realocação de recursos orçamentários, conforme segue:

Art. 167. São vedados: [...]

VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;²⁸⁵

²⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

²⁸⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

O enunciado estabelece várias normas limitadoras, de característica jurídica, da promoção do *princípio material* conflitante:

- (1) É vedada a transposição de recursos de uma categoria de programação para outra sem prévia autorização legislativa;
- (2) É vedado o remanejamento de recursos de uma categoria de programação para outra sem prévia autorização legislativa;
- (3) É vedada a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra sem prévia autorização legislativa;
- (4) É vedada a transposição de recursos de um órgão para outro sem prévia autorização legislativa;
- (5) É vedado o remanejamento de recursos de um órgão para outro sem prévia autorização legislativa;
- (6) É vedada a transferência de recursos de um órgão para outro sem prévia autorização legislativa.

Frente a várias fontes de custeio para a promoção do princípio de direito fundamental, a decisão deve optar, entre as igualmente aptas, por aquela que não fere uma das *regras* acima. Em outras palavras, na verificação da necessidade do meio proposto, deve-se afastar os que impliquem em ferimento a uma das *regras* acima apresentadas.

Na impossibilidade de furtar-se a tal grau de intervenção, torna-se necessário o desenvolvimento de argumentação tendente a demonstrar que a satisfação do *princípio material* que se pretende sobressai-se ao outro princípio material que foi contemplado no orçamento, quando da apreciação da proporcionalidade em sentido estrito²⁸⁶.

²⁸⁶ Não se encontram precedentes junto ao STF com relação a este dispositivo quando em colisão com direito fundamental. Localizou-se um precedente onde foi mantida a exigência de lei para a transferência, para o Poder Judiciário, de verbas oriundas da cobrança de emolumentos: “Violação aos arts. 98, § 2º (com a redação da Emenda nº 45, de 2004), 167, VI e IX, todos da Constituição Federal. Dispensa da oitiva do órgão responsável pela edição do ato, tendo em vista a urgência da matéria. Plausibilidade jurídica do pedido. Alegação de equívoco na interpretação que possibilita que o § 2º do art. 98 alcance os emolumentos extrajudiciais. Matéria orçamentária e reserva legal: ofensa ao art. 167, VI e IX, tendo em vista a potencial invasão, pelo ato impugnado, de matéria reservada à lei. Presença de sinal de bom direito e de periculum in mora. 9.

3.1.5.10 Limites do crédito

O art. 167, VII, da CRFB estabelece a obrigatoriedade de limitação dos créditos previstos no orçamento:

Art. 167. São vedados: [...]

VII - a concessão ou utilização de créditos ilimitados;²⁸⁷

A expressão “créditos ilimitados” liga-se ao aspecto quantitativo e não temporal, ou seja, trata-se de créditos em valores não definidos e não por tempo indefinido.

O reconhecimento de um direito prestacional por parte do Poder Judiciário não pode ser realizado sem uma estimativa de seu custo, visto que tal elemento constitui-se, necessariamente, em circunstância a ser considerada no procedimento de verificação da proporcionalidade da medida. Por mais difícil que seja a execução de tal estimativa, a seriedade de uma medida de intervenção na lei orçamentária exige a providência, que, para tanto, poderá ser obtida mediante perícia contábil, auditoria e outros elementos de prova.

Se não for assim, o deferimento de determinada prestação poderá, em razão de seus custos de implementação, representar restrição a outros direitos fundamentais potencialmente mais importantes, nas circunstâncias do caso concreto, do que aquele reconhecido pelo Poder Judiciário.

3.1.5.11 Limite de tempo

A propósito do aspecto temporal, o disposto no art. 167, § 1º, da CRFB veda investimento com prazo superior a um exercício financeiro²⁸⁸:

Art. 167. São vedados: [...]

Conveniência política na suspensão do ato. 10. Liminar deferida para o fim de suspender a vigência do ato". (STF. Tribunal Pleno. ADI 3.401-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 03/06/05).

²⁸⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

²⁸⁸ “Art. 34. O exercício financeiro coincidirá com o ano civil.” (BRASIL. **Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006).

§ 1º - Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.²⁸⁹

Decompondo o enunciado, tem-se:

(1) É proibida a execução de investimento que ultrapasse um exercício financeiro sem previsão no plano plurianual;

(2) É proibida a execução de investimento que ultrapasse um exercício financeiro sem lei que autorize sua inclusão no plano plurianual.

As regras acima resultam em limitação ao *princípio material*.

Apresentados vários meios igualmente aptos à promoção do direito fundamental, deve-se optar por aquele que fique restrito ao período de validade do orçamento em curso. Caso sejam aptos apenas meios com duração superior ao exercício financeiro, deve ser selecionado aquele que esteja previsto na Lei do Plano Plurianual, a fim de reduzir o grau de afetação do princípio formal.

Ainda assim, tendo em vista que a Lei Orçamentária é alterada anualmente, a criação de despesa não deve ultrapassar o prazo de validade do orçamento em execução. Como a Lei Orçamentária é votada antes do término do orçamento em execução, o interessado poderá, caso a despesa não seja novamente contemplada, renovar o pedido, desenvolvendo toda a carga argumentativa necessária à concessão do direito, mas, agora, considerando os novos elementos de fato decorrentes das alterações orçamentárias contempladas na nova legislação.

Os créditos reconhecidos judicialmente, portanto, deverão ter um limite máximo igual ao limite máximo do restante do orçamento em execução.

Ainda nesse tópico, cumpre afirmar que a decisão concessiva da pretensão deve ser comunicada ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, a fim de

²⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

que, querendo, incorpore a despesa ao orçamento em curso ou ao próximo orçamento.

3.1.5.12 Alteração de receitas vinculadas

Relacionado com o inciso IV, o inciso XI do art. 167 da CRFB estabelece proibição de desvio de verbas da previdência social para outras finalidades:

Art. 167. São vedados: [...]

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II²⁹⁰, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.²⁹¹

Tal vedação atinge a pretensão de remanejamento orçamentário com objetivo de utilizar recursos já destinados constitucionalmente para outras finalidades. No procedimento de ponderação, dever-se-á adotar meio que não restrinja a regra limitadora acima. No âmbito de verificação do subpreceito da *necessidade*, devem os recursos ser buscados em outras rubricas do orçamento sobre as quais não recaia destinação com específica previsão no texto da Constituição. Na remota hipótese de a medida restritiva à regra acima ser *necessária*, a decisão deverá ser levada à fase de verificação da *proporcionalidade em sentido estrito*.

À medida que implique em superação do dispositivo (Art. 167, XI, da CRFB), somente será admitida como proporcional se houver a demonstração de que a despesa que se pretende ver custeada, decorrente da implementação de um

²⁹⁰ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006).

²⁹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

direito fundamental prestacional, apresente-se de forma mais importante que as despesas custeadas pelos recursos referidos no dispositivo. Caso não demonstrado essa superioridade ou configurado o *margem de ação* entre os princípios materiais, deverá prevalecer a regra acima e o respeito à competência do legislador.

3.2 LIMITAÇÕES FÁTICAS

Os princípios como mandados de otimização têm limitações também no que tange a elementos fáticos, não apenas aos normativos. Estes, inclusive, pode se dizer, de maior dificuldade de superação, visto que nenhum esforço argumentativo seria suficiente para fazer aparecer os pressupostos de fato para a satisfação de um direito. Pertinente, nesse ponto, a conclusão de HESSE, ao afirmar que a Constituição está limitada às condições da realidade:

[...] a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen).²⁹²

As limitações fáticas estão fincadas apenas em elementos de fato e não em elementos normativos, *princípios* ou *regras*.

A limitação fática não prejudica a legitimidade do fim perseguido, mas atinge o meio proposto a sua promoção e o atinge na característica de adequação: se um meio não pode faticamente ser realizado, ele é um meio inadequado. É preciso distinguir que um meio pode ser inadequado em razão da ausência de nexo de causalidade entre sua implementação e os resultados pretendidos ou inadequado

²⁹² HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.

por não haver condições fáticas de sua implementação. No primeiro caso, o meio não promove o fim, ainda que haja condições fáticas de sua implementação, já no segundo, em tese, o meio promove o fim, mas não é possível, de fato, se ter acesso a ele.

A enumeração das limitações de fato que impedem a utilização de um meio não podem ser exaustivamente apresentadas neste trabalho, diante da infinita possibilidade de combinação entre fins perseguidos e meios inaptos. De todo modo, podem ser tratadas algumas dessas limitações fáticas sem prejuízo da identificação de outras quando da apreciação do caso concreto e específicas em relação a ele. Dentre as limitações fáticas que serão objeto de apreciação, neste estudo, incluem-se as de recursos financeiros, técnicos, materiais e humanos.

3.2.1 Limitações de recursos financeiros

A existência de recursos financeiros destaca-se como uma das condições fáticas necessárias à delimitação do alcance da incidência de normas de direitos fundamentais prestacionais. A questão da escassez de recursos financeiros aptos a custearem as despesas decorrentes da implementação de prestações materiais constitui um dos obstáculos mais difíceis à efetivação dos direitos fundamentais que exigem uma prestação por parte do Estado.

A análise da limitação exige que se diferenciem os casos de ausência material e os casos de ausência formal de recursos financeiros. A primeira situação ocorre quando se constata a inexistência de valores por esgotamento de todas as disponibilidades previstas no orçamento, é uma ausência absoluta de recursos; a segunda situação configura-se, quando, além de não haver previsão em orçamento da despesa necessária à promoção do direito fundamental prestacional não logra obter recursos pelo cancelamento de outra despesa nele prevista. Em outras palavras, existem recursos, mas todo ele está vinculado orçamentariamente.

Assim sendo, somente o primeiro caso pode ser enquadrado como limitação fática. O segundo caso configura, na verdade, uma limitação jurídica pelo reconhecimento de que a despesa pretendida não é prevalente frente a outras

constantes do orçamento. A diferença é nítida, pois, no primeiro caso, a limitação atinge o direito fundamental prestacional, independente de estar previsto em orçamento, trata-se de uma ausência material de valores. No segundo, tem-se uma ausência formal de valores, uma vez que eles existem materialmente, mas estão vinculados a despesas prioritárias e por isso não podem ser utilizados.

A ausência material de recursos constitui situação de rara configuração, pois, em maior ou menor medida, sempre há recursos à disposição do Estado, de forma que, na grande maioria das vezes, a alegação de ausência de recursos constitui uma questão de verificação de prevalência entre a despesa pretendida e as que estão destinadas orçamentariamente. Portanto, trata-se de uma questão de verificação de Proporcionalidade.

Demonstrada, todavia, a ausência material de recursos a demanda deve ser julgada improcedente visto que o não cumprimento do direito fundamental prestacional está esbarrado na ausência de pressuposto de fato, não havendo pois decisão passível de ser reconhecida como inconstitucional ou ilegal.

3.2.2 Limitação de recursos técnicos

A expressão *limitação de recursos técnicos* abrange, para fins deste estudo, todas aquelas situações em que a satisfação do direito prestacional esbarra na ausência de conhecimento científico disponível para sua realização. Um exemplo seria a demanda, exigindo do Estado a garantia do direito à saúde mediante a promoção uma ampla imunização da população contra o vírus da *AIDS*, por exemplo. Ora, o conhecimento para fabricação e utilização de tal medicamento, por enquanto, não está disponível, não sendo possível ao Poder Judiciário determinar o atendimento do pedido.

Diferente é a questão decorrente de eventual pedido para que o Estado produzisse²⁹³ os remédios necessários ao tratamento da *AIDS*. É certo que o Brasil não dispõe, ainda, de conhecimento técnico para a elaboração de tais

²⁹³ Deixa-se de fora, propositalmente, a possibilidade de compra, a fim de possibilitar o exercício das limitações.

medicamentos, mas o tem para a reprodução dos já criados por laboratórios privados de outros países, que, todavia, têm fórmula protegida por meio de patentes. Dada essa situação, tem-se que não há, propriamente, uma limitação de recursos técnicos já que eles são existentes, ou seja, o Estado tem condições de instalar um laboratório e de passar a reproduzir tal medicamento. Há, na verdade, uma limitação jurídica decorrente da existência de normas internas e internacionais que protegem a propriedade industrial. Em eventual ponderação entre o interesse do Estado e produzir o medicamento e o ferimento a tratados internacionais e à legislação de proteção de patentes, levando-se em conta as circunstâncias concretas, tanto se poderá decidir pelo primeiro quanto pelos demais interesses.

3.2.3 Limitação de recursos materiais

Por *limitação de recursos materiais* entende-se a ausência absoluta de recursos físicos, bens corpóreos, que sejam necessários à satisfação do direito fundamental.

Assim, não pode vingar a ação que exige que, em determinado prazo, o Estado forneça aos que se encontram em fila de transplante de órgãos os procedimentos cirúrgicos para tal. O Estado não detém controle sobre a oferta de órgãos sadios para transplante, de forma que, sem dúvida, essa situação configura uma limitação de recursos materiais. Há recursos financeiros no setor da saúde para custear os procedimentos, há recursos técnicos pela existência e domínio da técnica necessária para a realização dos procedimentos, há recursos humanos pela existência de profissionais médicos e enfermeiros habilitados para tanto, mas não estão disponíveis os meios materiais para a satisfação do direito fundamental, que, no exemplo, constituem-se de órgãos sadios para serem transplantados.

3.2.4 Limitação de recursos humanos

Nesta categoria, pretende-se incluir a ausência de força de trabalho necessária à implementação da pretensão de direito prestacional. Cumpre esclarecer que a exigência de realização de concurso público constitui-se em

limitação jurídica e não se constitui em uma limitação fática, podendo ser ultrapassada mediante o instituto da contratação temporária²⁹⁴.

A ausência de recursos humanos, portanto, liga-se à inexistência de oferta de mão-de-obra nos quadros da administração e também no âmbito privado que seja necessária à promoção do dispositivo de direito fundamental prestacional. Imagine-se a seguinte situação de fato: o Ministério Público propõe demanda contra o Estado requerendo que esse promova, em favor de determinada população indígena que desconhece o idioma nacional, a prestação de serviço de educação regular. O Estado não dispõe em seus quadros de profissionais conhecedores do idioma indígena respectivo, bem como não há oferta no âmbito privado de profissional com tal conhecimento.

Caracterizada tal situação, a demanda que pede a oferta do serviço deverá ser julgada improcedente visto que a limitação de recursos humanos impede, pelo menos momentaneamente, de forma absoluta, a satisfação da pretensão na forma requerida.

Por fim, cumpre advertir que, neste tópico, não se teve a intenção de relacionar exaustivamente as limitações fáticas passíveis de serem verificadas frente a pretensões de implementação de direitos fundamentais prestacionais, buscou-se indicar, quem sabe, o começo de um caminho para uma argumentação compatível e coerente com a premissa que norteou este estudo, qual seja, a de que os princípios são mandados de otimização que determinam que algo seja realizado no maior grau possível frente às limitações jurídica e fáticas.

²⁹⁴ Dispõe a CRFB: “Art. 37. [...]: IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se procurou com o presente estudo foi contribuir para a compreensão da controvertida questão dos limites do controle judicial acerca da efetivação de direitos fundamentais prestacionais. Como se verificou ao longo da exposição, o assunto está longe de ter um tratamento uniforme tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Todavia, alguns pontos vão se firmando pelo amadurecimento dos estudos e das instituições envolvidas o que, por certo, resultará, no futuro, em balizas firmes para a compreensão do tema.

Do que se apresentou, nos capítulos anteriores, podem ser retiradas algumas conclusões:

- as normas podem se apresentar sob a estrutura de regras ou de princípios. As regras atuam de forma definitiva, por meio de subsunção, e exigem o seu cumprimento nos exatos termos nela previstos (ou são cumpridas ou descumpridas). Os princípios são normas com característica *prima facie*, ou seja, podem ser cumpridas em diferentes graus, todavia, exigem que sejam cumpridas na maior extensão possível (mandados de otimização);

- a resolução dos conflitos entre regras se dá por meio da incidência de uma regra de exceção. A resolução de colisões entre princípios se dá por meio da verificação do peso dos princípios no caso concreto. Exerce papel fundamental nesse procedimento o preceito da proporcionalidade;

- a proporcionalidade não se constitui num princípio, mas em instrumento de resolução de colisões entre princípios decorrente da natureza de mandado de otimização dos princípios. Apresenta-se, pois, como um preceito que é formado pelos subpreceitos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O teste de proporcionalidade inicia-se pela verificação da adequação, passando pela necessidade e, por fim, pela proporcionalidade em sentido estrito. A passagem de um subpreceito para outro somente se dá quando não for possível resolver o conflito na apreciação do anterior;

- a formulação acerca das margens de ação e dos graus de interferência e importância de princípios tem ligação com o preceito da proporcionalidade servindo de indicador das situações em que se verifica a possibilidade de intervenção judicial e os casos em que esta está vedada em favor do princípio democrático e da separação dos poderes;

- a CRFB admite a divisão de suas normas em princípios e regras;

- os direitos fundamentais, segundo a classificação proposta por ROBERT ALEXY, podem ser divididos em três grupos: os direitos à liberdade, os direitos à competências e os direitos à algo. Estes em direitos à ações negativas e a ações positivas. Os direitos à ações positivas, por sua vez, podem se apresentar sob forma de direitos a ações positivas normativas e direitos a ações positivas fáticas. Neste último, é que se encontram os chamados direitos prestacionais ou direitos sociais;

- a forma pela qual os direitos fundamentais estão previstos na CRFB autorizam a adoção da classificação proposta por ROBERT ALEXY, já que facilmente podem ser identificadas todas as classes por ele apresentadas, em especial a dos direitos prestacionais, que se apresenta muito mais nítida, porque expressa, no texto da CRFB;

- a previsão de direito fundamental a determinada prestação atribui direito subjetivo ao indivíduo para buscar, perante o Poder Judiciário, decisão que lhe garanta o acesso ao respectivo direito;

- os princípios da separação dos poderes e democrático não impedem que o Poder Judiciário conheça de pedido que trate de lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais prestacionais. Todavia, em cada caso, é necessária a ponderação entre os princípios formais (dentre eles, da separação dos poderes e democrático) frente ao princípio material em jogo (direito fundamental), a fim de verificar qual deve prevalecer na dada situação, visto que não há uma relação de precedência absoluta em favor dos princípios formais ou dos materiais;

- na tarefa de apreciar pedido de acesso a direito fundamental prestacional o Poder Judiciário deve observar os limites jurídicos impostos pelas normas constitucionais que regulam o orçamento. Contudo, assim como qualquer

outra norma da Constituição, as normas orçamentárias não são absolutas e podem ceder frente à prevalência de uma outra norma constitucional que esteja com elas em conflito. Lembre-se de que mesmo as normas de direitos fundamentais não são absolutas;

- a cada restrição imposta às normas orçamentárias previstas constitucionalmente, deve-se apresentar argumentos de prevalência do direito fundamental que se pretende assegurar. A sentença que determina ao Estado o fornecimento de direito fundamental prestacional que resulta em aumento de despesa não prevista em orçamento deve indicar a fonte de recursos necessários à satisfação de tal direito, bem como indicar, após procedimento de ponderação, qual despesa deve ser cancelada com a finalidade de liberação de recursos;

- devem ser levadas em consideração nas demandas que tratem sobre direitos fundamentais, além das limitações jurídicas, as limitações fáticas. A ausência de recursos financeiros, materiais e humanos são exemplos de circunstâncias que impedem o acesso aos direitos fundamentais.

É certo que o estabelecimento de caminho procedimental para o controle dos direitos fundamentais prestacionais não pode, por si só, garantir que não haverá distorções em sua aplicação. Todavia, a pluralidade dos atores processuais, a necessidade de fundamentação e os diversos graus de recurso reduzem, quase por completo, a possibilidade de vingarem decisões contrárias à Constituição. Sem prejuízo, o refinamento procedimental e a ampliação da legitimidade da atuação judicial exige que se adote uma teoria da argumentação que estabeleça procedimento argumentativo tendente a ampliar a racionalidade da decisão. Tal missão, entretanto, foge aos limites desse trabalho.

Cumprido realçar, ao final, que a presente pesquisa procurou contribuir para o aperfeiçoamento do conhecimento acerca do tema. Mais que apresentar respostas definitivas às dúvidas existentes, talvez se tenha lançado dúvidas fundadas sobre pontos tidos como indubitáveis. Espera-se, assim, que este trabalho tenha, pelo menos, demonstrado necessidade de aprofundamento do estudo acerca dos limites e formas de controle sobre a efetivação de direitos fundamentais prestacionais e sirva como ponto de partida para outras pesquisas sobre temas

relacionados, em especial quanto ao estabelecimento de uma teoria da argumentação compatível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha de 1949**. Disponível em <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao>. Acesso em 17.09.2006.

ALEXY, Robert. **El concepto e validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, 211 p.

_____. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Tradução do alemão para o espanhol de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004, 111 p.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, reimpressão de 2002, 607 p.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, 355 p.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, 287 p.

_____. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006, 175 p.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 3. ed. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, 238 p.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, 226 p.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 417 p.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 369 p.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo, p. 20-49, jan. 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. Inexistência de hierarquia entre a lei complementar e as leis ordinárias. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, n. 26, p.11-20.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, 217 p.

_____. **O futuro da democracia**. 8. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2002, 207 p.

_____. **Teoria geral da política**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2000, 717 p.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001, 192 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, 738 p.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 59, p. 29-56, mai-ago 2000.

BOHN, Claudia Fernanda Rivera. A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, In: DOBROWOLSKI, Silvio. **A constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 131-181.

BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 221 p.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direitos administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, 298 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 01.12.2006.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

BRASIL. **Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção 585/TO. rel. Min. Ilmar Galvão. Brasília/DF, 15.05.2002. DJU 02.08.2002. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006.

_____. Mandado de Injunção 485/MT. rel. Min. Maurício Correa. Brasília/DF, 25.04.2002. DJU 23.08.2002. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006.

_____. Mandado de Injunção 689/PB. rel. Min. Eros Grau. Brasília/DF, 07.06.2006. DJU 18.08.2006. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006.

_____. Hábeas Corpus 81.319/GO. rel. Min. Celso de Mello. Brasília/DF, 24.04.2002. DJU 19.08.2005. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006.

_____. RE 466.343-1/SP. rel. Min. César Peluso. Brasília/DF. Em julgamento. Disponível <em <http://www.stf.gov.br/noticias/informativo>>. Acesso em 01.12.2006.

_____. RE 413.782-8/SC. rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento 17.03.2005. DJU 03.06.2005. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006.

_____. Mandado de Injunção 721/DF. rel. Min. Marco Aurélio. Informativo n.º 450 de 27 de novembro a 1º de dezembro de 2006. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos>>. Acesso em 01.12.2006.

_____. RE 302.803/RJ. rel. Min. Ellen Gracie. Brasília/DF, 01.02.2005. DJU 25.02.2005. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006.

_____. ADI-MC 2.925-8/DF. rel. Min. Ellen Gracie. Brasília/DF, 02.12.2004. DJU 15.04.2005. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006.

_____. ADIN 1.750/DF. rel. Min. Eros Grau. Brasília/DF. DJU 13.10.2006. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006.

_____. ADI 2.129/DF. rel. Min. Eros Grau. Brasília/DF. DJ 16.06.2006. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006.

_____. ADIN 3.401-MC/DF. rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF. DJU 25.02.2005. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006.

_____. Habeas Corpus 82.969/PR. rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF. 30.09.2003. DJU 17.10.2003. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006.

_____. Primeira Turma. RE-AgR 410.715/SP. rel. Min. Celso de Mello. Brasília/DF, 22.04.2005. DJU 03.02.2006. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006.

_____. RE 230.267/MG. rel. Min. Moreira Alves. Brasília/DF, 24.10.2000. DJU 15.12.2000. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006.

_____. Segunda Turma. Pet-QO 2836/RJ. rel. Min. Carlos Velloso. Brasília/DF, 11.02.2003. DJU 14.03.2003. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006.

_____. ADPF-MC 45/DF. Rel. Ministro. Celso de Mello. Brasília/DF, 29.04.2004. DJ 05.05.2004. Disponível <em <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01.12.2006.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Primeira Turma. Apelação Cível 95030529611/SP. rel. Juiz David Diniz. Porto Alegre/RS, 19.06.2001. DJU 23.10.2001. Disponível em <<http://www.trf3.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Quarta Seção. Petição 200104010701532/RS. rel. Juiz Fábio Rosa. Porto Alegre/RS, 21.11.2001. DJU 23.01.2002. Disponível em <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

_____. Terceira Turma. Apelação Cível 200104010852029/RS. rel. Juíza Vânia Hack de Almeida. Porto Alegre/RS, 12.09.2005. DJU 05.10.2005. Disponível em <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

_____. Quinta Turma. Agravo de Instrumento 200204010425259/PR. rel. Juiz Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre/RS, 27.02.2003. DJU 19.03.2003. Disponível em <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em 01.12.2006.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2001, 195 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, 1437 p.

CATTONI, Marcelo. Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: _____. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004. p. 47-78)

COURA, Alexandre de Castro. Limites de possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do estado democrático de direito: para uma análise crítica da 'jurisprudencia de valores'. In: CATTONI, Marcelo. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004. p. 403-446.

DOBROWOLSKI, Silvio. Direitos fundamentais – a cláusula de expansão do art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 61, p. 45-85, 2006.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução: Gilson César Cardoso de Souza. 15. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999, 170 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito de razão: teoría del garantismo penal**. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001, 1019 p.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 181 p.

FILHO, Willis Santiago Guerra. **O princípio constitucional da proporcionalidade**. Revista do TRT da 15ª Região, n. 20, p. 85-89. Jul/set 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 279 p.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação na moral e no direito**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, 423 p.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, 120 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre a facticidade e validade**, v.1, Tradução de Flavio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADSON James; JAY John. **O federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003, 538 p.

HECK, Luís Afonso. Regras e princípios e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão. **Dos princípios constitucionais – considerações teóricas em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 52-100.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, 34 p.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, 576 p.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 146 p.

MELLO. Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, 105 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: _____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 71-87.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, 322 p.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, 727 p.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, 239 p.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 8. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, 243 p.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, 208 p.

PULIDO, Carlos Bernal. **Estructura e límites de la ponderación**. Madrid. Doxa n. 28, 2003, p. 225-238

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 76 p.

SHOLLER, Heinrich. Princípio da proporcionalidade nos direitos constitucional e administrativo da Alemanha. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 38, p. 229-246, 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 365 p.

SILVA. Marcelo Cardozo da. **A prisão em flagrante na constituição**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, 205 p.

SILVA. Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. p. 115-143. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, 392 p.

_____. **A constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005, 191 p.

_____. **O proporcional e o razoável.** São Paulo: RT 798, p. 22-50, abr. 2002.

VELLOSO, Andrei Pittem. Racionalidade na concretização judicial de direitos sociais originários: o papel do princípio da universalidade na ponderação de princípios. **Revista de doutrina 4ª Região.** Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edição009/andei_velloso.htm>. Data da publicação 19 nov. 2005.

ZAVASCKI. Teori Albino. **Processo coletivo.** São Paulo: RT, 2006, 300 p.