

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

Matheus Caixeta Nogueira

**A INTERVENÇÃO DA UNIÃO E DOS ESTADOS NA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

UBERLÂNDIA – MG

2018

MATHEUS CAIXETA NOGUEIRA

**A INTERVENÇÃO DA UNIÃO E DOS ESTADOS NA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de
bacharel em Direito na Universidade
Federal de Uberlândia.

Prof. Orientador: Karlos Alves Barbosa.

UBERLÂNDIA – MG

2018

MATHEUS CAIXETA NOGUEIRA

**A INTERVENÇÃO DA UNIÃO E DOS ESTADOS NA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito com a seguinte Banca Examinadora:

Karlos Alves Barbosa – Presidente

Alexandre Walmott Borges

Alexandre Garrido da Silva

Uberlândia, 29 de junho de 2018.

RESUMO

Este trabalho abordará o tema da Intervenção da União e dos Estados na Constituição Federal do Brasil, apontando e conceituando suas vertentes. Por ser um tema com previsão legislativa direta, possui caráter técnico-explicativo na interpretação das normas, interpretação essa, que também é tema do presente trabalho, sendo essencial a valoração dos Direitos Fundamentais e Humanos nas aplicações de quaisquer normas. Foi desenvolvido com abordagens teórica e prática da lei, doutrina e jurisprudência, no objetivo de sanar as dúvidas quanto à aplicação dos direitos fundamentais e humanos, e, a respeito das modalidades de intervenção, serão devidamente especificadas, separadas por temas discriminados, com a explicação de cada divisão de forma didática e contextualizada.

Palavras-chave: Intervenção da União e dos Estados; Direitos Fundamentais e Humanos; Aplicação; Normas; Doutrina; Jurisprudência.

ABSTRACT

This work will display about the Intervention of the Union and States in the Federal Constitution of Brazil, pointing out and conceptualizing its aspects. Because it's a subject with direct legislative forecast, it will have to be a technical-explanatory feature on the interpretation of the rules, interpretation that, will be presented too in this work being essential on the valuation of the Fundamental and Human Rights in the application of any natures of Laws. It was developed with doctrinal and jurisprudential approaches pursuing the objective of answering any question about the application of the Fundamental and Human Rights, and, about the modalities of the Intervention, that will be duly specified, separated by discriminated themes, with the explanation of each division in didactic and contextualized form.

Keywords: Intervention of the Union and States; Fundamental and Human Rights; Application; Rights; Doctrinal; Jurisprudential.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
1.1 PROCESSO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO.....	10
1.1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO.....	11
1.2 HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
2 INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	20
2.1 SUPORTE FÁTICO.....	20
2.2 SUPORTE FÁTICO RESTRITO E AMPLO.....	21
2.3 RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA TEORIA INTERNA E EXTERNA.....	24
3 TÉCNICAS INTERPRETATIVAS DAS NORMAS.....	29
3.1 ADEQUAÇÃO.....	30
3.2 NECESSIDADE.....	31
3.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO.....	32
4 ANÁLISE NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	35
4.1 DIREITOS DE DEFESA.....	35
4.2 DIREITOS À AÇÕES POSITIVAS DO ESTADO.....	35
5 INTERVENÇÃO DO ESTADO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	37
5.1 STATUS PASSIVO.....	38
5.2 STATUS NEGATIVO.....	39

5.3 STATUS POSITIVO.....	40
5.4 STATUS ATIVO.....	40
6 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	41
7 INTERVENÇÃO FEDERAL.....	47
7.1 PACTO FEDERATIVO.....	47
7.1.1 EVOLUÇÃO DO FEDERALISMO NO BRASIL.....	48
7.1.2 CARACTERÍSTICAS DO FEDERALISMO.....	49
7.2 INTERVENÇÃO NAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS.....	49
7.3 INTERVENÇÃO FEDERAL NO BRASIL.....	51
7.4 INTERVENÇÃO NA CF/88.....	52
7.4.1 MANTER A INTEGRIDADE NACIONAL	55
7.4.2 REPULSA À INVASÃO ESTRANGEIRA.....	56
7.4.3 GRAVE COMPROMETIMENTO DA ORDEM PÚBLICA.....	57
7.4.4 GARANTIA DO LIVRE EXERCÍCIO DE QUALQUER DOS PODERES NAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO.....	57
7.4.5 REORGANIZAÇÃO DAS FINANÇAS.....	58
7.4.6 EXECUÇÃO DE LEI FEDERAL, ORDEM OU DECISÃO JUDICIAL.....	58
7.4.7 OBSERVÂNCIA DA FORMA REPUBLICANA, DO REGIME REPRESENTATIVO E DO REGIME DEMOCRÁTICO (“a”) / DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA (“b”).....	59
7.4.8 “c” OBSERVÂNCIA DA AUTONOMIA MUNICIPAL.....	60

7.4.9 “d” OBSERVÂNCIA DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA.....	60
7.4.10 “e” OBSERVÂNCIA DA APLICAÇÃO DO MÍNIMO EXIGIDO DA RECEITA RESULTANTE DE IMPOSTOS ESTADUAIS COMPREENDIDA A PROVENIENTE DE TRANSFERÊNCIAS, NA MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO NAS AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE.....	61
8 INTERVENÇÃO FEDERAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.....	64
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

INTRODUÇÃO

A intervenção do Estado nos direitos fundamentais já assumiu várias facetas, inicialmente os direitos fundamentais surgem em uma tentativa de restringir a atuação do Estado autoritário e tirano que subjugava os interesses dos cidadãos pelo interesse oligárquico.

O reconhecimento dos direitos de abstenções estatais foi o marco inicial na concepção formal (formato de normas positivadas) dos direitos fundamentais, todavia, ilusão acreditar que a não afetação da vida em certos aspectos particulares (liberdade religiosa, inviolabilidade de domicílio, direito à vida), tinha o condão necessário para a resolução dos problemas sociais.

Os operários se encontravam em um cenário avassalador na época da Idade Moderna, cercados de desigualdades sociais que não permitiam na prática a disseminação dos direitos fundamentais já reconhecidos, visto que havia uma omissão do Estado em esferas ocasionadoras de desigualdades, sendo assim, foi imputado ao Estado a omissão na prestação das garantias básicas necessárias a qualquer cidadão.

Nascem assim os direitos sociais, esbanjados de bastante promessas e de muito trabalho. Direitos à vida são expandidos e reconhecidos como direitos à saúde, direitos à educação, direitos à segurança, tornam-se essenciais na forma de prestação do Estado. Sendo assim, os direitos sociais são criados na luta contra a omissão Estatal na persecução das tarefas constitucionais de sua autoria, impostas pela Constituição Federal.

Contudo, como não existe direito absoluto e o fato também de que o direito sempre caminhará em direção ao que é de direito, nos encontramos, assim, em uma determinada quilometragem da estrada de evolução dos direitos humanos/fundamentais, na qual, ainda não temos possibilidades reais e completas de incidência dos suportes fáticos das normas dos direitos fundamentais já reconhecidas.

Diante do caminhar do direito, surgem outras concepções normativas que integram os direitos fundamentais, os direitos coletivos e de ordem mundial. Com a grande veiculação de conteúdo informacional pela criação da internet, passa-se a conceber à sociedade um âmbito maior de coletividade, as informações chegam instantaneamente nos veículos midiáticos e o intercâmbio de

conhecimento é aumentado pela facilidade de acesso às informações, em meio a este cenário, surgem os direitos fundamentais à paz, ao meio ambiente, a autodeterminação dos povos, direitos discricionários e coletivos que surgiram com a mudança do raciocínio jurídico dos bens jurídicos que necessitam ser tutelados.

Com o cenário exposto, que será estudado de forma mais profunda durante o trabalho, a análise do presente trabalho é o instituto da Intervenção Federal (sempre relacionada com a visão dos direitos fundamentais), instituto este que foi presente em todas as Constituições brasileiras e que vem sendo utilizada nos dias de hoje, com algumas outras hipóteses de incidência que antigamente não eram possíveis.

O presente trabalho se propõe a examinar a interpretação dos direitos fundamentais enquanto normas e depois a analisar as hipóteses de incidência da intervenção federal e as suas possíveis restrições de direitos fundamentais em decorrência de um controle do Estado.

Por fim, analisaremos a intervenção federal decretada no Estado do Rio de Janeiro no combate a desordem pública gerada pelo domínio das facções criminosas no Município do Rio de Janeiro. A análise versará apenas se os pressupostos normativos (materiais e formais), foram devidamente respeitados.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais surgem quando o papel do cidadão perante o Estado é transformado em virtude da transmutação da consciência do poder soberano que, até então, controlava a população de forma bastante autoritária.

Inicialmente, reconhece-se que os cidadãos têm direitos em face de seus deveres, após a transformação do pensamento, que os cidadãos têm direitos e depois deveres, por fim, que o poder soberano é dos cidadãos e que o Estado tem o objetivo de cuidar melhor de seus bens declarados como fundamentais, os direitos fundamentais de cada cidadão.

A história dos direitos fundamentais pode ser observada por dois prismas. O primeiro seria o processo da humanidade de constitucionalização da vivência em sociedade, ou seja, criação do poder das leis; e, o segundo, pela criação da noção dos direitos fundamentais. Abordaremos as duas análises a seguir.

1.1. PROCESSO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Segundo Canotilho, a definição de constitucionalismo é a seguinte:

(...) teoria (ou ideologia) que ergue o princípio de governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.¹

Vemos assim que o processo de constitucionalização tem como características essenciais a limitação do poder com fins garantidores, sendo de total conformidade com os direitos fundamentais pioneiros de 1ª dimensão e os demais, demonstrando a congruência no caminhar do processo de

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

constitucionalização com o caminhar dos direitos fundamentais. Fato corroborado na fala de Pedro Lenza:

Partindo, então, da ideia de que todo Estado deva possuir uma Constituição, avança-se no sentido de que os textos constitucionais contêm regras de limitação ao poder autoritário e de prevalência dos direitos fundamentais, afastando-se da visão opressora do antigo regime.²

Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior vemos as características do processo:

O conceito de constitucionalismo, portanto, está vinculado à noção e importância da Constituição, na medida em que é através da Constituição que aquele movimento pretende realizar o ideal de liberdade humana com a criação de meios e instituições necessárias para limitar e controlar o poder político, opondo-se, desde sua origem, a governos arbitrários, independente de época e de lugar.³

Introduzido o assunto, passaremos a formação da história da Constituição.

1.1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO

Canotilho, analisando a história da Europa, que se divide em quatro épocas históricas marcantes, Idade Antiga (até o século V); Idade Média (século V a XV); Idade Moderna (1453-1789, marcada pelas grandes Revoluções); Idade Contemporânea (1789 até a atualidade), simplifica a sua análise identificando apenas dois movimentos constitucionais relevantes, o antigo e moderno, sendo o último nas palavras do autor:

(...) o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político.⁴

² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21ª edição, São Paulo: Editora Saraiva Jur. 2017, p.64.

³ CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p.31.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

Analisando, de forma pragmática, os contextos e os avanços constitucionais marcados pelas grandes eras, e, começando pela Antiguidade Clássica, há referências entre os hebreus de surgimento de um certo constitucionalismo ao limitarem o poder político ao darem legitimidade de fiscalização dos atos soberanos para os profetas, que os analisavam sob o diapasão religioso.

Por fim, na mesma era, há referências nas Cidades-Estados gregas de um importante exemplo de democracia que, pioneiramente, havia plena identidade entre governantes e governados, e sua política era distribuída aos cidadãos (que eram considerados como tais).

Durante a Idade Média, o grande impulso relevante, em prol do constitucionalismo, foi a Magna Carta de 1215 que representou grande impulso na proteção dos direitos individuais.

Já na Idade Moderna, havia influências suficientes para deflagrar de vez o processo de constitucionalização, começando pela *Petition of Rights*, de 1628; *Habeas Corpus Act* de 1679; *Bill of Rights* de 1689; e o *Act of Settlement* de 1701. Todos com a intenção de garantia dos direitos individuais, contudo, ainda não havia uma universalidade dos titulares dos direitos.

Outro grande impulso constitucionalizante foi o norte-americano, por meio da *Declaration of Rights* do Estado da Virgínia, de 1776, seguida pela Constituição da Confederação dos Estados Americanos, de 1781, houve a deflagração do movimento normativo.

Um dos momentos mais marcantes do constitucionalismo moderno foi durante a idade Contemporânea, que foi caracterizada por dois grandes impulsos, o primeiro foi a Constituição norte-americana de 1787, e, a segunda, a Constituição francesa de 1791. Bastante influenciados pelo iluminismo e impulsionados pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, elegeram de fato o povo como titular do poder, retirando, assim, o absolutismo do reinado.

Foram propagados valores liberais que geraram o constitucionalismo liberal, que tinha seu fulcro no individualismo e abstenção do estado na vida dos indivíduos, fato que gerou grande concentração de renda e desigualdade social, cenário este que foi combatido pelos direitos fundamentais de segunda dimensão, documentos marcantes nessa titularização de direitos são as Constituições do México de 1917 e a de Weimar de 1919.

Chegamos, portanto, ao constitucionalismo contemporâneo, vários doutrinadores utilizam o termo de “totalitarismo constitucional” para caracterizar as circunstâncias marcantes, tendo a Constituição papel dirigente no contexto social.

O constitucionalismo globalizado, tem características globais de difusão dos direitos humanos para todas as nações. Necessário também o destaque do advento dos direitos fundamentais de terceira dimensão, os direitos de fraternidade ou solidariedade de escala global.

Por fim, a partir do início do século XXI inicia-se um processo constitucional novo, no qual a doutrina denomina de Neoconstitucionalismo, ou Constitucionalismo Pós-Moderno. Há uma mudança de concepção dessa nova realidade, a ideia de limitação do poder político não é a central e única mais, sendo que a busca central se tornou a concretização da Constituição.

Dentre as marcas do Neoconstitucionalismo constam os direitos fundamentais positivadas nas cartas constitucionais, a adoção dos princípios como sendo normas seguidas de uma maior densidade normativa nas legislações, ou seja, a adoção das normas na busca dos objetivos do Estado.

Portanto, o Neoconstitucionalismo transfere o foco da limitação do poder para a concretização efetiva dos direitos fundamentais, que seria a passagem dos direitos fundamentais de segunda dimensão para os de terceira, analisados pela ótica não mais da Constituição, e sim, pelos direitos fundamentais, a qual será estudada a seguir.

1.2. HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há duas formas de abordar a análise histórica dos direitos fundamentais, a primeira consiste na análise das épocas/eras da humanidade, já a segunda é direcionada a evolução do conceito dos direitos fundamentais, divididos em gerações ou dimensões, dicotomia bastante veiculada nas doutrinas visto que a primeira, segundo alguns doutrinadores, traz uma ideia de superação das primeiras gerações pela superveniência de outras.

Pela análise histórica, os doutrinadores colocam como termo inicial dos direitos fundamentais o cristianismo, segundo as palavras de Gilmar Mendes:

O cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo.⁵

Nas palavras de Kildare Gonçalves Carvalho:

O cristianismo é apontado como marco inicial dos direitos fundamentais, manifestados nas parábolas de Jesus sobre o reino dos céus: a César o que é de César e a Deus o que é de Deus. 'Os direitos fundamentais do homem foram pregados por Jesus' (...). Nesse sentido, observa ainda José Carlos Vieira de Andrade que, 'no seguimento da tradição cristã, o poder temporal deixa de submeter o poder espiritual (pelo contrário, haveria de defender-se a sua ordenação a este último), tornando-se um poderio limitado, em contraposição ao totalitarismo da *polis*.⁶

Conforme já salientado, segundo grandes doutrinadores, quem deu o salto inicial para a promulgação dos direitos fundamentais foi o cristianismo. Após isso, destaca-se na Inglaterra medieval a assinatura de grandes tratados

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed., São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 134 apud Jacques Maritain ressalta que "a consciência dos direitos humanos tem, na realidade, sua origem na concepção do homem e do direito natural estabelecida por séculos de filosofia cristã (*Los derechos del hombre*, Madrid: Biblioteca Palabra, 2001, p. 69). Robert Alexy lembra também, a propósito, a declaração de igualdade em São Paulo (*Gálatas*, 3,28): "Não há judeu nem grego, não há varão nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus" (*Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático*, in *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2005, p. 32)

⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito Constitucional Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*, 13ª edição, Belo Horizonte: Del Rey editora, 2007, pág. 565, apud ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Alamedina, 1987, p.13.

políticos, como a *Petition of rights* de 1628, *Habeas Corpus Amendment* de 1679, *Act Bill of Rights* de 1689.

As ideias propagadas pelos dispositivos destacados acima tiveram grandes influências sobre os futuros avanços presentes na Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e sobre a Declaração Francesa, de 1789, que foi efeito culminante da Revolução Francesa, ganhando os direitos fundamentais status de universalidade entre os cidadãos. Foram elaboradas também declarações de direitos nos EUA, inicialmente a de Virgínia, depois de Pensilvânia e, por fim, de Maryland, todas de 1776.

Segundo Norberto Bobbio:

(...) a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade.⁷

Há um movimento global de internacionalização dos direitos fundamentais no período pós-segunda guerra mundial, com a assinatura da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, depois em 1966, são colocados em pauta os Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de Direitos Cívicos e Políticos, e, por fim, os Estados Unidos assinam o pacto São José da Costa Rica de direitos humanos.

Esboçado o quadro histórico de evolução dos direitos fundamentais, analisaremos pelo outro prisma, o prisma da evolução conceitual, que se trata de outra perspectiva histórica.

Primeiramente, conforme já fora citado acima, há um debate doutrinário acerca da utilização do termo correto na definição das épocas dos direitos fundamentais, alguns doutrinadores repudiam o uso de geração na atribuição dos direitos fundamentais por trazer uma noção de superação, o advento de direitos fundamentais de gerações subsequentes acabaria por superar os

⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, pág. 04.

antigos, fato este que determina o uso do termo correto, o das dimensões dos direitos fundamentais. Utilizaremos o termo dimensões para não estender tal polêmica.

Definir quantas dimensões dos direitos fundamentais existem também é uma tarefa árdua, visto que não existe consenso doutrinário para tanto. Doutrinadores como Gilmar Mendes e outros, restringem as dimensões em apenas três e consideram as demais, apenas reflexos normativos das já existentes.

Já outros, como Dirley da Cunha Júnior, reconhecem até cinco dimensões de direitos fundamentais. Adotaremos a corrente doutrinária que reconhece três dimensões sendo que as próximas são suas decorrências.

Introduzido as balizas teóricas sobre o tema, passaremos a análise histórica, de forma introdutória, é de oportuno momento as belas palavras de Dirley Cunha Júnior:

É esse movimento histórico de expansão e afirmação progressiva dos direitos humanos fundamentais que justifica o estudo de sua evolução no tempo. Daí falar-se em 'gerações' ou 'dimensões' de direitos, ou seja, em direitos de primeira, de segunda e de terceira geração ou dimensão, que correspondem a uma sucessão temporal de afirmação e acumulação de novos direitos fundamentais. Isso leva, por conseguinte, a uma consequência fundamental: a irreversibilidade ou irrevogabilidade dos direitos reconhecidos, aliada ao fenômeno de sua complementaridade. Quer dizer, o progressivo reconhecimento de novos direitos fundamentais consiste num processo cumulativo, de complementaridade, onde não há alternância, substituição ou supressão temporal de direitos anteriormente reconhecidos.⁸

Inicialmente, cumpre salientar que os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram nas Revoluções americana e francesa. De forma profética, a Revolução francesa exprimiu o necessário resguardo do homem em sua liberdade, igualdade e fraternidade, mesma sequência das três dimensões dos direitos fundamentais.

A primeira dimensão surgiu em meio a reinados absolutistas pela insurgente população que não mais concordava com os abusos estatais que

⁸ CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 586.

vinham sendo proferidos, queriam ter mais liberdade frente ao estado soberano, visto que suas liberdades eram totalmente engolidas pela vontade dos líderes políticos. Sendo assim, pela criação dos direitos de primeira dimensão, houve a legitimação de abstenções dos governantes. Nas palavras de Gilmar Mendes:

Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado.⁹

Vemos que são ações negativas do Estado perante o indivíduo (definiremos mais adiante os conceitos de ações negativas, ações positivas e a teoria de Jellinek), ou seja, abstenções estatais, dando assim ao cidadão mais autonomia e liberdade na convivência social.

Nas palavras de Dirley, vemos o cenário e a importância do advento dos direitos fundamentais de primeira dimensão:

Esses direitos de primeira dimensão foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do estado. Em razão disso, eles se voltavam exclusivamente à tutela das liberdades, tanto na esfera civil, quanto na esfera política; constituíam verdadeiro obstáculo à interferência estatal, pois pregavam o afastamento do Estado da esfera individual da pessoa humana, de modo que eram denominados de direitos de caráter 'negativo' ou simplesmente 'liberdades negativas'. Negava-se ao Estado, portanto, qualquer ingestão nas relações individuais e sociais, ficando ele reduzido tão somente a guardião das liberdades.¹⁰

Contudo, ilusão seria achar que os problemas estatais provenientes da época seriam solucionados pela legitimação de direitos individuais dos cidadãos. O erro aconteceu pela não intervenção do Estado em âmbitos sociais que determinavam o cenário social desigual, portanto, havia um contexto social que

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed., São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2017, p. 135.

¹⁰ CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 590.

despertou os cidadãos na descoberta dos direitos fundamentais de segunda geração. Nas palavras de Gilmar Mendes:

O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pletora de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc.¹¹

Como vimos, em meio a tantas dúvidas concernentes aos direitos de primeira dimensão não terem resolvido os problemas da sociedade e, empolgados pelas conquistas e sedentos pelo reconhecimento de mais direitos em face do Estado no combate as desigualdades sociais gritantes provenientes de uma industrialização em massa, surgem os direitos sociais, os direitos fundamentais de segunda dimensão.

Esses direitos, reconhecidos no século XX, sobretudo após a primeira Guerra Mundial, compreendem os direitos sociais, os direitos econômicos e os direitos culturais. São denominados de direitos de igualdade, porque animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana. Esses direitos, por sua vez, exigem atuações positivas do Estado, sob a forma de fornecimento de prestações. Isso significa que, diversamente dos direitos de primeira dimensão, para cuja tutela necessita-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais não podem ser tão-somente “atribuídos” ao indivíduo, pois exigem permanente ação do Estado na realização dos programas sociais. Por isso, são direitos denominados positivos, que expressam poderes de exigir ou de crédito.¹²

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed., São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2017, p.135.

¹² CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p.595.

Nas palavras de Dirley, podemos ver a definição clássica dos direitos fundamentais de segunda dimensão como sendo direitos de prestação, de ações positivas estatais. Contudo, os direitos sociais não se restringem a apenas prestações estatais, há dentro de seus núcleos normativos a necessidade de abstenções do estado.

Por mais que haja uma certa prevalência dos direitos sociais como sendo direitos de prestação, impossível restringi-los apenas a estes. O posicionamento do STF nesse sentido baliza o entendimento sobre o assunto no STA 175, Plenário 17/03/2010 de relatoria do ministro Gilmar Mendes:

(...) embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização.¹³

Vemos então que há uma preponderância das prestações sobre os direitos sociais e não uma restrição a eles, visto que existe sim abstenções nos direitos sociais.

A percepção que a desigualdade social transbordava as fronteiras das nações, ocasionaram uma comoção internacional fazendo com que novas reivindicações humanas nascessem do impacto tecnológico da sociedade e da não resolução dos problemas sociais modernos.

Grande marco histórico no reconhecimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão foi a Conferência de Estocolmo de 1972, houve o reconhecimento de vários problemas globais e a ratificação da importância dos direitos coletivos e difusos, impulso determinante para o acolhimento dos outros países.

¹³ STA AgR 175 STF, Ministro Relator Gilmar Mendes, 2010, p.07 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/sta175.pdf>>, Acesso em: 15 março 2018.

São direitos de terceira dimensão o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à segurança, o direito à paz, o direito à solidariedade universal. Nas palavras de Gilmar Mendes:

Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.¹⁴

Vemos então, que, em meio ao cenário social bastante globalizado, as fronteiras delimitadoras dos territórios nacionais não mais evitam a transposição dos problemas sociais de ordem nacional para os de ordem global.

Surge uma consciência global que, em meio a tantos problemas sociais, que não mais são apenas nacionais, tenta resolver pela difusão dos direitos humanos pelo mundo, os chamados direito de terceira dimensão.

Por fim, há vários doutrinadores que expandem as dimensões dos direitos fundamentais, e aqueles que condenam tal tentativa pelo motivo de considerarem tais direitos apenas abrangidos pelos já reconhecidos. Concluído a análise histórica, passaremos à análise normativa dos direitos fundamentais.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed., São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2017, p.135-136.

2. INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, precisamos delimitar de forma clara o conteúdo dos direitos fundamentais para então julgar suas eventuais restrições, caso não saibamos o âmbito dos direitos fundamentais, é tarefa quase impossível definirmos quais seriam suas restrições.

Para analisarmos o conteúdo das normas de direitos fundamentais, analisaremos a teoria do suporte fático, na qual nos dá uma resposta satisfatória a respeito da dúvida acima discorrida.

2.1. SUPORTE FÁTICO

A importância da delimitação dos direitos fundamentais reside no fato que, segundo a lição do Professor Virgílio:

Um exemplo simples pode ilustrar vários desses problemas. Determinado grupo musical, frustrado com a impossibilidade de demonstrar ao grande público seu talento, resolve, recorrendo a seu direito constitucional de reunião (CF, art 5º, XVI), fazer um concerto em local aberto ao público no horário de maior movimento de automóveis, na avenida mais movimentada de sua cidade, em cujas cercanias se encontram dezenas de hospitais importantíssimos. As autoridades locais, com fundamento no transtorno para o trânsito, na possibilidade de mortes ou piora no quadro de saúde daqueles que têm que ser transportados por ambulâncias para os referidos hospitais e, por fim, em vista da dimensão meramente individual, festiva e interesseira do evento, resolvem proibi-lo. Diante desse cenário, várias perguntas são possíveis: (a) O ato “show de rock no meio da rua” é exercício do direito de reunião? (b) Há colisão entre o exercício do direito de reunião e o direito à vida daqueles que podem morrer nas ambulâncias em vista dos problemas no trânsito de automóveis? (c) Quais são as formas de resolver o problema? Sopesamento entre direitos? Delimitação de um deles? Exclusão de determinadas situações – por exemplo, “show de rock no meio da rua” – da garantia de algum dos direitos envolvidos? As respostas a essas perguntas dependem, entre outras coisas, da definição do que seja suporte fático, da análise dos elementos que o compõem e, por fim, da fundamentação de sua extensão. Esses são os problemas que guiam a análise deste capítulo.¹⁵

¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 4º tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p.68-69.

Visto a essencialidade do tema, trataremos sobre o suporte fático com a interpretação voltada à garantia dos direitos fundamentais. Inicialmente trataremos do conceito de âmbito de proteção e passaremos a versar sobre o conceito essencial de suporte fático.

Âmbito de proteção se define como sendo o âmbito de proteção de ações, estados ou posições jurídicas, ou seja, de bens jurídicos protegidos. Seria a elaboração de uma delimitação de temas nas quais são abarcadas pela proteção jurídica. Contudo, tal proteção não é absoluta, podendo ser diminuída, restringida ou até mesmo excluída em face da Intervenção estatal, intervindo assim na esfera do âmbito de proteção até então protegida.

Visto isso, o suporte fático dos direitos fundamentais é definido pela somatória desses dois elementos, o âmbito de proteção e a intervenção, cabendo assim a norma específica definir no caso prático se será ou não necessária a intervenção no âmbito de proteção, com a sua devida fundamentação legal.

O conceito de suporte fático se assemelha em muito com o conceito penal de tipo penal ou o próprio conceito de suporte fático adotado no direito civil. Seria o simples enquadramento da norma ficta na realidade fática. Quando há o acionamento fático das delimitações da norma ficta, há a incidência das previsões constitucionais acerca do tema, podendo ser intervenções no âmbito de proteção do suporte fático da norma fundamental, ou, a proteção do âmbito de proteção da norma, sendo caracterizado assim os conceitos de direito de defesa e direitos de proteção.

Acerca da discussão, conforme já fora explicitado nos capítulos acima, um caracteriza-se pela abstenção estatal e, o outro, pelas prestações de certos direitos. Assimilado o tema, a análise versará sobre a amplitude de suas variáveis, ou seja, a concepção do suporte fático e sua delimitação por duas definições possíveis, suporte fático restrito e suporte fático amplo.

2.2. SUPORTE FÁTICO RESTRITO E AMPLO

A diferenciação na definição da amplitude dos direitos fundamentais é fundamental no cotidiano forense para podermos diferenciar as teses, partimos do pressuposto que um suporte fático pode abarcar um montante maior de variáveis ou, na outra visão, um montante menor.

No suporte fático amplo, possuímos duas estruturas integrantes do conceito, trata-se de uma operação de subtração, inicialmente temos o suporte fático amplo, que abarca a totalidade das condições integrantes do direito fundamental, subtraída a restrição do direito fundamental em tela teremos o resultado que será o suporte fático definitivo da norma. Segundo Alexy:

Para que a consequência jurídica definitiva (proteção definitiva) de um direito fundamental ocorra, o suporte fático tem que ser preenchido e a cláusula de restrição não; para que ela não ocorra é necessário ou que o suporte fático não seja preenchido ou que a cláusula de restrição o seja. Essa simples constatação é a base lógica para dois tipos muito distintos de construções fundamentadoras no âmbito de direitos fundamentais: a da teoria do suporte fático amplo e a da teoria do suporte fático restrito.

Quando se trata de se saber se uma determinada forma de agir é protegida pelos direitos fundamentais – por exemplo, se é por eles permitida – há duas respostas possíveis: ou ela é permitida, ou não. A partir da divisão entre suporte fático e restrição, a essas duas respostas é possível atribuir quatro construções fundamentadoras, que podem ser representadas pelo seguinte esquema:

- (1) Suporte fático (+), restrição (+): não permitida.
- (2) Suporte fático (+), restrição (-): permitida.
- (3) Suporte fático (-), restrição (+): não permitida.
- (4) Suporte fático (-), restrição (-): não permitida.

Na primeira linha, a forma de agir (h) preenche o suporte fático (+) e é abrangida pela restrição (+) e, por isso, não é permitida; na segunda linha, h preenche o suporte fático e não é abrangida pela restrição (-) e, por isso, é permitida; etc. É perceptível que para a fundamentação de uma permissão apenas uma das construções serve como argumento, mas para a fundamentação de uma não-permissão, três. Essas três construções são equivalentes no resultado. Quem defende uma teoria ampla do suporte fático escolherá, se possível, a primeira construção. Quem prefere uma teoria restrita irá se decidir, se possível, pela terceira ou pela quarta. A terceira construção tem a estrutura de uma dupla fundamentação: o suporte fático não foi preenchido e, se o tivesse sido, a ação teria sido abrangida por uma restrição.¹⁶

¹⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag. 5ª ed., 2006. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais* 2ª ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p.308.

A definição do conteúdo do suporte fático restrito, segundo o professor Virgílio:

São várias as estratégias e os conceitos a que os autores recorrem para definir o conteúdo do suporte fático restrito, ou seja, para excluir de antemão, determinadas condutas do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais. Em geral, todos eles costumam ter pelo menos dois pontos em comum: (a) a busca pela essência de determinado direito ou determinada manifestação humana e (b) a rejeição da ideia de colisão entre direitos fundamentais. As estratégias mais importantes são: (1) a interpretação histórico-sistemática; (2) a delimitação do âmbito da norma, sobretudo na versão desenvolvida por Friedrich Muller; e (3) a fixação de uma prioridade estanque das liberdades básicas, na forma como proposta por John Rawls.¹⁷

A título de complementação, John Rawls não se preocupou com a teoria do suporte fático ao defender sua tese, contudo, adota-se um suporte fático restrito de direitos fundamentais, cujos efeitos são os mesmos que os analisados a seguir.

Na interpretação histórico-sistêmica, cabe ao legislador e a interpretação constitucional, definir o que é essencial para cada direito fundamental. Segundo Virgílio, a análise histórico-sistêmica baseia-se no seguinte:

No plano histórico, é necessário analisar o contexto histórico-cultural da criação dos dispositivos constitucionais. Assim, por exemplo, já seria possível saber que o legislador constituinte, ao garantir a liberdade religiosa na Alemanha, em 1949 – ou no Brasil, em 1988 – não pretendia, com isso, garantir também sacrifícios humanos ou a poligamia. No plano sistemático, por sua vez, a análise deve se ater às relações que as diversas normas de direitos fundamentais guardam entre si e também com outras normas de direito constitucional. Segundo os autores, do “contexto das normas constitucionais e dos bens por elas protegidos poder-se-ia concluir, por exemplo, que reuniões em prédios ameaçados por incêndios ou em pontes em mau estado de conservação não estão protegidas pelo art. 8, I e II da constituição alemã.¹⁸

Já na definição da teoria de Friedrich Muller sobre o âmbito da norma e a especificidade, há uma diferenciação entre delimitação e restrição, sendo a primeira a amplitude fática de cada direito fundamental, definindo-se o conteúdo da proteção sendo similar a definição de seus limites. Ele considera que as

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 4º tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p.82-83.

¹⁸ Idem, p.83-84, apud Theodor Maunz/Reinhold Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, 29ª ed., Munchen: C. H. Beck, 1994, p. 145.

restrições externas aos direitos fundamentais não existem, sendo apenas delimitações de seus conteúdos.

Esboçado um cenário teórico do suporte fático restrito, passaremos a análise do suporte fático amplo, sendo necessário o ressaltado do professor Virgílio de forma introdutória sobre o tema:

(...) toda teoria que se baseia em suporte fático restrito para os direitos fundamentais tem como principal tarefa fundamentar o que se inclui e o que não deve ser incluído no âmbito de proteção desses direitos, bem como definir qual é a extensão do conceito de intervenção estatal nesse âmbito. Como será visto a seguir, um modelo baseado em um suporte fático amplo está isento dessas tarefas, já que o decisivo, a partir desses modelos, não é o trabalho com o âmbito de proteção ou com o conceito de intervenção estatal, mas com a argumentação possível no âmbito da fundamentação constitucional das intervenções.¹⁹

Portanto, vemos que transfere-se o foco do suporte fático do momento da definição do âmbito de proteção para o momento da definição do âmbito de proteção na fundamentação constitucional das intervenções estatais.

No caso do suporte fático amplo, a definição do âmbito de proteção de um certo direito fundamental é apenas o primeiro passo, pois as condutas dependerão de outros passos seguintes devido a necessidade de um eventual sopesamento ou adesão do princípio da proporcionalidade na hora de decidir sobre a proteção definitiva do estado.

. Em contraparte do conceito de restrição dos direitos fundamentais, o conceito de suporte fático diz respeito àquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, ou seja, sem levar em consideração as futuras e possíveis restrições.

Analisando agora sob o ótica das teorias sobre as restrições dos direitos fundamentais, passaremos a atenção para as teorias internas e externas que definem o conceito de proteção das normas fundamentais e suas eventuais restrições

¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 4º tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p.94.

2.3. RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA TEORIA INTERNA E EXTERNA.

A teoria interna apresenta dois componentes essenciais, logicamente o direito em tela e os limites chamados de limites imanentes, os dois juntos formam as bases da teoria interna.

Para a teoria interna, os limites dos direitos se encontram dentro dos próprios direitos, ou seja, os limites já estão contidos no próprio direito, fato que aproxima essa teoria com o caráter normativo das regras, segundo explicação de Marcelo Novelino:

Por ter seus limites fixados *a priori*, para a teoria interna o direito tem sempre um caráter definitivo, nunca *prima facie* em termos de estrutura normativa, partindo da distinção entre princípios e regras formuladas por Alexy, os direitos definidos sob este enfoque têm sempre a estrutura de regras. Isso porque, sendo a definição do direito estabelecida *a priori*, a norma que o garante necessariamente será aplicável e produzirá todos os seus efeitos sempre que ocorrer a situação prevista em seu suporte fático. Sua aplicação, portanto, dar-se-á segundo a lógica do “tudo ou nada”.²⁰

Por consequências do fato de os direitos já delimitarem os limites de seus próprios direitos, não há que se falar em conflitos de direitos, de ponderação e nem de sopesamento, pelo caráter normativo de regras a única técnica de interpretação normativa admitida é a da subsunção.

O termo limites imanentes advém de fronteiras constituídas pela própria Constituição sendo identificados apenas pela interpretação normativa. Segundo Marcelo Novelino:

Para os adeptos da teoria interna, fixação dos limites imanentes de cada direito ocorre por meio de um processo interno no qual o direito e seus limites são vistos como uma só coisa. Não há, portanto, a interferência de aspectos externos – como colisões com outros direitos – na definição dos limites imanentes.²¹

²⁰ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional. Vol. Único*. 9ªed., São Paulo: Editora GEN. Editora Método, 2014, p.409-410, apud SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.129.

²¹ Idem, p.411, apud SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.128.

Consagrando e reforçando a ideia, segundo a teoria de Alexy sobre regras e princípios, o caráter normativo de regras fundamentais dos direitos fundamentais.

Na teoria externa, diferentemente da teoria interna, há uma separação entre o direito fundamental e a eventual restrição (que na interna era chamada de limite), os dois estão em polos distintos, as restrições não atingem o âmbito de proteção do direito fundamental, são coisas distintas. Segundo Marcelo Novelino:

Na teoria externa, as restrições ao direito fundamental não atingem o seu conteúdo abstratamente considerado, mas apenas o seu exercício diante de um caso concreto. Diversamente da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto (o direito com os seus limites imanes), na teoria externa há uma distinção entre o direito em si e as restrições, situadas fora do direito.²² A determinação do conteúdo definitivamente protegido por um direito fundamental envolve duas etapas claramente distintas. A primeira consiste na identificação do conteúdo inicialmente protegido (âmbito de proteção), o qual deve ser determinado da forma mais ampla possível. A segunda, na definição dos limites externos (restrições) decorrentes da necessidade de conciliar o direito com outros direitos e bens constitucionalmente protegidos.²³ (...)

Na definição de ALEXY, os princípios, enquanto mandamentos de otimização, consagram um direito *prima facie* que poderá ser restringido por outras normas em sentido oposto. Portanto, sob esse prisma, a determinação do direito definitivo somente será possível diante de um caso concreto, após a ponderação entre os princípios colidentes ou a aplicação das regras que integram o postulado da proporcionalidade.²⁴

Portanto, para auferir o suporte fático definitivo de uma determinada norma fundamental, é necessária a definição do âmbito de proteção do direito

²² NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional. Vol. Único*. 9ªed., São Paulo: Editora GEN. Editora Método, 2014, p.411 apud SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.138.

²³ Idem, p. 411 apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na teoria dos princípios*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p.502: “Uma premissa fundamental na solução do problema da restringibilidade dos direitos fundamentais diz respeito à existência (ou não) de um direito geral de liberdade na Constituição. Trata-se de saber se a liberdade existe na medida em que não seja vedada ou restringida pelos direitos alheios e bens coletivos ou se, diversamente, a liberdade só existe na medida em que seja reconhecida pelo texto constitucional”. A autora defende que “a ordem constitucional brasileira contempla o direito geral de liberdade”.

²⁴ Ibidem, p. 411, apud SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 140.

para depois analisar a restrição, que não advém do direito, e sim de uma outra norma reguladora.

As restrições aos direitos fundamentais, em geral, são impostas por meio de regras. Na maior parte dos casos, aquilo que parece ser uma colisão entre um princípio e uma regra, na verdade, é “o resultado do processo de restrição ao princípio, cuja expressão é a regra”²⁵. Nos casos de restrição a um direito fundamental por regra elaborada pelo legislador infraconstitucional a partir de um sopesamento de princípios, a análise da constitucionalidade deverá se pautar, entre outros critérios, pelo postulado da proporcionalidade.²⁶

Um direito fundamental pode ser restringido, ainda, quando o princípio que o consagra entre em choque com outro(s) princípio(s), hipótese na qual a colisão exigirá o sacrifício (total ou parcial) de, pelo menos, um deles. Quando uma situação colisiva ainda não foi objeto de ponderação pelo legislador, caberá ao juiz decidir, diante das circunstâncias do caso concreto, qual dos princípios deverá prevalecer. Nesta hipótese, o resultado da ponderação também será uma regra. A diferença é que esta regra será elaborada no âmbito judicial, e não no legislativo. Em geral, a aplicação direta dos princípios constitucionais colidentes por meio do sopesamento deve ocorrer apenas nas hipóteses de inexistência de regra formulada pelo legislador disciplinando a colisão entre os princípios envolvidos^{27, 28}.

Por fim, cumpre salientar que a restrição na teoria externa passa por uma análise de constitucionalidade proposta em três etapas. A primeira etapa será feita pela análise subsuntiva, sequência necessária da característica normativa contida nas regras. Na segunda etapa, caso haja a afirmação da restrição imposta ao caso, será necessária a justificação constitucional para a restrição. Por último, apura-se se é uma restrição legítima de um direito fundamental, caso não seja, passará de uma restrição para uma violação (não respaldada normativamente). De forma conclusiva sobre o tema, será ressaltada as importantes palavras de Novellino:

O direito definitivamente protegido somente pode ser identificado, portanto, após a análise do âmbito de proteção e da restrição. Vale dizer: se uma determinada ação, característica ou situação estiver contida no âmbito de proteção e não for objeto de restrição (“legítima”),

²⁵ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional. Vol. Único*. 9ªed., São Paulo: Editora GEN. Editora Método, 2014, p. 412, apud SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 141.

²⁶ Idem, p. 412, apud SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 179: deve-se indagar se a regra infraconstitucional que restringe um direito fundamental é adequada para fomentar seus objetivos (fomentar a realização de um outro direito fundamental, por exemplo), se não há medida alternativa tão eficiente quanto, mas menos restritiva, e por fim, se há um equilíbrio entre a restrição de um direito e a realização de outro”.

²⁷ Ibidem, p. 412, apud SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 179.

²⁸ Ibidem, p. 411-413.

estará definitivamente protegida; se determinada ação, característica ou situação não estiver contida no âmbito de proteção, ou, caso esteja, seja abrangida também por uma restrição, não estará definitivamente protegida.²⁹

Ao contrário da teoria interna, que sempre terá uma estrutura normativa de regra, de acordo com a teoria dos sistemas de Alexy, a teoria externa pode se desdobrar na forma de princípios e na forma de regras. Segundo o professor Virgílio:

Um princípio, compreendido como mandamento de otimização, é, *prima facie*, ilimitado. A própria ideia de mandamento de otimização expressa essa tendência expansiva. Contudo, em face da impossibilidade de existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes. Aí reside a distinção, exposta anteriormente, entre direito *prima facie* e o direito definitivo. Essa é a distinção que a teoria externa pressupõe. O direito definitivo não é – ao contrário do que defende a teoria interna – algo definido internamente e *a priori*. Somente nos casos concretos, após sopesamento ou, se for o caso, aplicação da regra da proporcionalidade, é possível definir o que definitivamente vale. A definição do conteúdo definitivo do direito é, portanto, definida a partir de fora, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes.³⁰

Portanto, como vemos, as restrições dos direitos fundamentais, de acordo com a teoria externa, em contrassenso com a teoria interna, podem ocorrer de duas formas, por meio de princípios ou de regras.

A restrição dos direitos fundamentais por meio de princípios ocorre, materialmente falando, sempre. Baseando-se em um suporte fático amplo, sempre haverá o choque entre eles, sendo solucionada pela restrição de pelo menos algum dos princípios envolvidos. Já na distinção formal, a restrição poderá variar, sendo possível que o processo de ponderação já tenha sido objeto de análise legislativa, dando ensejo a uma regra, mas, pode também acontecer um sopesamento no caso concreto em decisões judiciais nas quais não tenham normas legislativas dispondo sobre o tema.

²⁹ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional. Vol. Único*. 9ªed., São Paulo: Editora GEN. Editora Método, 2014, p.414.

³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 4º tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 140.

Por fim, por mais que os conceitos de Suporte fático restrito vs. Suporte fático amplo, em contraposição com a Teoria Interna vs. Teoria Externa não ofereçam uma semelhança de argumentos, tratam-se de uma ligação não necessária, visto que é possível adotar um Suporte fático restrito e adotar uma teoria externa de restrições a direitos fundamentais.

3. TÉCNICAS INTERPRETATIVAS DAS NORMAS

Seguindo a teoria dos princípios de Alexy, sendo fidedigno a ela em todo o trabalho, passaremos a análise das técnicas interpretativas das normas. De forma a salientar o conhecimento, será exposto de forma breve a diferenciação para Alexy das normas e dos princípios.

Inicialmente, versando sobre os princípios, Alexy dá a eles o caráter de mandamentos de otimização, por serem caracterizados pelos graus variados de satisfação e pela medida de satisfação do princípio depender das possibilidades jurídicas, sendo elas caracterizadas pela colisão dos princípios e das regras.

As regras são normas que não admitem mais de duas possibilidades jurídicas, ou são satisfeitas ou não são satisfeitas, portanto, a diferença entre as regras e os princípios é de caráter qualitativo. Por fim, as normas jurídicas só podem comportar o caráter de uma regra ou de um princípio.

A técnica interpretativa das normas jurídicas subdivide-se entre a técnica interpretativa das regras e dos princípios. Para analisar o conflito entre regras, basta uma análise normativa com o devido respeito ao postulado “*lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*”, portanto, lei posterior revoga a anterior, e, lei especial revoga lei geral, isso no que tange a validade das normas, podendo ter também regras contidas no diploma normativo que restrinjam outras normas de validade semelhante.

Já a técnica interpretativa de colisões entre princípios é um pouco mais apurada. Na colisão entre mandamentos de otimização, um terá que ceder espaço que antes ocupava para outro, contudo, definir a forma interpretativa de qual princípio deverá ceder ou não que é a tarefa árdua.

Para responder a essa pergunta, temos a máxima da proporcionalidade, ou a regra da proporcionalidade, que, em três etapas, consegue dirimir a árdua tarefa e torná-la uma sequência lógica. Há também uma definição própria de Humberto Ávila no que tange a proporcionalidade:

Por fim, Humberto Ávila sugere que a proporcionalidade seja considerada como aquilo que ele denomina de postulado normativo aplicativo. Em linhas gerais, um postulado normativo aplicativo seria, segundo Ávila, uma norma que estabelece a estrutura de aplicação de outras normas, ou seja, uma metanorma.³¹

Portanto, explicitado o caráter normativo da proporcionalidade e suas teorias de denominação, passaremos a análise de seus componentes integrantes, a adequação, a necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. Iniciaremos pela máxima da adequação.

3.1. ADEQUAÇÃO

A adequação de uma medida estatal diz respeito ao seu objetivo pretendido, para que seja adequada, é necessário que o objetivo seja um fim constitucionalmente legítimo. Segundo o professor Virgílio, a indagação inicial com relação ao tema é a seguinte:

A medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido? Há autores que defendem indagação mais exigente, no sentido de se analisar se a medida é adequada não apenas para fomentar, mas para realizar por completo o objetivo perseguido. A exigência de realização completa do fim perseguido é contraproducente, já que dificilmente é possível saber com certeza, de antemão, se uma medida realizará, de fato, o objetivo a que se propõe. Muitas vezes o legislador é obrigado a agir em situações de incertezas empíricas, é obrigado a fazer previsões que não sabe se serão realizadas ou, por fim, esbarra nos limites da cognição. Nesses casos, qualquer exigência de plena realização de algo seria uma exigência impossível de ser cumprida. Por isso a preferência pela primeira alternativa, que, de resto, é também aquela apoiada pela maioria da doutrina.³²

Portanto, para alcançar o objetivo, os fins desejados devem ser adequados, constitucional e faticamente, na persuasão dos objetivos. Segundo Marcelo Novelino:

³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 4ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 168 apud ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.122.

³² Idem, p. 170.

Quando um direito fundamental possui uma cláusula de reserva legal expressa (simples ou qualificada), para que a medida restritiva seja considerada adequada, basta que não afronte a Constituição. Nesse caso, cabe ao legislador eleger, dentro da margem de ação constitucionalmente permitida, os fins a serem implementados. Todavia, em se tratando de reserva legal qualificada, não se pode olvidar que o conteúdo das restrições é limitado pela Constituição. Quando a medida estatal tiver como fundamento uma cláusula restritiva não escrita, para que a restrição imposta ao direito fundamental possa ser considerada legítima, necessariamente terá que ser reconduzível a uma norma de hierarquia constitucional. Do contrário, estar-se-ia admitindo uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental não justificada constitucionalmente. Nesse caso, se uma determinada medida embaraça a realização de um princípio X e se mostra incapaz de fomentar um princípio Y, significa que a intervenção não é adequada. Consideradas conjuntamente, os dois princípios irão proibir a adoção da medida.³³

Portanto, vemos que mesmo que não haja uma cláusula restritiva não escrita, é necessária a fundamentação da intervenção na constituição. Concluído o tema, passamos ao exame da máxima da necessidade.

3.2. NECESSIDADE

A intervenção, segundo a máxima da proporcionalidade, só será necessária caso não se tenha a opção mais benéfica para o alcance do fim pretendido. Nas palavras de Virgílio:

Assim, um ato estatal que limita o direito fundamental “é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”.

Nesse sentido, vamos supor que o Estado lance mão da medida M¹, que limita o direito fundamental D mas promove o objetivo O. Se houver uma medida M² que, tanto quanto M¹, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então, a medida M¹, utilizada pelo Estado, não é necessária. (...)

Nessa comparação, como se percebe, duas são as variáveis a serem consideradas: (1) a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto; e (2) o grau de restrição ao direito fundamental atingido. É

³³ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional. Vol. Único*. 9ªed., São Paulo: Editora GEN, Editora Método, 2014. pág. 423.

claro que, tratando-se de duas variáveis, é necessário que se decida qual é a mais importante. Em geral fala-se na necessidade como a busca do “meio menos gravoso”, o que pode dar a entender que se deva dar sempre preferência à medida que restrinja menos direitos. Mas isso somente é assim caso ambas as medidas sejam igualmente eficientes na realização do objetivo.³⁴

Na concepção de Novelino:

(...) Para passar pelo teste da necessidade, a medida interventiva não precisa ter exatamente o mesmo grau de eficácia, bastando que seja similar. Observa-se, portanto, que a regra da necessidade impõe uma dupla análise: primeiro, se existem medidas alternativas similarmente eficazes para fomentar o fim almejado; segundo, se tais medidas são menos gravosas que a efetivamente adotada.³⁵

A necessidade, assim como a adequação, também é expressão da ideia de eficiência de Pareto: “em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas de outra posição”. Como esclarece ALEXY, “o que se diz é apenas que, se o legislador quiser perseguir o objetivo escolhido, ele pode adotar apenas o meio mais suave, ou um meio igualmente suave ou um meio ainda mais suave. Isso não é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais”.³⁶

3.3. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 4ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 171-172.

³⁵ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional. Vol. Único*. 9ªed., São Paulo: Editora GEN. Editora Método, 2014, p.424, apud SOUZA NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 475: “Ambas as etapas acima referidas podem envolver diversas dimensões. Na primeira etapa, é necessário comparar as medidas alternativas com a que foi adotada sob várias perspectivas, como a quantitativa (a medida alternativa promove o objetivo tanto como a medida questionada?), a qualitativa (ela o faz tão bem como a medida impugnada?), a probabilística (a sua chance de êxito é igual ou superior à da que foi esposada?) e a temporal (ela avança nos objetivos com pelo menos a mesma velocidade do que a medida adotada?). Uma medida só será considerada tão idônea quanto a adotada pelo Estado se for igual ou superior àquela sob todas estas perspectivas. Se, por exemplo, tivermos uma medida que promova mais o objetivo perseguido, mas que envolva um risco mais elevado de fracasso, ela não poderá ser considerada igualmente idônea. Neste caso, o juízo político ou técnico do órgão estatal sobre o que priorizar – quantidade ou risco – deve prevalecer, em razão do princípio de separação dos poderes”.

³⁶ Idem, p.424, apud ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag. 5ª ed., 2006.Tradução de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p.589-591.

Doutrinadores fazem referência à proporcionalidade em sentido estrito como sendo a lei material do sopesamento, quando se é necessário a análise da intensidade da intervenção do Estado e a realização do objetivo pretendido, em uma busca incessante pelo ponto “ótimo” das normas restringidas. Segundo Novelino:

A otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento. Os três passos a serem observados de acordo com a “lei do sopesamento” são: 1) avaliação do grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios; 2) avaliação da importância da satisfação do princípio colidente; e 3) avaliar se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio.³⁷

A escala de satisfação do princípio fomentado e de afetação ou não satisfação do princípio contraposto pode ser construída em três níveis: leve (l), moderado (m) e sério (s). Quando os dois princípios tiverem um peso abstrato igual e o grau de afetação ou não satisfação de um princípio for maior que o grau de satisfação de outro (s/m, s/l ou m/l), a medida não passará pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito. Em sentido contrário, quando os dois princípios tiverem um peso abstrato igual e o grau de afetação ou não satisfação de um princípio for menor que o grau de satisfação de outro (l/s, l/m ou m/s), a medida passará pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito. Os três casos de impasse no sopesamento (s/s, m/m ou l/l) conduzem à chamada margem de ação estrutural (discricionariedade estrutural) para sopesar. Nessas situações, existe uma “margem de ação” (“discricionariedade”), decorrente da estrutura normativa dos direitos fundamentais, para sopesar.³⁸ Havendo lei restritiva, o juiz deve ser deferente com a escolha realizada pelo legislador democraticamente eleito (princípio democrático), ou seja, a medida deverá ser considerada proporcional. Quando for apenas o caso de sopesamento envolvendo princípios de direitos fundamentais contrapostos, e não de análise de medida restritiva, haverá uma “margem de ação” (“discricionariedade”) para o Judiciário. Nessa hipótese, por não haver medida restritiva a ser analisada, não serão utilizados os testes da adequação e da necessidade, mas somente o da proporcionalidade em sentido estrito. Como se pode observar, o sopesamento não é um procedimento capaz de conduzir, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. A versão moderada sustenta que, embora o sopesamento não seja capaz de determinar um resultado racional para todos os casos, em algumas situações isso é possível, e que o conjunto dessas situações “é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método”^{39, 40}

³⁷ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional. Vol. Único*. 9ªed., São Paulo: Editora GEN. Editora Método, 2014, p.425 apud ALEX, Robert. *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag. 5ª ed., 2006.Tradução de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p.594.

³⁸ Idem, p. 425 apud ALEX, Robert. *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag. 5ª ed., 2006.Tradução de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p.611.

³⁹ Ibidem, p.425 apud ALEX, Robert. *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag. 5ª ed., 2006.Tradução de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p.594.

⁴⁰ Ibidem, p. 424-425.

Virgílio nos dá um ótimo exemplo acerca do tema:

Vamos supor o seguinte exemplo: com o intuito de realizar o direito à privacidade, o legislador aprova um projeto de lei, que é depois sancionado e promulgado, no qual se proíbem: (1) qualquer forma de jornalismo investigativo; (2) qualquer divulgação de dados constantes em qualquer processo, em qualquer nível; (3) a publicação de qualquer foto, de qualquer pessoa, a não ser com autorização expressa do fotografado; (4) a quebra de sigilo bancário, em toda e qualquer situação. Esse é um conjunto de medidas que, sem dúvida, é adequada a fomentar o fim que se persegue – a garantia da privacidade. Seria difícil, além disso, imaginar um conjunto de medidas que seja assim eficaz para a realização desse objetivo e que, ao mesmo tempo, restrinja menos os direitos fundamentais envolvidos (entre outros, a liberdade de imprensa e a publicidade dos atos processuais).⁴¹

Portanto, exposto as três máximas que compõe a máxima da proporcionalidade, passamos a análise normativa dos direitos fundamentais sob uma visão mais restrita.

4. ANÁLISE NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Delimitando as possíveis ações do Estado na sociedade, temos a definição dos direitos de defesa e os direitos à ações positivas. No primeiro temos ações do Estado de não-afetação e não-embaraço, tratando assim de impedimento de ações estatais em determinados âmbitos. Já no segundo, temos os direitos do cidadão em face do Estado.

4.1. DIREITOS DE DEFESA

Alexy ainda faz uma divisão dentro dos próprios direitos supracitados. Nos direitos às ações negativas há uma subdivisão em três formas distintas. A primeira leva o nome de Direitos ao não-embaraço de ações, que segundo Alexy:

⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 4º tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 175.

A locomoção, a manifestação da crença, a expressão da opinião, a criação de uma obra de arte, a educação dos filhos, a reunião em uma rua e a escolha de uma profissão são exemplos de ações de um titular de um direito fundamental que podem ser impedidas ou dificultadas.⁴²

A segunda forma se trata dos direitos à não-afetação de características e situações, que são direitos a ações estatais em que não haja a afetação de determinadas características e situações do titular do direito. Segundo o exemplo de Alexy: “Exemplos de propriedades de um titular de um direito fundamental que podem ser afetadas são viver e ser saudável; um exemplo de uma situação é a inviolabilidade do domicílio.”⁴³

Por fim, o terceiro grupo trata-se dos direitos à não-eliminação de posições jurídicas, constituído pelos direitos a que o Estado não elimine algumas posições jurídicas. Exemplos são os direitos de propriedade, livre manifestação, etc.

4.2. DIREITOS À AÇÕES POSITIVAS

Os direitos que a população possui em detrimento do Estado, caracterizados pelos direitos positivos podem ser divididos em dois grupos, o primeiro sendo caracterizado pelo objeto do direito como uma ação fática e o segundo uma ação normativa. Nas palavras de Alexy:

Trata-se de um direito a uma ação positiva fática quando se supõe um direito de um proprietário de escola privada a um auxílio estatal por meio de subvenções, quando se fundamenta um direito a um mínimo existencial ou quando se considera uma “pretensão individual do cidadão à criação de vagas nas universidades”. O fato de a satisfação desse tipo de direitos ocorrer por meio de alguma forma jurídica não muda nada no seu caráter de direito a uma ação fática.⁴⁴

Já os direitos a ações positivas normativas são direitos do cidadão na elaboração de normas por atos estatais. Segundo exemplo de Alexy:

⁴² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag. 5ª ed., 2006. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p.196.

⁴³ Idem, p.199.

⁴⁴ Ibidem, p.202.

Um exemplo de direito a uma prestação normativa é o direito ao estabelecimento de uma determinada competência de co-gestão em uma instituição, como, por exemplo, na universidade. O fato de o objeto desse direito ser uma competência, a qual, enquanto tal, deve ser atribuída ao status ativo, não dá ensejo a nenhuma objeção contra a classificação do direito a essa competência como um direito a uma prestação normativa positiva. A prestação normativa positiva consiste na garantia de uma competência de co-gestão.⁴⁵

Definidos os direitos a algo do Estado na sociedade moderna, passaremos a análise agora para a interpretação constitucional dos direitos fundamentais e suas eventuais restrições.

5. INTERVENÇÃO DO ESTADO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para analisarmos a intervenção do estado na atualidade é necessário entendermos a conjuntura social e os fatos que foram determinantes para sua formação. Analisaremos o preâmbulo da Constituição Federal com a intenção a qual norteou sua criação, de forma introdutória. Nas palavras de Kildare Gonçalves Carvalho:

O preâmbulo confere legitimidade à Constituição, seja quanto à sua origem, seja quanto ao seu conteúdo, que será variável segundo as circunstâncias históricas e a ideologia que se verificaram durante a atividade dos constituintes originários.⁴⁶

Apesar das críticas concernentes à forma do preâmbulo e de sua forma e extensão extremamente variadas, ela traz uma noção sobre a conjuntura que será tratada na Constituição Federal:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁴⁷

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag. 5ª ed., 2006. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p.203.

⁴⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito Constitucional Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*, 13ª edição, Belo Horizonte: Del Rey editora, 2007, p.507.

⁴⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A maioria dos autores se recusa a tratar o preâmbulo como tendo caráter normativo, contudo, há alguns que enxergam um caráter bastante peculiar no mesmo, como é a ideia de Karl Friedrich, na qual reconhece que o preâmbulo reflete a opinião pública à qual cada Constituição deve sua força.⁴⁸

Podemos ver no preâmbulo um resumo da relação da Constituição Federal com os direitos fundamentais. Quando se fala em valores supremos, como sendo os direitos a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça; vemos princípios fundamentais e normas fundamentais norteando o conceito de “valor supremo”. Segundo as palavras de José Afonso da Silva:

Os valores supremos, expressamente enunciados, são: os direitos sociais, os direitos individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Os artigos definidos (os direitos, a liberdade etc.) são do texto constitucional e têm, no contexto, importante papel, porque cumprem função de generalizador, de qualificador universal ou operador total, valem para a classe do termo referido; por eles “se expressa uma vinculação universal dos valores do argumento. A oração se converte num juízo universal positivo de determinação, quer dizer, com respeito à função diretiva, em esquema diretivo de ação universal.”⁴⁹

Portanto, de forma introdutória tanto no preâmbulo quanto no capítulo, podemos ver o que irá nortear as disciplinas jurídicas, estando enquadrados qualquer tipo de relação existente dentro do contexto jurídico e, por consequência, qualquer ato ou intervenção do estado na vida da sociedade.

A relação estatal com o indivíduo na sociedade é muito bem explicada pela Teoria dos Status de Jellinek, na qual tem como óbice central o conceito de Status, que é definido como uma relação do indivíduo com o Estado, na qual o status caracteriza-se como uma situação, diferenciando assim com o direito. Segundo explicação de Alexy:

(...) o status, na forma como Jellinek o expressa, tem como conteúdo o “ser” e não o “ter” jurídico da pessoa. Alguns exemplos podem esclarecer o que Jellinek entende, nesse caso, por “ser” e “ter”. Por

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.18 apud FRIEDRICH, Karl. *La Démocratie Constitutionnelle*. 2ªed. Tradução de Andrée Marinerie, Simone Dreyfus, Stanley Hoffman e Pierre Trouvat. Paris: PUF, 1958, p.86.

⁴⁹ Idem, p.23.

meio da concessão do direito de votar e do direito de livremente adquirir propriedade, modifica-se o status de uma pessoa e, com isso, o seu ser, enquanto a aquisição de um determinado terreno diz respeito apenas ao seu “ter”.⁵⁰

Explicaremos as quatro divisões explicitadas pela teoria de Jellinek, o status passivo, o status negativo, o status positivo e o status ativo.

5.1. STATUS PASSIVO

O status passivo é caracterizado pela relação de sujeição do indivíduo pelo Estado. Segundo Jellinek, o Estado impõe deveres e proibições ao indivíduo que se encontra no status passivo, contudo, caso haja algum indivíduo que não se encontra submetido a proibições e deveres impostos pelo Estado, ele não se encontra no status passivo. Segundo as palavras de Alexy na delimitação do tema:

(...) o fato de que *a* se encontra no status passivo significa simplesmente que existe algum dever ou proibição estatal ao qual *a* esteja sujeito, ou que poderia legitimamente existir algum dever ou proibição estatal ao qual *a* esteja sujeito, ou que poderia legitimamente existir algum dever ou proibição, ou seja, que o Estado teria uma competência diante de *a* para estabelecer algum dever ou proibição que o afetasse, o que significa que *a* se encontra, em relação ao Estado, em uma posição de sujeição, na forma como definida anteriormente.⁵¹

5.2. STATUS NEGATIVO

O status negativo se assemelha com o direito ao não-embaraço, pois é algo que transfere ao indivíduo a faculdade ou não de exercício, segundo considerações de Alexy:

Jellinek explica o conceito de status negativo com as seguintes, e muito citadas, palavras: ‘Ao membro do Estado é concedido um status, no âmbito do qual ele é o senhor, uma esfera livre do Estado, que nega o seu *imperium*. Essa é a esfera individual de liberdade, do status negativo, do status *libertatis*, na qual os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação do indivíduo’. Nesse

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag. 5ª ed., 2006. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p.255, apud JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª edição, Tübingen: Mohr, 1905, p.84.

⁵¹ Idem, p.256.

sentido, um status negativo é formado por uma esfera individual de liberdade. Mas essa esfera individual de liberdade é, segundo Jellinek, a classe das 'ações dos súditos que são juridicamente irrelevantes para o Estado'. Irrelevante para o Estado seria uma ação que, ao menos nos que diz respeito à relação Estado/cidadão, 'não tenha condições de produzir um efeito juridicamente relevante'.⁵²

Portanto, em contraposição ao status passivo, vemos que eles se encontram em uma relação de contradição entre si. Enquanto um trata de proibições e deveres, o outro trata de faculdades e direitos de não-intervenção.

5.3. STATUS POSITIVO

O status positivo, na definição de Jellinek, seria como um status passivo do Estado, sendo discutido assim a liberdade estatal na feitura ou não de determinada ação. Nas palavras de Alexy:

O indivíduo está inserido nesse status sempre que o Estado a ele 'reconhece a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, ou seja, (quando) garante ao indivíduo pretensões positivas.' O que se quer dizer com isso não é algo muito claro. Fica mais claro quando Jellinek afirma que o Estado confere ao indivíduo 'status cívico' quando (1) lhe garante 'pretensões à sua atividade' e (2) 'cria meios jurídicos para a realização desse fim'. Jellinek chama de 'pretensões jurídicas positivas formais'. (...) O fato de o indivíduo ter esse tipo de pretensão em face do Estado significa, em primeiro lugar, que ele tem direitos a algo em face do Estado, e, em segundo lugar, que tem uma competência em relação ao seu cumprimento. (...) o cerne do status positivo revela-se como o direito do cidadão, em face do Estado, a ações estatais.⁵³

5.4. STATUS ATIVO

Por fim, chegamos ao último status da teoria de Jellinek. Segundo ele, o status ativo representa o poder do cidadão na formação da vontade estatal, na participação do Estado. O direito de voto é uma clara atribuição de uma competência desse status.

⁵² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag. 5ª ed., 2006. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p.258, apud JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª edição, Tübingen: Mohr, 1905, p.104.

⁵³ Idem, p.263-265.

Para que haja o status ativo, é necessária a outorga de capacidades que não são constituídas pela “liberdade inata do homem” ou “liberdade natural”. Importantes considerações são feitas por Alexy:

De importância significativa para o status ativo é a conexão entre as posições que pertencem aos outros status. As posições do status ativo estão sempre ligadas às posições dos outros status, pois o exercício de uma competência é sempre obrigatório ou proibido (status passivo) ou facultativo (status negativo). Segundo Jellinek, o indivíduo é incorporado ao status ativo quando sua esfera “não é restringida por uma obrigação e, ao contrário, sua capacidade de agir juridicamente é ampliada”.⁵⁴

Analizadas as posições em que o cidadão pode se encontrar perante o Estado, passaremos agora a versar sobre a análise dos dispositivos constitucionais pátrios dos direitos fundamentais.

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag. 5ª ed., 2006. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p.269. apud JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª edição, Tübingen: Mohr, 1905, p.139.

6. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Atualmente temos os Direitos Fundamentais positivados em nossa Constituição Federal, tendo assim caráter constitucional, fato inovativo em nossa Carta Magna. Eles estão previstos no “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, tendo como alguns artigos a maior relevância e densidade normativa, como o artigo 5º e artigo 6º da mesma carta normativa.⁵⁵

Não há como, porém, restringir os direitos fundamentais apenas nesses artigos, visto que eles possuem respaldo teórico em todo o ordenamento jurídico e possuem dispositivos que autorizam o legislador a intervir para definir o âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais, fato que a doutrina denomina de Norma de Eficácia Plena, Norma de Eficácia Contida e Norma de Eficácia Limitada.

Antes de irmos para as classificações doutrinárias, é necessário observarmos o artigo 5º §1º da CF: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.⁵⁶ Vemos que por mais que haja Normas Fundamentais que necessitam de complementação ou estão contidas em outras (assunto abordado em seguida), eles têm caráter de exigibilidade imediato.

Parte da doutrina diverge quanto a brandura do dispositivo, alguns dizem que os direitos sociais se enquadram no dispositivo e outros dizem que, por serem direitos de prestação, ações positivas do Estado, estão balizados por outras circunstâncias dificultadoras de sua concretização, não sendo, portanto, Normas de Eficácia Plena, e sim, Normas de Eficácia Limitada na modalidade norma programática, a qual programam a atividade legislativa, segundo definição de José Afonso:

(...) podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como

⁵⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵⁶ Idem.

programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.⁵⁷

Contudo, pela linha contra argumentativa, há de se ver que o dispositivo previsto no artigo 5º §1º da Constituição Federal se limita a dizer direitos e garantias fundamentais, abarcando assim os direitos fundamentais de segunda dimensão. As atividades do Legislador e do Executivo devem ser balizadas pela priorização do dever a qual foram incumbidos pelo artigo em epígrafe. O modo pelo qual o Legislativo e o Executivo devem pautar suas ações nos princípios e sob quais princípios é norteado pelo brilhante voto do Ministro Luis Fux no AgRg no Resp 1.002.335/RS:

(...) IV – Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. (...)
V – A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana.⁵⁸

Em contraposição do argumento acima, existe o conceito de reserva do possível, que traz a noção de ponderação entre a implementação e suas consequências de um direito social. Consequências orçamentárias e sociais, pois então, como pode um Estado ser exigido juridicamente pelo fato de direitos sociais devem ser imediatamente implementados se ele padece de recursos financeiros para disponibilizá-los. Necessário a análise do julgamento do Supremo acerca da ADI 1.698, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação ao disposto nos arts. 6º; 23, V; 208, I; e 214, I, da CR. Alegada inércia atribuída ao presidente da República para erradicar o analfabetismo no País e para implementar o ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros. Dados do recenseamento do IBGE demonstram

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.135 apud TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional* (organizado a partir de apostilas de suas aulas e atualizadas pela Profa. Maria Garcia). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 324.

⁵⁸ STJ. AgRg no REsp 1.002.335/RS. Rel.: Min. Luiz Fux. 1ª Turma. Decisão 21/08/2008. DJe de 22/09/2008, p.01-02.

redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens. Ausência de omissão por parte do chefe do Poder Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. A edição da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei 10.172/2001 (aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente.⁵⁹

Em conclusão, o Estado não deve balizar o argumento de não efetivação de direitos sociais pelo caráter normativo dos mesmos, visto que eles exigem uma imediata prestação estatal, dentro do limite da realidade imposta pela reserva do possível atendendo sempre a priorização dos deveres consagrados na Constituição.

Passando agora à análise das Normas de Eficácia Plena, vemos que elas são caracterizadas pela sua aplicação imediata, integral, que, no momento que entram em vigor, já estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de qualquer outra complementação legislativa.

Já as Normas de Eficácia Contida, nas palavras de Pedro Lenza são aquelas nas quais têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral.⁶⁰ O autor em tela nos dá o seguinte exemplo:

Como exemplo citamos o art. 5º, XIII, da CF/88, que assegura ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Ou seja, garante-se o direito do livre exercício profissional, mas uma lei, por exemplo, o Estatuto da OAB, pode exigir que para nos tornarmos advogados sejamos aprovados em um exame de ordem. Sem essa aprovação, infelizmente, não poderemos exercer a profissão de advogado, sendo apenas bacharéis em direito. O que a lei infraconstitucional fez foi reduzir a amplitude do direito constitucionalmente assegurado. A questão foi posta, e o STF entendeu que “o exame de suficiência discutido seria compatível com o juízo de proporcionalidade e não alcançaria o núcleo essencial da liberdade de ofício. No concernente à adequação do exame à finalidade prevista na Constituição – assegurar que as atividades de risco sejam desempenhadas por pessoas com conhecimento técnico suficiente, de modo a evitar danos à coletividade – aduziu-se que a aprovação do candidato seria elemento a qualificá-lo para o exercício profissional⁶¹

⁵⁹ ADI 1.698, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25-2-2010, Plenário, DJE de 16-4-2010, p.-01.

⁶⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21ª ed., São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2017, p.222.

⁶¹ RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, j.26.10.2011, Plenário, Inf. 646/STF, p.223, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo646.html>> acesso em: 20 março 2018.

Como podemos observar, o direito fundamental da livre iniciativa foi restringido de forma legal, pelo entendimento do STF, sendo assim, um dos exemplos de normas de eficácia contida, alterando o âmbito da incidência do dispositivo fundamental.

Por fim, há as normas de eficácia limitada, que são normas de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. Segundo classificação de José Afonso, há uma divisão dentro do próprio grupo de normas de eficácia limitada entre normas de princípio institutivo (organizativo) e normas de princípio programático. A primeira trata-se de esquemas gerais de estruturação de instituições, órgãos ou entidades. Já a segunda, segundo Pedro Lenza:

as normas de eficácia limitada, declaratórias de princípios programáticos, veiculam programas a serem implementados pelo Estado, visando à realização de fins sociais (arts 6º - direito à alimentação; 196 – direito à saúde; 205 – direito à educação; 215 – cultura; 218, *caput* – ciência, tecnologia e inovação (EC n.85/2015; 227 – proteção da criança).⁶²

André Ramos Tavares faz duras críticas a essa última, identificando dentro das normas programáticas dois tipos de normas:

(...) normas que jamais passam de programáticas e são praticamente inalcançáveis pela maioria dos Estados; normas que não são implementadas por simples falta de motivação política dos administradores e governantes responsáveis. (...) as primeiras precisam ser erradicadas dos corpos constitucionais, podendo figurar, no máximo, apenas como objetivos a serem alcançados a longo prazo, e não como declarações de realidades utópicas, como se bastasse a mera declaração jurídica para transformar-se o ferro em ouro. As segundas precisam ser cobradas do Poder Público com mais força, o que envolve, em muitos casos, a participação da sociedade na gestão das verbas públicas e a atuação de organismos de controle e cobrança, como o Ministério Público, na preservação da ordem jurídica e consecução do interesse público vertido nas cláusulas constitucionais.⁶³

Há também os direitos fundamentais que não possuem previsão expressa de reserva legal, sendo uma discussão doutrinária a respeito se cabe ou não a

⁶² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21ª ed., São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2017, p.226 apud SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p.138.

⁶³ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p.37.

intervenção legislativa e judiciária para o complemento de tais normas. Segundo Gilmar Mendes:

Entre nós, a atividade legislativa, nessas hipóteses, estaria aparentemente facilitada pela cláusula de reserva legal subsidiária contida no art. 5º, II, da Constituição Federal. É bem verdade que a ação limitadora – de índole legislativa, judicial ou administrativa – há de ser imantada por todo tipo de cautela, tendo em vista a possibilidade de abusos no estabelecimento de restrições a direitos fundamentais não submetidos a reserva legal expressa. Daí a necessidade de que eventual limitação de direitos fundamentais, sem reserva legal expressa, assente-se também em norma constitucional.⁶⁴

Portanto, definir a natureza normativa constitucional dos direitos fundamentais é uma tarefa de análise da realidade social. Restringir certos direitos fundamentais a apenas direitos positivos ou direitos negativos, direitos de prestação são preciosismos que acabam por dificultar a compreensão social, visto que os direitos fundamentais não devem ser analisados de forma singular, são um conjunto, um todo, no qual a concretização de um necessariamente deve implicar na concretização dos outros, estando intimamente ligados e interligados.

Constitui uma tarefa impossível, a título de exemplo, distinguir a abrangência do direito fundamental à vida e o direito fundamental à saúde, não fazendo sentido em rotular o primeiro como abstenção estatal e o segundo como sendo uma prestação estatal, são ambos pois os direitos fundamentais são um conjunto de regras positivadas nas quais por uma análise de subsunção você está de acordo ou não.

Vemos então que a questão chave não é a forma na qual deve ser cumprido tal direito e sim nas possíveis formas, quando for criado ou identificado alguma possibilidade de ação positiva ou negativa que atenda os critérios de determinada norma fundamental e esteja em conformidade com o conjunto das normas fundamentais o Estado terá o dever de agir ou de não agir, por simples análise de subsunção, ou você segue a regra e está de acordo com as normas ou você não a segue e não está em conformidade com elas.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed., São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p.209.

Por fim, por questão de relevância acerca do tema do trabalho, necessário a análise da jurisprudência pátria sobre os direitos sociais, mais especificamente o direito à segurança, consagrado no artigo 6º da Constituição Federal. No julgamento do RE 559.646-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, de julgamento em 7-6-2011, Segunda Turma, DJE de 24-6-2011, há o seguinte posicionamento doutrinário:

O direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.⁶⁵

Passamos agora ao tema do trabalho proposto, primeiramente analisaremos a justificação do instituto da intervenção federal e depois passaremos a nossa atenção na análise normativa e de casos.

⁶⁵ AgR em RE 559.646, Rel. Min. Ellen Gracie, de julgamento em 7-6-2011, Segunda Turma, STJ, DJE de 24-6-2011.

7. INTERVENÇÃO FEDERAL

Para a manutenção do equilíbrio do Estado Federativo, foram desenvolvidos mecanismos que partem de resoluções dos conflitos internos, como as regras de competência, e, um mecanismo *ultima ratio*, que consiste na intervenção do poder central nos entes pertencentes da federação, objetivando a preservação da união e do pacto federativo.

Como o objetivo da intervenção, conforme fora supracitado, é a preservação do pacto federativo, é necessário, portanto, a análise de tal instituto visando a máxima compreensão do tema.

7.1. PACTO FEDERATIVO

O pacto federativo representa uma forma de estado possível dentre algumas outras formas. Inicialmente cumpre salientar que há diferenças organizacionais das estruturas dos Estado em três aspectos diferentes: forma de governo (República/Monarquia), sistema de governo (presidencialismo/parlamentarismo) e forma de Estado (estado unitário/estado composto). Dito isso, ressalta-se que a distinção que diz respeito à formação interna, o Estado unitário e o Estado composto, segundo definição de Lewandowski:

O Estado unitário 'é aquele que não possui senão um único centro de impulsão política e governamental'. Tal tipo de estruturação estatal não comporta, pois, divisões internas. As circunscrições territoriais em que este eventualmente se subdivide não são dotadas de autonomia política. No máximo, outorga-se às diferentes regiões que o integram um certo grau de autonomia administrativa, de modo a emprestar maior eficácia à ação governamental. Nessa forma de Estado, portanto, todos os cidadãos submetem-se a um único governo e uma mesma lei.

Via de regra, Estados de dimensões territoriais pequenas e com populações homogêneas adotam esse tipo de estrutura. Além da França, que historicamente sempre se apresentou como Estado unitário, pode-se citar o exemplo da Itália, Espanha, Portugal, Bélgica, Holanda, Suécia, Dinamarca, Noruega, dentre outros.

Os Estados compostos são aqueles que se apresentam como uma união de dois ou mais entes políticos, dotada de maior ou menor estabilidade, conforme o regime jurídico que caracteriza a sua vinculação. Em que pese a existência de outras tipologias, identifica-se, como regra, duas espécies de Estado sob essa rubrica: as confederações e as federações.”⁶⁶

⁶⁶ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. 2ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p.14.

Dessa forma, analisando os Estados compostos, têm-se as federações e as confederações. As federações são caracterizadas, em uma contextualização mais simples, como sendo uma união de grupos sociais visando um propósito comum entre todos em um único estado soberano, surgindo assim um estado que antes não existia. A palavra federalismo vem do latim *foedus*, *foederis*, que significa liga ou tratado.

Já a confederação, é um conjunto de Estados Soberanos como forma de persecução de objetivos comuns e conjugação de seus esforços, como grande exemplo, temos a União Europeia.

Como o tema proposto concerne ao viés Federalista, analisaremos de forma mais profundo o tema. Inicialmente, analisaremos a Evolução do Federalismo no Brasil.

7.1.1. EVOLUÇÃO DO FEDERALISMO NO BRASIL

O Estado federalismo surge com a Constituição republicana de 1891 que consagra a proclamação da república de 1889. Portanto, o Brasil passa de um Estado unitário, subdivido em províncias de autonomia bastante limitada, para um Estado composto, mais especificamente federalista.

A federação utilizada no Brasil desde os seus primórdios adotava um terceiro nível político-administrativo composto pela União, Estados e os municípios. A razão disso é o fato de que sempre as comunas brasileiras detinham uma autonomia política motivada pelas longas distâncias entre elas, fato que trazia a necessidade de uma administração local mais intensa. Contudo, é necessário o ressaltado de que antes da CF/88 o município não estava integrado no pacto federativo das normas vigentes, em flagrante afronta fática.

Depois da Constituição de 1891, vieram a de Constituição de 1934 que revigorou o princípio federativo, adotando o liberalismo político em uma forma descentralizadora, dando assim um pouco mais de autonomia aos Estados e

municípios. Depois, em 1937, com o Estado Novo da ditadura de Getúlio Vargas, houve uma demasiada centralização, havendo até doutrinadores que defendam que o país se tornou unitarista.

Após a derrubada do Estado Novo e a promulgação da Constituição de 1946 houve uma restauração do pacto federativo e uma descentralização do poder, com o consequente aumento de autonomia dos Estados e dos Municípios.

Com o advento da Constituição de 1969, houve uma exagerada supremacia da União que agora tinha competência pra legislar acerca de qualquer tema, sendo sua competência concorrente com os outros entes federativos.

Por fim, com a Constituição Federal de 88, houve uma descentralização, com o reconhecimento jurídico do município como ente federativo.

7.1.2. CARACTERÍSTICAS DO FEDERALISMO

Podemos dizer que há pontos e características em comum nos estados que adotam o federalismo como forma de Estado. Dentre elas se destacam a descentralização da política (núcleos diversos de poderes políticos), a repartição de competência (autonomia entre os entes visando o equilíbrio da federação), Constituição como norma basilar de todo o ordenamento jurídico (estabilidade institucional), inexistência do direito de secessão dos entes federativos, soberania do Estado federal, princípio da não-intervenção (intervenção nos entes federativos só em caráter de exceção), auto organização dos entes federativos, órgãos representando os entes federativos, órgão guardião da Constituição (STF) e a repartição de receitas entre os entes.

Por fim, de acordo com a característica e responsabilidade visada pelo pacto federativo do equilíbrio da federação, que surge o instituto da intervenção, que visa a manutenção do mesmo, assunto aprofundado em seguida.

7.2. INTERVENÇÃO FEDERAL NAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

Como as federações, diferentemente das confederações, pressupõe a não possibilidade de secessão, é comum o dispositivo da intervenção em vários diplomas federalistas ao redor do mundo. Segundo a doutrina, existem dois tipos de intervenções, a reconstitutiva e a conservadora. A primeira, como o próprio nome diz, visa a reconstituição das instituições locais; já a segunda pressupõe um desafio ao pacto federativo, reconduzindo assim o poder de autoridades estaduais desafiadas por algum movimento de insurreição.

Segundo a veiculação ampla da doutrina, a intervenção se refere a um ato político eivado de ampla discricionariedade, mesmo que seja fundamentada em princípios e normas constitucionais.

Inicialmente, começaremos à análise pelo Estados Unidos da América, o qual foi o formulador do instituto da intervenção federal pela Lei Hamilton, que decidiu tributar o whisky, ocasionando várias manifestações populares que dependiam do comércio que ensejaram a decretação da mobilização da milícia para a garantia do cumprimento das leis.

Interessante ressaltar a intervenção nos Estados Unidos da América é datada no ano de 1962, quando o Presidente Kennedy se viu obrigado a dispor de 16 mil homens para garantir a frequência de James H. Meredith às aulas na Universidade do Mississippi, sendo ele o primeiro negro a cursar ensino superior nos Estados Unidos.

A intervenção na Alemanha recebe o nome de execução federal ou coerção federal e tem como fundamento o não cumprimento de um Estado-membro As obrigações impostas pela Lei Fundamental ou alguma outra lei, podendo o poder central, por meio do instituto, impor o cumprimento do dever.

No II *Reich* era conferido ao governo central a possibilidade de intervir nos Estados-membros, cabendo a sua execução ao Imperador (*Kaiser*). Já na Constituição de Weimar de 1919, a intervenção era a cargo apenas do Presidente da Federação. Segundo as doutrinas alemãs da época, a análise do judiciário quanto ao tema da intervenção só pode existir quanto ao exame de

formalidades materiais da execução, ou seja, a existência de uma obrigação que foi descumprida, assim como a adequação das políticas utilizadas ao princípio da proporcionalidade já analisada.

Importante ocorrido recente fora na Espanha, que, com fulcro no artigo 155 da Constituição vigente no país, foi decretada a intervenção na Catalunha que estava vivenciando períodos acalentados por movimentos separatistas que foram suprimidos com a destituição do presidente local.

Feito o panorama mundial do instituto, passaremos à análise da intervenção federal no Brasil.

7.3. INTERVENÇÃO FEDERAL NO BRASIL.

Ao adotar o federalismo na primeira Constituição federal e republicana do Brasil, fora adotado um dispositivo corolário do federalismo, o da intervenção. Tradição que fora implementada em todas as outras constituições, salvo a de 1937, tendo sempre o caráter excepcional

Na Reforma Constitucional de 1926, houve uma mudança significativa na capitulação da intervenção federal, mudança na qual dava ao Estado o poder de intervir para assegurar a forma republicana federativa e assegurar a integridade da nação respeitando assim doze princípios inovadores até então: 1) a forma republicana; 2) o regime representativo; 3) o governo presidencial; 4) a independência e a harmonia dos Poderes; 5) a temporariedade das funções eletivas e a responsabilidade dos funcionários; 6) a autonomia dos Municípios; 7) a capacidade para ser eleitor ou elegível nos termos da Constituição; 8) um regime eleitoral que permita a representação das minorias; 9) a inamovibilidade e a vitaliciedade dos magistrados e a irredutibilidade de seus vencimentos; 10) os direitos políticos e individuais assegurados pela Constituição; 11) a não reeleição dos Presidentes e Governadores; e 12) a possibilidade de reforma constitucional e a competência do Poder Legislativo para decretá-la.

Além de outras mudanças, é possível enxergar que houve uma centralização do poder interventivo da União. Já na Constituição de 34 houve uma ampliação das hipóteses de intervenção que duraram apenas 3 anos, com o advento do golpe de Estado de 37. Segundo Lewandowski:

O espírito antifederativo e autoritário do texto era evidente, sendo de ressaltar-se, nesse sentido, que a intervenção não dependia mais, nos casos de distúrbios internos, de requisição do Estado afetado, ficando a ação corretiva ao inteiro arbítrio do Governo da União. Além disso, equiparou-se, pela primeira vez, em termos constitucionais, o interventor ao Chefe do Executivo estadual. É digno de nota que o Estado Novo, ao disciplinar a administração dos Estados e Municípios, mediante o Decreto-lei n° 1202, de 8 de abril de 1939, estabeleceu plena identificação entre os interventores e os governadores conferindo àqueles todas as atribuições próprias do Poder Executivo e ainda as de legislar em assuntos de competência dos entes federados e das comunas.⁶⁷

Sendo assim, fica demonstrado que a intervenção tornara um procedimento de supressão da autonomia e do pacto federativo vigente. Com o fim do Estado Novo e o surgimento da Constituição de 1946. Inovação acerca do tema fora que não haveria necessariamente o afastamento das autoridades locais com a decretação da intervenção.

A Constituição vigente até então durou até a intervenção militar de 64, e finalmente o dispositivo da intervenção fora alterado 65 com o advento do Ato Institucional n° 2, que acabou por ampliar e centralizar o instituto da intervenção.

É preciso salientar que durante a vigência da ditadura militar, não houve ativação do dispositivo durante todo esse tempo, e um dos motivos que contribuíram para tanto fora que as eleições estaduais desde 65, eram controladas pelo Presidente da República. Vemos, portanto, o grande quadro centralizador da União perante os outros entes em abrupta afronta ao princípio do equilíbrio entre os entes federativos.

Com a Constituição de 88, houve uma limitação do poder interventivo da União e uma recuperação da tendência colocada pela tradição republicana.

⁶⁷ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. 2ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p.86-87.

Normas da intervenção foram dispostas nos artigos 34, 35 e 36 da Constituição Federal, normas que passamos agora à análise.

7.4. INTERVENÇÃO NA CF/88

Inicialmente, faremos a transcrição dos artigos da Constituição Federal acerca do tema:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

I - manter a integridade nacional;

II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;

b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;

VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

c) autonomia municipal;

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;

IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

I - no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;

II - no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral;

III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

§ 1º O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembleia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º Se não estiver funcionando o Congresso Nacional ou a Assembleia Legislativa, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de vinte e quatro horas.

§ 3º Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembleia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

§ 4º Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal.⁶⁸

Abordaremos as características da intervenção de acordo com o recorte teórico de Walter Claudius Rothenburg⁶⁹.

Inicialmente, a primeira característica da intervenção representa uma ingerência do ente federativo vitimado⁷⁰, ou seja, há uma quebra das normas de competência pelo atravessamento do interventor, efetuando assim a competência que antes pertencia ao ente federativo intervencionado.

A segunda característica destacada pelo autor em epígrafe, é do princípio da não-intervenção entres os entes federativos, fazendo da intervenção uma medida excepcional.⁷¹

A terceira característica diz respeito à taxatividade dos pressupostos materiais que admitem a intervenção, lotados nos artigos 34 e 35 da CF., contudo, as hipóteses de admissão, como veremos logo em seguida, muitas vezes têm os seus sentidos vagos, ampliando bastante a possibilidade discricionária da medida interventiva.⁷²

A quarta característica diz respeito às limitações da determinação das medidas interventivas, tendo elas necessariamente a disposição acerca dos limites geográficos da medida, dos limites temporais no que concerne ao tempo

⁶⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁶⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. 1ª edição, São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p.161-167.

⁷⁰ Idem, p.161.

⁷¹ Ibidem, p.161.

⁷² Ibidem, p.162.

da intervenção, não se admitindo por prazo indeterminado. É necessário também o respeito ao procedimento imposto pela Constituição e, por fim, uma finalidade, devendo ela ser pautada pelo princípio da proporcionalidade, que servirão de instrumento de análise do controle político e judicial.⁷³

A quinta característica diz respeito à medida ser típica da forma de Estado federalista, sendo ela caracterizada pela defesa do pacto federativo, remédio utilizado nas situações em que tal pacto esteja ameaçado.⁷⁴

A sexta característica indicada por Walter Claudius diz respeito à finalidade específica da intervenção, tendo ela as mesmas características da quinta característica, ou seja, a finalidade específica da intervenção é orientada pela perpetuação do pacto federativo.⁷⁵

A sétima característica concerne ao fato de que a intervenção só poderá ser decretada pelo ente federativo hierarquicamente superior, ou seja, União nos Estados-membros e municípios e Estados-membros nos municípios.⁷⁶

A última e oitava característica tem como fulcro outra excepcionalidade, a da substituição do ente intervencionado, nas hipóteses constantes no artigo 34, V b, 35 II e 35 III. O primeiro concerne a negativa do Governador a entregar ao Município a receita tributária a que é devida. A segunda diz respeito ao poder judiciário, na hipótese de que um Tribunal de Justiça se recuse a prestar suas próprias contas. Por último, há a hipótese de substituição no Poder Legislativo quando a Câmara dos Vereadores reduza a receita destinada à educação para aquém do mínimo exigido por lei.⁷⁷

Feito um esboço teórico das características da intervenção, passamos à análise normativa dos dispositivos constantes na Constituição Federal. Primeiramente, vemos na redação do artigo o princípio da não-intervenção

⁷³ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. 1ª edição, São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p.162.

⁷⁴ Idem, p.163-164

⁷⁵ Idem, p.164.

⁷⁶ Ibidem, p.164-165.

⁷⁷ Ibidem, p.165-167.

exposto, sendo as hipóteses de incidência taxativamente dispostas nos incisos em sequência.

7.4.1. MANTER A INTEGRIDADE NACIONAL

Como grande exemplo sangrento internacional da proposta de manutenção da integridade nacional, temos a Guerra de Secessão de 1861 a 1865 dos Estados Unidos, na qual houve uma guerra que visava impedir a insurgência das forças separatistas.

De acordo com o artigo 1º da Constituição Federal vigente em sua redação do *caput*: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”⁷⁸

Vemos que a República Federativa do Brasil rege-se pela indissolubilidade dos Estados, Municípios e Distrito Federal, exposto assim o caráter permanente do Federalismo brasileiro. Nessa hipótese o Presidente da República tem a prerrogativa de decretar a intervenção em caráter discricionário, ou seja, *ex jure próprio* (por direito próprio).

7.4.2. REPULSA À INVASÃO ESTRANGEIRA

Também é instrumento de exclusiva iniciativa do Presidente da República, atuando ele como comandante das Forças Armadas, em casos de omissão, há a responsabilização criminosa do Presidente. Invasão, segundo Pontes de Miranda: “A entrada de estrangeiros, sem os pressupostos materiais e formais, na unidade política brasileira, com anuência ou simplesmente inércia consciente ou não do Estado-Membro.”⁷⁹

Segundo Walter Claudius acerca do tema:

⁷⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. CAVALCANTI, Francisco. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.1, de 1969*. 2.ed. rev. São Paulo: RT, 1972. p.211.

Nas hipóteses de manutenção da integridade nacional (CR 34 I) e de repulsa à invasão estrangeira, está em jogo a soberania nacional, enquanto na hipótese de repulsa à invasão de uma unidade da Federação em outra, está em jogo a harmonia federativa.

A invasão estrangeira autoriza a decretação do estado de sítio (CR 137 II) e a declaração de guerra (CR 84 XIX) pelo Presidente da República, mas com ela não se confunde: o estado de sítio é mais amplo do que a intervenção federal – que, por ser mais expedita, tende a anteceder-lo; esta não depende da declaração formal de guerra para efetivar-se – embora tenda a acompanhá-la.

A invasão de uma unidade federativa em outra permite tanto a intervenção na unidade invasora – para corrigi-la –, quanto na invadida – para socorrê-la. O dispositivo trata da intervenção federal, mas os Municípios – que também são “unicades da federação” – podem ser os protagonistas da invasão “interna”: imagine-se um ou vários Municípios que invadam a capital do Estado (ou o DF), ou um Estado (ou o DF) que invada Município (eventualmente até de outro Estado). O que os Municípios não podem ser (exceto se Municípios em Território) é objeto da intervenção federal que, em situações que tais, deve dirigir-se contra o Estado (ou DF), seja ele o invadido, seja o invasor.⁸⁰

7.4.3. GRAVE COMPROMETIMENTO DA ORDEM PÚBLICA

Para que seja decretada a intervenção no caso, é necessário que haja uma grave perturbação na ordem pública, segundo Walter Claudius:

O transtorno público que as autoridades locais não conseguem ou não querem debelar pode recomendar o emprego das Forças Armadas, que não servem apenas à “defesa da Pátria” no sentido restrito de integridade nacional e invasão estrangeira, mas, mais amplamente, servem também “à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (CR 142 *caput*). Por isso que a “preservação da ordem pública” não é exclusiva das polícias militares estaduais (CR 144 § 5º), que constituem “forças auxiliares e reserva do exército” (CR 144 § 6º): ESTE (e as Forças Armadas em geral), desde que estritamente justificado pela excepcionalidade, não poderia então menos do que aquelas.⁸¹

Nas palavras de Levandowski:

Isso significa que não é qualquer perturbação da ordem que torna lícita a intromissão do governo central nos negócios internos das unidades da Federação. Medida extrema que é, porquanto fere a autonomia constitucionalmente assegurada aos entes federados, ela somente se justifica caso não possa a desordem ser debelada pelas autoridades locais ou se estas, por qualquer razão, não queiram fazê-lo. Como nota Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “outra exegese esvaziaria a autonomia estadual, uma vez que a deixaria vulnerável sempre que

⁸⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. 1ª edição, São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p.168-169.

⁸¹ Idem, p.169.

ocorresse qualquer desordem, embora perfeitamente superável pelos próprios meios do Estado Federado.⁸²

7.4.4. GARANTIA DO LIVRE EXERCÍCIO DE QUALQUER DOS PODERES NAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO

Com fulcro no sistema tripartite elaborado por Montesquieu e no princípio da separação dos poderes que surge essa modalidade de intervenção, para garantir o equilíbrio dos poderes e o seu pleno funcionamento. Segundo o ministro Lewandowski:

Nessa linha de raciocínio, pode-se admitir que a falta de repasse, por parte do Executivo, ao Legislativo ou ao Judiciário, das verbas orçamentárias necessárias ao regular funcionamento destes constitui pressuposto ensejador da intervenção, eis que, sem recursos, tais Poderes não podem desincumbir-se de suas funções institucionais. Nota-se que a Constituição Federal estabelece, em seu art. 168, que as respectivas dotações lhes serão entregues até o dia 20 de cada mês.⁸³

Por fim, é necessário ressaltar que para a deflagração da intervenção no caso em apreço, deverá ser feita uma solicitação pelo órgão impedido ou coagido, não sendo hipótese de ação direta do Presidente da República.

7.4.5. REORGANIZAÇÃO DAS FINANÇAS

No dispositivo em tela temos duas alíneas, a primeira, “a”, diz respeito à suspensão de pagamento de dívida fundada por mais de dois anos consecutivos. O conceito de dívida fundada está presente no art. 98 da Lei 4320/67: “A dívida fundada compreende os compromissos de exigibilidade superior a doze meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou financeiro de obras e serviços públicos”. Acerca do tema, aduz Lewandowski:

Nota-se que o art. 160 da Carta Magna é expresso ao proibir “a retenção ou qualquer restrição à entrega ou ao emprego dos recursos” atribuídos às unidades federadas, neles compreendidos os adicionais e acréscimos relativos aos impostos. Vê-se, pois, que a intervenção fica autorizada não apenas na hipótese de retenção dos recursos tributários, como também no caso de estabelecer o Estado qualquer condição para a sua liberação. É o que deflui da vedação constante no dispositivo constitucional supramencionado. A medida extrema, materializado o pressuposto, é

⁸² LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. 2ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p.106.

⁸³ Idem, p.109.

empreendida diretamente pelo Presidente da República, ao qual se impõe agir, sem delongas, eis que a retenção de receitas ou o retardamento na liberação de verbas pertencentes aos Municípios pode inviabilizar a prestação dos serviços públicos essenciais à população.⁸⁴

Conforme exposto acima, a hipótese da alínea “b” é a da retenção de receitas tributárias com o prazo e dever fixados em lei.

7.4.6. EXECUÇÃO DE LEI FEDERAL, ORDEM OU DECISÃO JUDICIAL

Atendendo a requisição judicial ou do STJ, STF ou TSE, conforme a competência jurisdicional do desrespeito da autoridade, haverá a decretação da intervenção. Nas palavras de Lewandowski:

As autoridades competentes das unidades federadas estão obrigadas não só a obedecer estritamente às ordens e decisões judiciais de que sejam destinatárias, como também dar-lhes sustentação, quando dirigidas a outrem, com o auxílio da força policial, se necessário. O seu descumprimento ou a falta de apoio à sua execução enseja a intervenção. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, diante do descumprimento de um mandado de reintegração de posse, de natureza liminar, expedido por um magistrado de primeira instância, por parte do Governo do Estado de Goiás, que se recusou a fornecer apoio policial para cumpri-lo, sob o argumento de que não se tratava de uma sentença transitada em julgado, pronunciou-se pela pena do Ministro Moreira Alves, da seguinte forma: “(...) se a finalidade do dispositivo constitucional é inequivocamente a da preservação do cumprimento das ordens e decisões do Poder Judiciário, que é Poder desarmado, não há dúvida alguma de que essas expressões não podem ser tomadas com restrições que acabem por deixar o cumprimento delas, em virtude de resistência ilícita da parte a quem se dirigem, ao arbítrio do Poder Executivo Estadual. Para a distribuição da justiça é absolutamente indispensável o cumprimento de qualquer ordem judicial, e não apenas daquelas que digam respeito a sentenças transitadas em julgado”.

Nesse caso, segundo decorre do art. 36, II, da Constituição a medida somente é decretada por meio de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral, conforme a natureza da ordem ou decisão desacatada, cumprindo ao Presidente da República empreender a intervenção, sem que lhe seja dado adentrar em seu mérito.⁸⁵

7.4.7 - OBSERVÂNCIA DA FORMA REPUBLICANA, DO REGIME REPRESENTATIVO E DO REGIME DEMOCRÁTICO (“a”) / DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA (“b”).

⁸⁴ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. 2ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p.114-115.

⁸⁵ Idem, p.118-119.

A primeira, alínea “a”, lotada no plano normativo, busca o asseguramento dos princípios constitucionais republicanos e democráticos (regime representativo inserido).

A alínea “b” trata dos direitos da pessoa humana, cuja não aplicação enseja à intervenção em virtude da patologia inconstitucional. A doutrina especifica os “direitos humanos” como pertencentes ao Título II da Constituição (direitos e garantias fundamentais)⁸⁶. Segundo Lewandowski sobre o tema:

A violação dos direitos e liberdades fundamentais por parte dos Estados e do Distrito Federal, portanto, justifica a intervenção, admitindo-se, nessa hipótese, em caráter excepcional, uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional em tela, até porque a dignidade humana figura como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, I, da Carta Magna. É evidente que não será uma violação pontual a algum direito fundamental por parte de alguma autoridade local que autorizará a medida extrema. A intervenção só lícita em casos de atentados maciços ou recorrentes aos direitos e garantias dos cidadãos, que não possam ser corrigidos pelos canais institucionais ordinários.⁸⁷

7.4.8. “c” OBSERVÂNCIA DA AUTONOMIA MUNICIPAL

Pelo desrespeito dos Estados da autonomia municipal haverá a intervenção. Segundo Lewandowski:

Atualmente, como se viu, o Município foi alçado à categoria de membro da federação brasileira, não pairando maiores dúvidas quanto à extensão da autonomia municipal. A palavra autonomia, sabe-se, significa, etimologicamente e em sentido lato, o poder de reger-se a si próprio. Mais especificamente, de acordo com José Afonso da Silva, a autonomia municipal na nova Constituição, encontra-se assentada em quatro capacidades: de auto-organização, pela elaboração da lei orgânica; de autogoverno, pela eleição do Prefeito e dos Vereadores; normativa própria, pela feitura de leis dentro de seu âmbito de competência; e de autoadministração, pela manutenção e prestação de serviços públicos de interesse local.

A autonomia municipal acha-se balizada sobretudo nos arts. 29, 30 e 31 da Carta Magna, não podendo aquele ser sonogada às comunas, seja pela legislação estadual, seja pela prática administrativa dos Estados-membros, sendo a ofensa a qualquer das capacidades acima explicitadas sancionada com a intervenção federal.⁸⁸

⁸⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁸⁷ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. 2ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p.128.

⁸⁸ Idem, p.130-131 apud SILVA, José Afonso da. *O Município na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.08.

Portanto, a ofensa aos artigos 29, 30 e 31 da Constituição Federal ensejam a decretação da intervenção.

7.4.9. “d” OBSERVÂNCIA DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA

No caso em tela, deve haver a não observância do princípio da obrigatoriedade da prestação de contas, consagrada nos artigos 70 a 75 da Constituição Federal. Para tanto, no caso de intervenção federal, há a necessidade de uma requisição judicial para a sua decretação, trata-se de uma intervenção normativa. Já na intervenção estadual, a causa é mais genérica, sendo necessário apenas que o Município não preste as contas devidas, não sendo necessária a solicitação judicial, sendo uma intervenção material.

7.4.10. “e” OBSERVÂNCIA DA APLICAÇÃO DO MÍNIMO EXIGIDO DA RECEITA RESULTANTE DE IMPOSTOS ESTADUAIS COMPREENDIDA A PROVENIENTE DE TRANSFERÊNCIAS, NA MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO NAS AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE.

Por força do artigo 212 da CF, foi estipulado o percentual mínimo que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm de aplicar anualmente na manutenção e no desenvolvimento, o percentual da educação é de 25% da “receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências”. Já o percentual da saúde encontra-se no artigo 198 §2º e 3º da CF.

Por fim, para a decretação da intervenção é necessário a solicitação do Procurador-Geral da República e apreciação do STF. Portanto, exaurida as hipóteses de intervenção da União nos estados-membros (mesmo que haja remissões às intervenções nos municípios na explanação).

Por fim, cumpre salientar que as hipóteses de intervenção estadual nos municípios (art. 35 da CF) são as únicas legitimadas para intervirem nos municípios, sendo que a União só está legalmente autorizada de intervir neles quando se tratar de Município que se encontra em um Território Federal, por inexistir Estado-membro.

Porém, há uma possibilidade de intervenção federal nos municípios que se encontram em Estados-membros, é a intervenção que a doutrina denomina de “intervenção de tabela”, quando o Estado-membro se omite da intervenção do Município e a União intervém no Estado, e, posteriormente, intervém no Município, assumindo as prerrogativas de competência do Estado.

Walter Claudius faz um esquema bastante didático de forma a resumir de forma mnemônica a intervenção quanto à iniciativa:

Pode-se classificar a intervenção quanto à iniciativa (provocação):

A) Intervenção discricionária

A.a) espontânea (CR 34 I, II, III e V; CR 35 I, II e III)

A.b) provocada – por solicitação do Poder Legislativo ou Executivo (CR 34 IV; CR 36 I início)

B) Intervenção vinculada – sempre provocada, por requisição do Poder Judiciário: STF, STJ, TSE ou TJ (CR 34 IV, VI e VII; CR 35 IV; CR 36 I parte final, II e III).⁸⁹

Necessário ressaltar acerca da destinação das iniciativas, sendo sempre o destinatário o Poder Executivo, se submetendo sempre ao controle político do Legislativo e o Judicial do Judiciário.

A título justificativo do termo utilizado, mas não explicado, no inciso VII alínea “d” do artigo 34, no qual fora utilizado os termos intervenção material e normativa.

A intervenção normativa trata-se de quando o pressuposto material da incidência da intervenção se prende a um problema normativo que não é executada ou observada, integrando as regras e princípios (art. 34 VI, VII e 35 IV, ambos da CF).

⁸⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. 1ª edição, São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p.183.

Já a intervenção material ocorre nos demais casos, com a incidência material da norma, ou seja, com a ocorrência do suporte fático material que não consta nas normas.

Com a decretação da intervenção, assume a figura de controle da situação o Interventor, que é o agente delegado pelo agente interventor para cumprir com uma rígida estreitos os termos do decreto.

Após a elaboração do decreto, ele será submetido nas próximas 24 horas ao controle político, de acordo com o artigo 36 §1º e 2º da CF, podendo apenas ser objeto de aprovação ou rejeição (que suspende os efeitos), nunca haverá alterações no texto do decreto interventivo.

Já o controle judicial do ato interventivo se resume, na maioria das vezes, à análise dos pressupostos formais utilizados, se estão de acordo com o trâmite adotado em lei, contudo, não se exclui o controle dos desvios e excessos e de eventuais desrespeitos ao direito, principalmente por vivermos em um Estado democrático de direito.

De forma conclusiva no trabalho, analisaremos um caso recente de uma intervenção federal de 2018, a intervenção federal no Rio de Janeiro.

8. INTERVENÇÃO FEDERAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A Intervenção Federal no estado do Rio de Janeiro foi decretada pelo decreto n° 9288 de 16 de fevereiro de 2018. Houve a abertura de um crédito extraordinário no valor de R\$1.200.000.000,00 destinado ao cumprimento do decreto pela Medida Provisória n° 825 de 27 de março de 2018. Foi nomeado como interventor “militar”, de acordo com o parágrafo único do decreto em epígrafe, a figura do general do Exército Walter Souza Braga Netto.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, *caput*, inciso X, da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º Fica decretada intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro até 31 de dezembro de 2018.

§ 1º A intervenção de que trata o *caput* se limita à área de segurança pública, conforme o disposto no Capítulo III do Título V da Constituição e no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

§ 2º O objetivo da intervenção é pôr termo a grave comprometimento da ordem pública no Estado do Rio de Janeiro.

Art. 2º Fica nomeado para o cargo de Interventor o General de Exército Walter Souza Braga Netto.

Parágrafo único. O cargo de Interventor é de natureza militar.

Art. 3º As atribuições do Interventor são aquelas previstas no art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro necessárias às ações de segurança pública, previstas no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

§ 1º O Interventor fica subordinado ao Presidente da República e não está sujeito às normas estaduais que conflitam com as medidas necessárias à execução da intervenção.

§ 2º O Interventor poderá requisitar, se necessário, os recursos financeiros, tecnológicos, estruturais e humanos do Estado do Rio de Janeiro afetos ao objeto e necessários à consecução do objetivo da intervenção.

§ 3º O Interventor poderá requisitar a quaisquer órgãos, civis e militares, da administração pública federal, os meios necessários para consecução do objetivo da intervenção.

§ 4º As atribuições previstas no art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que não tiverem relação direta ou indireta com a segurança pública permanecerão sob a titularidade do Governador do Estado do Rio de Janeiro.

§ 5º O Interventor, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, exercerá o controle operacional de todos os órgãos estaduais de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição e no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Art. 4º Poderão ser requisitados, durante o período da intervenção, os bens, serviços e servidores afetos às áreas da Secretaria de Estado de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro, para emprego nas ações de segurança pública determinadas pelo Interventor.

Art. 5º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.⁹⁰

⁹⁰ Decreto n° 9288 de 16 de fevereiro de 2018, Presidente Michel Temer.

Vemos então que os pressupostos formais territoriais e temporais foram respeitados, Estado do Rio de Janeiro; até 31 de dezembro de 2018; interventor nomeado; e a intervenção federal fora pautada no artigo 34, inciso III da CF. A análise concernente aos pressupostos formais está completa e foram todos atendidos.

Como jurista, a análise da intervenção federal está concluída pela simples análise dos pressupostos formais e materiais, de fato há uma ordem abalada no Estado do Rio de Janeiro, portanto, a análise material e discricionária dos atos a serem empregados concerne ao controle político, que fora feita, portanto, a intervenção federal é válida e está apta a produzir todos os seus efeitos jurídicos delimitados no decreto interventivo, com o devido respeito ao princípio da separação dos poderes e o princípio democrático.

CONCLUSÃO

A Intervenção é, portanto, um instrumento pacificador das normas constitucionais vigentes, tendo um cenário patológico (na visão constitucional explicitada no rol de atuação da Intervenção legalmente previstas, objeto do trabalho), a Intervenção se torna um remédio, uma mitigação do estado federativo objetivando a medicação da afronta constitucional.

Patologias que afrontem diretamente os direitos fundamentais e as normas constitucionais, devem ser vítimas de um controle judiciário, político e executivo, contudo, quando deparamos com uma medida política que seja normativamente válida, nos deparamos com o princípio democrático, e, pautados no princípio da proporcionalidade, vemos que eventuais restrições aos direitos fundamentais que ocorrerão na prática interventiva, por mais que na teoria são objetos do judiciário, devem prosperar com a fundamentação no princípio democrático, pois são objetos tanto do executivo, quanto do legislativo.

Vemos que o caráter normativo da intervenção é regulatório e ao mesmo tempo material, visto que há a regulação dos procedimentos a serem adotados para sua decretação, e, as hipóteses materiais justificadoras da intervenção. Portanto, por ser uma norma que intervêm nos três poderes (mitigação do princípio da separação dos poderes e do pacto federativo na defesa dos direitos fundamentais em risco), ela se submete ao controle judicial (controle de constitucionalidade), legislativo (validação ou revogação do decreto) e executivo (elaboração do decreto interventivo).

Tentamos balizar os três controles sobre o decreto interventivo durante o trabalho, com o maior enfoque no controle de constitucionalidade, que, por meio das técnicas hermenêuticas, balizadas pelos princípios constitucionais com a utilização do princípio da proporcionalidade, que nos dá materialidade ao confronto dos princípios e uma solução na persecução do bem-estar dos direitos fundamentais.

Não existe controle absoluto do judiciário bem como direito absoluto, ou seja, o direito que o judiciário possui, em tese, de intervir em todas as esferas da

sociedade não é absoluto. Portanto, há princípios que delimitam a atuação do poder judiciário que devem balizar o controle judiciário nos decretos interventivos, como o princípio da separação dos poderes, o princípio democrático no qual o decreto interventivo é elaborado e validado pelos representantes do povo, onde se emana todo o poder.⁹¹

Portanto, o direito só existe onde se é de direito, e, no caso, era direito do Presidente da República Michel Temer a decretação da Intervenção Federal no estado do Rio de Janeiro, a decisão discricionária não é objeto do Judiciário, e sim objeto do controle Político, que fora feito (decreto do Poder Executivo), e, fora validado (votação no legislativo no prazo de 24 horas).

Os direitos fundamentais devem ser defendidos com unhas e dentes em todo leque de atuação do direito, mas o direito tem que respeitar o próprio direito. As ciências políticas e a ciência do direito vieram para se complementarem, ambas são esferas de atuação sociais distintas que devem seu respeito a outra.

Portanto, para evitar uma subjugação do Poder Executivo (elaboração do decreto interventivo) e do Poder Legislativo (controle político devidamente exercido e validado o decreto) perante o Poder Judiciário; para não padecer o princípio da separação dos poderes; com o devido respeito ao princípio democrático no qual representantes foram eleitos pela população; a Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro está de acordo com as normas vigentes e está apta a produzir todos os efeitos do decreto normativo, com base nos aspectos jurisprudenciais e doutrinários expostos durante todo o trabalho, o controle de constitucionalidade não se aplica à discricionariedade permitida ao Poder Executivo e Legislativo da “restauração da ordem pública”.

⁹¹ Artigo 1º p.ú. da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____. *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag. 5ª ed., 2006. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais* 2ª ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Alamedina, 1987.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito Constitucional Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*, 13ª edição, Belo Horizonte: Del Rey editora, 2007.

CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

FRIEDRICH, Karl. *La Démocratie Constitutionnelle*. 2ªed. Tradução de Andrée Marinerie, Simone Dreyfus, Stanley Hoffman e Pierre Trouvat. Paris: PUF, 1958.

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ªedição, Tubingen: Mohr, 1905.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21ª ed., São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2017.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. 2ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre*. México: FCE, 1949.

MAUNZ, Theodor; ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*, 29ª ed., Munchen: C. H. Beck, 1994

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed., São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

MIRANDA, Pontes de. CAVALCANTI, Francisco. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.1, de 1969*. 2.ed. rev. São Paulo: RT, 1972.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional. Vol. Único*. 9ªed., São Paulo: Editora GEN, Editora Método, 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. 1ª edição, São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1998; 8ª edição, 2ª tiragem, 2015.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ªedição, São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *O Município na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006; 2ª edição, 4ª tiragem, 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional* (organizado a partir de apostilas de suas aulas e atualizadas pela Profa. Maria Garcia). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

PROCESSOS CITADOS:

ADI 1.698 STF

AgR no REsp 559.646 STJ

AgRg no REsp 1.002.335/RS STJ

RE 603.583 STF

STA AgR 175 STF