

5

As Restrições e Colisões de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Até agora, procedemos à análise de autores nacionais e estrangeiros no que concerne ao debate gerado acerca da definição e da amplitude dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere à suas limitações. E da hipótese proposta nesta dissertação até agora se constatou que vem sendo produzido no Brasil um trabalho teórico aprofundado que tem como tema central a efetividades dos direitos fundamentais, o qual denuncia a existência de um apelo da sociedade ao Judiciário para resolução de conflitos entre direitos fundamentais e efetivação da sua cidadania – o que demonstra a consolidação de nossas instituições democráticas e sociais. Resta saber se, diante desse apelo, o Poder Judiciário se mostra preparado para exercer papel expressivo na concretização destes direitos fundamentais em vista de suas restrições e colisões, que são inevitáveis num verdadeiro sistema democrático constitucional.

Para tanto, se deve proceder a outra análise que tenha por objeto entender o comportamento do Poder Judiciário no Brasil quando provocado a agir na concretização dos direitos fundamentais declarados e garantidos pela Constituição Federal, em especial daqueles que dependem de prestações estatuais para sua efetivação. É preciso conhecer o posicionamento já adotado pela jurisdição constitucional brasileira quanto a esses direitos e às perspectivas futuras para a sua efetivação, decifrando se aquela jurisdição profere uma dogmática mais restritiva ou ampliativa dos direitos fundamentais e o que entende quanto à aplicabilidade e à justiciabilidade daqueles.

A Constituição de 1988 deu ao Supremo Tribunal Federal competências originárias e recursais com atribuições judicantes que têm, quase todas, conteúdo de litígio constitucional. Conferiu-lhe principalmente a guarda da Constituição e atuação como última instância do Poder Judiciário no controle difuso da constitucionalidade e como órgão encarregado do controle concentrado de constitucionalidade, o que o coloca numa situação próxima à de uma Corte Constitucional. É seu principal desafio dar resposta à acentuada judicialização dos

conflitos sociais, uma vez que é o órgão principal de todo o sistema judiciário. Conhecer, portanto, a postura do Supremo Tribunal Federal, quando exigida a sua manifestação por meio dos atuais mecanismos de jurisdição constitucional, pelo estudo das suas decisões colegiadas e monocráticas relativas aos direitos fundamentais, apresenta-se necessário a fim de entender se, diante das restrições e colisões de direitos fundamentais, a jurisdição constitucional brasileira está ou não caminhando para sua efetivação, sem perder de vista que os efeitos dessas decisões ainda apresentam trajetória inacabada no Supremo Tribunal Federal.

Nesse caminho, desenvolveu-se no presente trabalho pesquisa jurisprudencial, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que procurou identificar e selecionar decisões e votos de Ministros em que estivessem presentes elementos que identificassem a existência de pleitos judiciais que envolvessem uma discussão que apresentasse como objeto as restrições aos direitos fundamentais que demandassem prestações ou que demonstrassem contrariedade à efetivação desses mesmos direitos. Na pesquisa o marco inicial é o ano de 1996, quando foram protocoladas e julgadas a Adin 1439 e a Adin por Omissão 1456-7, ambas versando sobre o descumprimento do estatuído no inciso IV do art. 7º da CF (salário mínimo), as quais são significativas pelo simbolismo de que se traveste o salário mínimo no País, pois o cumprimento do dispositivo constitucional referenciado seria quase suficiente para a solução de efetividade da cidadania. A partir daquele ano realizou-se pesquisa no banco de dados jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no site disponível pela rede mundial de computadores (Internet). A partir disso, identificados os processos judiciais nos quais se faz constar os conflitos, limites e restrições aos direitos fundamentais, foram selecionadas as jurisprudências em que estes direitos aparecem como objeto central do debate processual e da matéria julgada.

Recurso Extraordinário nº 197.807

O primeiro caso apresentado é o Recurso Extraordinário 197.807/2000, em que foi relator o Ministro Octavio Gallotti. Tratou-se de recurso contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4.ª Região, que estendera à mãe adotiva o direito à licença instituído em favor da empregada gestante, conforme inciso VIII do art. 7.º da CF.

A decisão recorrida teve por fundamento que a matéria evidenciava preocupação com a criança, lastreada na Constituição Federal, em que se

consignou expressamente o princípio de proteção “à maternidade e à infância” e à família, e como direito fundamental do indivíduo e da coletividade, conforme determinado nos seus arts. 6º e 203, I, e em virtude de que o fato de a mãe da criança ser adotiva e não biológica não altera os encargos e atenção devidos à criança. O recurso teve por fundamento de mérito que a licença prevista no dispositivo constitucional serve, em síntese, para “resguardo pós-parto”, e, não tendo a mãe adotiva gestado o filho, esta não teria a mesma necessidade da mãe biológica.

O Supremo Tribunal Federal, pelo voto do relator, reformou a decisão do Tribunal Regional do Trabalho referenciado mediante a interpretação gramatical da regra inscrita na Constituição Federal, que fica clara em passagem do relatório que fundamenta o voto:

E procede a irresignação. Conquanto não se deva chegar ao extremo da noção revelada pelo recorrente, segundo a qual a norma em questão teria por fundamento único a “necessidade biológica de resguardo pós-parto”[...] – mas, igualmente, a proteção à criança, à família e ao próprio trabalho da mulher -, de sua letra só é possível extrair, em rigor, como na ordem constitucional pretérita (art. 165, XI), a idéia de “descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário”.

Concretização dos direitos fundamentais por meio do controle difuso no Supremo Tribunal Federal:

A decisão proferida no recurso extraordinário (RE 197.807) denunciou a presença de interpretação constitucional inserida na concepção liberal de Estado e com base teórico-dogmática ligada aos direitos individuais, restritiva, portanto, aos direitos fundamentais e realizada mediante a dogmática lógico-formalista vinculada ao positivismo jurídico normativista. A referida decisão apegou-se ao conteúdo gramatical do texto legal mediante uma interpretação deontológica e desconsiderou a totalidade do sistema jurídico constitucional implantado com a Constituição Federal de 1988, que se apresenta congregado à concepção de Estado social. Essa mesma decisão atribuiu importância secundária aos mandados constitucionais que impõem direitos da cidadania social, como a proteção à infância, à maternidade e à família. Desconheceu que a regra contida no inciso VIII do art. 7.º destina-se prioritariamente a dar atenção especial às crianças que formarão o novo tecido social e não exclusivamente à pessoa gestante, como se

fosse dirigida ao indivíduo. Pior do que isso, foi ainda buscar no texto constitucional do regime anterior e ditatorial a fundamentação para a decisão. Ou seja, demonstrou total falta de comprometimento com o novo tipo de Estado preconizado pela Constituição Federal, negando à cidadania sua dimensão máxima, a qual inclui os direitos sociais e lhes dá efetivação máxima.

Embora não seja o caso concluir que o Tribunal agiu como legislador negativo – uma vez que a decisão não tem por objeto aferir a constitucionalidade do dispositivo constitucional (inciso VIII do art. 7º) -, a preocupação em extrair do texto gramatical o conteúdo do direito revela também postura muito mais ligada a modelo de jurisdição centrado na lei, pois secundariza o caso concreto e privilegia a análise abstrata da regra jurídica.

Mas, contrariando essa postura, no mesmo ano em que fora proferida a decisão acima, também foi julgado o Recurso Extraordinário (RE) 271.286, o qual confirmou vários precedentes julgados. Essa tendência de contraposição à dogmática restritiva dos direitos fundamentais acompanhou as soluções dadas em anos seguintes à Reclamação (RCL) 2.319-2 e ao Agravo de Instrumento (AI) 468.961-3. Nesses julgados é possível observar que a dogmática adotada não restringe os direitos da cidadania e também não entende somente os direitos individuais como núcleo subjetivo dos direitos fundamentais; mais do que isso, encontra-se em consonância com a concepção social de Estado e preconiza a necessidade da ação estatal para efetivação dos direitos fundamentais sociais. Essa jurisprudência também se acha de acordo com um modelo de jurisdição de preservação dos direitos, em que o juiz não atua somente na função de legislador negativo, mas também age de forma interventiva suplantando a dogmática tradicional da separação de poderes, de modo a dar efetividade aos preceitos constitucionais.

No Recurso Extraordinário (RE) 271.286, diante do dilema apresentado entre o asseguramento do direito à vida e à saúde e o interesse financeiro estatal, não foi utilizado o dogma da separação de poderes para alicerçar a justificativa de que o Judiciário não teria competência para intervir no orçamento público. Essa questão também está presente na Reclamação 2.319-2, quando o julgado demonstra a existência de conflito de interesses em que a parte mais frágil na relação, carente de assistência, está encontrando obstáculo à sua pretensão sob o argumento da hipótese de dano ao erário. Utilizando-se da ponderação, mesmo

que não realizada pelo rigor técnico, em ambos os casos optou-se por dar aplicabilidade e efetividade aos direitos fundamentais.

No Agravo de Instrumento (AI) 468.961-3, a decisão assinala que a “essencialidade do direito à saúde” legitima a atuação do Poder Judiciário em caso de “intolerável omissão” ou por “outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante”. Veja-se que a simples essencialidade do direito não foi suficiente para legitimar a atuação do Judiciário no caso, o que descaracteriza da decisão um conteúdo próximo a uma hermenêutica efetivadora, aos moldes proposto pela doutrina. O direito fundamental (saúde), apesar do reconhecimento de sua essencialidade, teve sua efetividade vinculada á não-prestação de um serviço público por conduta intolerável ou inaceitável, seja por omissão ou por outro comportamento, concepção que parece estar mais próxima ao entendimento de exigência da inatividade abusiva do poder competente, como condição de legitimação ao Poder Judiciário para intervir sobrepondo-se ao dogma da separação de poderes.

Outras ementas de acórdãos de relevante interesse para o tema das colisões e restrições de direitos fundamentais frente a Constituição Federal de 1988:

STF, ADIn 1.512 – 5-RR/MC (Caso da reserva indígena Raposa Serra do Sol – Direito dos índios “vs.” Autonomia para a criação de Municípios

(Tribunal Pleno – requerente: Procurador-Geral da República – requeridos: Governador do Estado de Roraima e Assembléia Legislativa do Estado de Roraima – rel. Min. Maurício Corrêa – j. 7.11.1996)

Ementa: Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade – instalação das sedes dos recém-criados Municípios de Pacaraima e Uiramutã em Vilas com os mesmos nomes: arts. 3º das Leis ns. 96 e 98, de 17.10.1995 – Alegação de que estão situados nas áreas indígenas de “São Marcos” e “Raposa Serra do Sol”, respectivamente, e de ofensa ao art. 231, §§ 1º, 4º, e 6º, da Constituição.

Embora a presente ação não tenha sido conhecida pelo Supremo Tribunal Federal, o que a torna juridicamente irrelevante, a discussão apresentada nos votos importa didaticamente, porque trata do direito à cultura com base na construção da história dos índios no Brasil.

I – Escorço histórico dos contornos dos fatos relacionados com a ocupação das áreas do Estado de Roraima, desde 1768, onde se pretende instalar os novos Municípios.

II – O deslinde das questões ligadas à ocupação da área exige observância à legislação da época (Lei n. 601, de 1850, e Decreto n. 1.918, de 1854, que a regulamentou, entre outros), pesquisa de documentos e depoimentos de eventuais testemunhas que conheçam o passado destas áreas.

III – Pendência de interdito proibitório requerido pela FUNAI contra o Estado de Roraima.

IV – Casos como a demarcação homologada da Reserva de São Marcos estão com a eficácia suspensa em virtude da nova orientação de política demarcatória de reservas indígenas adotadas pelo Decreto n. 1.775/1995, que alterou o Decreto n. 22/1991 – inexistência de ato demarcatório das áreas aperfeiçoado.

V – Incerteza quanto aos requisitos exigidos pelo § 1º do art. 231 da Constituição para se considerar que as áreas mencionadas são tradicionalmente ocupadas pelos índios – Situação que não permite arrostar a autonomia do Estado, manifestada ao criar os Municípios.

IV – Solução da lide que exige a apuração de um estado de fato concreto e contraditório cuja natureza do tema e deslinde não são compatíveis com os moldes e limites do juiz cautelar, nem com o conteúdo da ação de controle normativo abstrato das leis – Precedentes.

VII – Ação direta não conhecida.

STF, HC 82.424 -2-rs (Caso “Ellwanger”- Liberdade de expressão “vs.”dignidade humana)

(Tribunal Pleno – impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra – paciente: Siegfried Ellwanger – coator: STJ – j. 17.9.2003 – rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa)

Ementa: Hábeas corpus – Publicação de livros: anti-semitismo – Racismo – Crime imprescritível – Conceituação – Abrangência constitucional – Liberdade de expressão – Limites – Ordem denegada – 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias”contra a comunidade judaica (Lei n. 7.716/1989, art. 20, na redação dada pela Lei n. 8.081/1990) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, art. 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de

ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade – inconsistência da premissa. 3. Raça humana – Sub-divisão – Inexistência – Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana – Não diferenças biológicas entre os seres humanos – Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo – A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social – Desse pressuposto origina-se o racismo, que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do Nacional-Socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas – Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado Democrático – Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo – Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social – Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do país. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, islamofobia” e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1888 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuum rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo – Abrangência – Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo – Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado – A exemplo do Brasil, as legislações de países organizados sob a égide do Estado Moderno de Direito Democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial – Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não são uma raça, mas, mais que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão – Garantia constitucional que não se tem como absoluta – Limites morais e

jurídicos – O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, art. 5º, parágrafo 2º, primeira parte) – O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra – Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento.” No Estado de Direito Democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

STF, AgRg no RE 271.286-8-RS (Caso do coquetel do HIV – Direito à saúde e direito à vida “vs. “escassez de recursos)

(2ª “Turma – agravante: Município de Porto Alegre, agravada: Cândida Silveira Sairbert – agravada: Dina Rosa Viera, advs.: Eduardo von Müller, Luis Maximiliano Leal Telesca Mota e outros – j. 12.9.2000 – rel. Min. Celso de Mello)

Ementa: Paciente com HIV/AIDS – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – Fornecimento gratuito de medicamentos – Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de agravo improvido.

O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se

indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se em promessa inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade – Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

STF, ADPF 54-2-DF

(Caso da anencefalia – Dignidade humana “vs.” vida)

(argüente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, adv.: Luiz Roberto Barroso – rel. Min. Marco Aurélio – Em 2.8.2004 foi concedida liminar para, além de determinar o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, reconhecer o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos; o Tribunal, em sessão de 20.10.2004, negou referendo à liminar concedida)

STF, RE 153.531-8-SC (Caso da “farra do boi” – Direito à cultura “vs.”integridade dos animais)

(2º Turma – recorrentes: APANDE/Associação Amigos de Petrópolis Patrimônio Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e outros, advs.: José Thomaz Nabuco de Araújo e outro – recorrido: Estado de Santa Catarina, adv.: Ildemar Egger – rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio – J. 3.6.1997)

Ementa: Costume – Manifestação cultural – Estímulo – Razoabilidade – Preservação da fauna e da flora – Animais – Crueldade – A obrigação de o

Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225 da CF, no que veda prática que acabe por submeter os animais a crueldade – Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”.

Da jurisprudência acima exposta, podemos concluir que o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, enfrentou a questão relativa às restrições e colisões de direitos fundamentais, fazendo surgir uma jurisprudência constitucional bastante efetiva na proteção aos direitos fundamentais. Como podemos perceber, são inúmeras decisões da Suprema Corte em que é invocada a necessidade da convivência prática entre os direitos, buscando-se na ponderação um critério adequado à solução de conflitos entre direitos fundamentais.

De outro lado, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, embora sem exposto assento constitucional, foram amplamente manejados pela Corte constitucional, atribuindo-lhes a essencial função de limitar a intervenção restritiva dos direitos fundamentais. Não se pode concluir que o STF tenha atribuído conceituações distintas a esses dois princípios, exteriorizando as fundamentações das decisões que o conteúdo concreto seja idêntico.

Assim, a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal assenta-se na premissa de que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são importantes instrumentos para efetuar o controle da atividade restritiva, seja aquela efetuada pelo legislador, seja aquela levada a efeito pelo administrador público.