

Cadernos Jurídicos

Ano 16 - Número 40 - Abril-Junho/2015

Direito Constitucional



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2015



ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

Diretor

DESEMBARGADOR FERNANDO ANTONIO MAIA DA CUNHA

Vice-Diretor

DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS

Conselho Consultivo e de Programas

DESEMBARGADOR ITAMAR GAINO
DESEMBARGADOR ANTONIO CARLOS VILLEN
DESEMBARGADOR ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ
DESEMBARGADOR LUIZ AUGUSTO DE SIQUEIRA
DESEMBARGADOR FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO
DESEMBARGADORA MARIA DE LOURDES RACHID VAZ DE ALMEIDA
DESEMBARGADOR CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY

Coordenador da Biblioteca e Revistas

DESEMBARGADOR WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI

Coordenador da edição de Direito Constitucional

JUIZ RENATO SIQUEIRA DE PRETTO

Cadernos Jurídicos

Direito Constitucional

ISSN 1806-5449

Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 16, nº 40, p. 1-224, Abril-Junho/2015

Quadrimestral

2000, v. 1 (1 - 2)

2001, v. 2 (3 - 4 - 5 - 6)

2002, v. 3 (7 - 8 - 9 - 10 - 11 - 12)

2003, v. 4 (13 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18)

2004, v. 5 (19 - 20 - 21 - 22 - 23 - 24)

2005, v. 6 (25)

2006, v. 7 (26 - 27 - 28)

2007, v. 8 (29 - 30)

2008, v. 9 (31)

2009, v. 10 (32)

2011, v. 12 (33)

2012, v. 13 (34 - 35)

2013, v. 14 (36 - 37)

2014, v. 15 (38)

2015, v. 16 (39 - 40)

Direito

CDU 34(05)

Jurisprudência

CDU 35(05)

ISSN 1806-5449



Escola Paulista da Magistratura
Rua da Consolação, 1.483 - 1º ao 4º andar
01301-100 - São Paulo - SP
(11) 3256-6781/3257-0356
www.epm.tjsp.jus.br
imprensaepm@tjsp.jus.br

S

U

M

Á

R

I

O

1. Vinculação da Administração à Constituição <i>Alguns apontamentos sobre o alcance do dever constitucional de o Estado garantir os serviços públicos de saúde</i> <i>Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho</i>	9
2. As autonomias do Poder Judiciário <i>André Ramos Tavares</i>	21
3. Mandado de injunção e separação dos Poderes <i>Elival da Silva Ramos</i>	29
4. O Poder Judiciário e as políticas públicas do INSS (análise do REExt. nº 631.240 do STF) <i>Heliana Maria Coutinho Hess e Juscimeira Nunes Machado</i>	43
5. A ideia de separação de Poderes, a cláusula pétrea e as mudanças constitucionais a partir de 1988 <i>Luiz Alberto David Araujo</i>	59
6. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional <i>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</i>	67
7. Judicialização da política: o Judiciário exerce poder sobre o processo político? <i>Marco Antonio Martin Vargas</i>	83
8. Precedentes judiciais e separação de poderes <i>Thiago Baldani Gomes De Filippo</i>	97
9. Mutação constitucional e ativismo judicial <i>Thiago Massao Cortizo Teraoka</i>	115
10. Considerações epistêmicas sobre o controle judicial de políticas públicas <i>Renato Soares de Melo Filho e José Duarte Neto</i>	131
11. Capivara no banco dos réus <i>Renato Siqueira De Pretto e Rodrigo Nogueira Angerami</i>	143
12. Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e a inaplicabilidade da teoria externa <i>Richard Pae Kim</i>	165
13. O Poder Judiciário e o princípio da reserva do possível <i>Viviane Nóbrega Maldonado</i>	189
14. Garantia da separação de poderes nas medidas emergenciais do Estado de Defesa e do Estado de Sítio da Constituição Federal <i>Wagner Roby Gídaro</i>	213

Apresentação

Sentindo-nos honrados, apresentamos mais uma edição dos “Cadernos Jurídicos” da Escola Paulista da Magistratura. Desta vez, a abordagem centra-se no estudo da “Teoria da Separação de Poderes”, temática de extrema relevância, em particular pelo contexto político hodierno de nosso país.

A obra reflete, em suma, o trabalho do 1º Ciclo do Núcleo de Estudos e de Pesquisa em Direito Constitucional da Escola Paulista da Magistratura, composto por magistrados(as) interessados(as) na pesquisa e na compreensão dos assuntos mais controvertidos do Direito Constitucional na atualidade.

Aproveitamos para agradecer aos(às) colegas juízes(as) que, com muito denodo, tiveram participação ativa no primeiro ano desse núcleo, brindado, agora, por meio desta publicação, com textos de sua autoria e de renomados constitucionalistas que nos deram a oportunidade de com eles dialogar em nossos encontros. Consignamos as nossas homenagens e profunda gratidão aos eminentes professores Dr. Alexandre de Moraes, Dr. André Ramos Tavares, Dr. Elival da Silva Ramos, Dr. Luiz Alberto David Araujo e Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Também registramos que não teria sido possível a publicação deste trabalho sem o apoio do magistrado e pesquisador Thiago Massao Cortizo Teraoka e de toda a equipe da imprensa da EPM.

Aproveitamos o ensejo para saudar, em especial, o digníssimo Diretor da Escola Paulista da Magistratura, Desembargador Fernando Antonio Maia da Cunha, e lhe agradecer pela confiança nos trabalhos do Núcleo de Estudos e de Pesquisa em Direito Constitucional, que ora se encontra em seu 2º Ciclo e com o número ampliado de magistrados(as) participantes.

Enfim, aspiramos que esta coletânea de artigos sob o eixo da “Teoria da Separação de Poderes” seja útil aos seus leitores, propiciando-lhes novas reflexões críticas a respeito dessa matéria em constante construção.

São Paulo, julho de 2015.

RENATO SIQUEIRA DE PRETTO
Coordenador do Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da EPM

RICHARD PAE KIM
Coordenador-adjunto do Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da EPM

Vinculação da Administração à Constituição

Alguns apontamentos sobre o alcance do dever constitucional de o Estado garantir os serviços públicos de saúde

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução - transformações do direito administrativo; 2. Vinculação da Administração à Constituição; 2.1. O cumprimento da Constituição através da prestação de serviços públicos; 2.1.1. Direito à saúde – conteúdo jurídico da previsão contida no art. 196 da Constituição; 2.1.1.1. Direito à saúde – conceito jurídico indeterminado – o que pode ser exigido do Estado?; 2.1.1.2. Os serviços públicos de saúde prestados pelo Estado devem ser necessariamente gratuitos?; 3. Conclusão; 4. Bibliografia.

1. Introdução

No curso do século XX, diversas transformações marcaram o Direito Administrativo. Como outros ramos do Direito, o Direito Administrativo também está em contínua evolução, buscando adaptar-se à realidade a que se dirige, de modo que sua regulamentação seja mais eficiente no que se refere à disciplina do bom agir estatal.

Dentre as mudanças enfrentadas por tal ramo da ciência jurídica, destacam-se sua constitucionalização, uma maior abertura à utilização de instrumentos de direito privado por parte de autoridades públicas e a perseguição de pautas de interesse geral por meios diversos da singela emissão de atos administrativos unilaterais (ao menos nos moldes em que estes foram originalmente concebidos)².

No que diz respeito à constitucionalização da Administração, verificou-se no século XX a elaboração de Cartas políticas que impuseram aos poderes constituídos de diversos países uma ação orientada à concretização de programas de longo prazo, pensados no desenvolvimento de sociedades em que se garantisse ao indivíduo um nível mínimo de bem estar, a partir do qual este tivesse condições de plenamente explorar suas potencialidades enquanto ser humano.

Sobre a utilização de instrumentos de direito privado pela Administração, pode-se dizer que houve uma volta às origens. Num primeiro momento do Estado (de Direito), aplicava-se ao Executivo e aos particulares um mesmo conjunto de normas, que podemos chamar de direito comum (ESTORNINHO, 2009, p. 26 e ss.). Enquanto nos países de *common law*, a grosso modo, ainda persista tal ideia, naqueles cujo ordenamento

¹ Mestre e doutorando em Direito do Estado. Professor Substituto da EPM. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

² Sobre as transformações enfrentadas pelo Direito Administrativo, no último século, confira-se MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 2. ed, São Paulo: RT, 2003; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003; OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública - o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2007 (reimpressão da edição de 2003), p. 411/542.

jurídico inspira-se na raiz romano-germânica houve uma progressiva especialização do direito aplicado à atividade governamental, fenômeno este justificado pela necessidade de dotar as autoridades de instrumentos aptos a garantir a prevalência do interesse público no desempenho de suas funções.

A especialização do direito público, contudo, nem sempre redundou em um melhor exercício das competências estatais. Procedimentos rígidos e excessivamente detalhados, apesar de exigidos com o propósito de evitar desvios no uso de recursos do erário, revelaram-se inadequados para reger toda a plêiade de tarefas de incumbência da organização política. A previsão de cláusulas exorbitantes em contratos com a Administração, por sua vez, também cobra seu preço. Os custos de tal prerrogativa são inevitavelmente repassados às avenças, o que traz questionamentos sobre a conveniência de sua manutenção em toda e qualquer contratação de bens e serviços pelo Estado.

Por outro lado, a própria forma de agir do Executivo, distante da sociedade e fundada apenas no entendimento que um seletivo grupo de funcionários tem da realidade, não se mostra suficiente para adoção de decisões ponderadas em casos complexos, cuja legitimidade e mesmo efetividade depende cada vez mais de sua compreensão (e aceitação) por parte das populações diretamente afetadas pelas escolhas a cargo dos gestores públicos.

Perante tal quadro de transformações, não são poucos os desafios enfrentados pelo Direito Administrativo.

Neste ensaio, teceremos algumas considerações sobre o impacto que uma Constituição dirigente tem sobre a função administrativa. Em especial será analisado o conteúdo jurídico do dever insculpido no art. 196 da CR/88, que diariamente fundamenta milhares de ações nas quais cidadãos perseguem judicialmente medicamentos, insumos e tratamentos que lhes são negados nos postos de saúde.

2. Vinculação da Administração à Constituição

A Constituição de Weimar de 1919 foi um marco na construção de ordens jurídicas preocupadas não apenas com a manutenção de uma realidade preexistente como também com a construção de sociedades mais homogêneas (FERREIRA FILHO, 2009, p. 350/351; ROSANVALLON, 2008, p. 104 e ss.), em que a cada membro seja garantido um patamar mínimo de bem-estar através da prestação de serviços públicos.

A partir de tal Carta, precedida temporalmente pela Constituição Mexicana de 1917, passou a haver a consagração de direitos sociais em diversos ordenamentos constitucionais (SILVA, 2008, p. 183), os quais passaram a encarregar o Poder Público de variadas missões destinadas a assegurar o fortalecimento dos laços de interdependência existentes entre os cidadãos.

Uma nova sociedade, marcada pela ascensão das classes trabalhadoras, exigiu um novo Estado, efetivamente comprometido com a distribuição dos frutos do progresso social e econômico para populações até então marginalizadas (PASTOR, 2000, p. 69).

A crescente tensão entre os detentores do capital e os despossuídos, num contexto de industrialização, aumento demográfico e urbanização, levou a uma progressiva universalização do sufrágio. Como consequência de uma sociedade pluriclasse (GIANINI, 1993, p. 48 e ss.), houve a promulgação de Leis Fundamentais de compromisso,

contendo projetos a serem perseguidos pelo Estado com o fim de reduzir ao máximo os antagonismos sociais, medida necessária para evitar rupturas abruptas das ordens até então vigentes³.

Entre nós, a primeira Constituição a refletir esse fenômeno foi a Carta de 1934 que, inspirada na Constituição de Weimar, preocupou-se com a disciplina da ordem econômica e social (SILVA, 1999, p. 84; FERREIRA FILHO, 2009, p. 350/351), inaugurando um plano de sociedade mais justa que, no essencial, continuou a ser buscado pelos textos fundantes subsequentes, em uma crescente a culminar com o advento da Constituição Cidadã.

Uma Constituição que impõe à Administração a execução de políticas/serviços públicos dirigidos a promover o bem de todos e a reduzir desigualdades (art. 3 da CR/88⁴) acaba por limitar o papel do legislador ordinário na pauta das atividades a serem desenvolvidas pelo Estado.

Não só a lei formal editada pelo Parlamento deve estar em consonância com a disciplina constitucional de determinada competência pública, como a previsão de atos materiais a serem realizados pela organização política no cumprimento de comandos da Lei Maior, por si só, já tem o condão de atribuir ao gestor um não desprezível grau de autonomia no desempenho de suas funções.

A vinculação da Administração aos direitos fundamentais (MACHETE, 2004, p. 207; ESTORNINHO, 2009, p. 223 e ss.; MANCEBO, 2004, p. 9 e ss.⁵; ZAGREBELSKY, 2011, p. 21 e ss.) tira o protagonismo do Legislativo na regulação de diversas missões estatais.

Enquanto no Estado liberal a lei assumiu a função de limitar a ingerência do Executivo na esfera privada dos cidadãos (DI PIETRO, 2010, p. 177/178), tendo por propósito precípuo a proteção da saúde, segurança e sossego dos indivíduos, no Estado social esta é um instrumento com alcance bem mais abrangente, um elemento necessário mas não suficiente para reger toda a gama de desafios contemporâneos que se colocam às organizações políticas como imposição da ordem constitucional⁶.

³ Giannini observa que nem sempre esta influência de novos estratos sociais na configuração do Poder implicaram, ao menos em um primeiro momento, alterações nas Constituições formais de diversos países (como Inglaterra, Estados Unidos, França e Itália), apesar de suas constituições matérias terem se transformado profundamente (GIANNINI, 1993, p. 48).

⁴ Art. 3º da CR/88 - *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

⁵ Para ilustrar a mudança de paradigma quanto aos papéis da lei e da Constituição na formação do Estado de Direito tal como hoje o conhecemos, confira-se passagem da lição de Luis Villacorta Mancebo: *Pues bien, aquellos viejos postulados obra del voluntarismo racionalista que intrinsecamente asociaban tanto la libertad como la igualdad a la generalidad y la universalidad de la Ley, son sustituidos ahora por el nuevo dogma de la vinculación constitucional de la Ley democrática, y ello no sólo desde la perspectiva formal sino también desde la vertiente sustantiva, habida cuenta del denso contenido normativo que presentan los modernos textos constitucionales, al incorporar en sí mismos un orden material de valores de rango superior, a través, esencialmente, de la tabla de derechos fundamentales, que pasan de este modo a adquirir carácter constitutivo para el Estado en su conjunto* (MANCEBO, 2004, p. 32-33).

⁶ Maria João Estorninho observa a seguinte evolução do Direito na disciplina do Estado: enquanto no Estado absoluto apenas parte da atividade estatal era regida pelo Direito comum (privado), no Estado liberal a lei procurou abarcar toda função administrativa, passando a haver uma diferenciação entre o direito público (que passou a ser a regra na regulação da organização política) e o direito privado (exceção) aplicável à Administração. Já no Estado social, considerando o enorme aumento das atribuições estatais, passou a haver nova expansão do direito privado como instrumento de exercício de competências públicas, com destaque para o manejo do contrato para satisfação de interesses coletivos (ESTORNINHO, 2009, p. 33 e ss.)

Ao passo que no sistema anterior vigia uma vinculação negativa do Estado à lei (restrição à autoridade), no sistema atual há a sua vinculação positiva não só à lei como ao Direito (DI PIETRO, 2010, p.180 e ss.; ESTORNINHO, 2009, p. 175 e ss.; MEDAUAR, 2003, p.146 e ss.), de modo que as mais variadas intervenções do Poder Público na sociedade devem ter por base autorizações previstas em regras de competência, de acordo com as balizas traçadas pelo ordenamento para tanto⁷.

O Estado liberal avançou perante o Estado absoluto na proteção dos direitos individuais, para o que a ideia da lei como disciplinadora de todo o Estado teve papel essencial (ESTORNINHO, 2009, p. 33).

Já no Estado social o Direito estrutura e é o fundamento de toda a ação administrativa, a qual tem na lei seu principal, mas não único, parâmetro de normatividade. Para concretizar as missões previstas abstratamente no texto constitucional, a atividade prestacional da Administração deve observar os parâmetros estabelecidos na Lei Maior, os princípios expressos e implícitos nela albergados, a lei (parlamentar) e demais atos normativos expedidos pelo Executivo.

Ao passo que no Estado liberal ainda se aceitava amplas margens para decisões discricionárias do Executivo, entendidas como “políticas” e, assim, não sujeitas a controle (DI PIETRO, 2010, p. 178), no Estado social, apesar de largo espectro para ações discricionárias advindas das inúmeras tarefas do Poder Público, essa margem decisória passou a ser vista como “poder jurídico”, submetido à fiscalização judicial inclusive com base em princípios.

Outra decorrência da assunção de novas empreitadas pela Administração foi a atribuição crescente de poderes normativos ao Executivo, o que se justificava pela complexidade das matérias pendentes de regulamentação (DI PIETRO, 2010, p. 178), a qual, por vezes, ainda carecia de flexibilidade que permitisse sua alteração de tempos em tempos atendendo a novas circunstâncias do setor regulado.

O fenômeno, como era de se imaginar, traz questionamentos sob o prisma da ideia de separação de poderes então reinante no Estado liberal, desafiando a doutrina e a jurisprudência até os dias de hoje.

2.1. O cumprimento da Constituição através da prestação de serviços públicos

O serviço público, a partir do início do século XX, transforma-se na noção central do direito administrativo, sendo que sua existência passa a ser não só critério para identificação deste direito especial que rege a Administração, como a própria justificativa da legitimidade das prerrogativas conferidas ao Estado para a perseguição do bem comum (CHEVALLIER, 2012, p.16 e ss.).

A realização do Estado social dá-se em grande medida por meio dessa atividade prestacional que, oferecendo à população bens de utilidade pública, concorre para garantir a cada indivíduo o mínimo necessário à sua existência digna.

Para que se atenda aos fundamentos da República (art. 1 da CR/88) e se persiga seus objetivos (art. 3 da CR/88) deve o Estado implementar políticas públicas em favor

⁷ Importante anotar o uso da expressão vinculação positiva do Estado à lei para designar o que alguns chamam de legalidade estrita, ou seja, de que o Estado só pode fazer o que a lei permite (DI PIETRO, 2010, p. 178).

dos cidadãos, muitas das quais se dão justamente através de serviços, como de saúde e educação.

O serviço público, entendido como uma atividade estatal exercida em regime de direito público, pode ser executado materialmente a particulares desde que concedidos nos termos do que prevê o art. 175 da CR⁸.

A Constituição não estabelece a gratuidade do serviço público (MEDAUAR, 2014, p. 363)⁹, sendo que, muitas vezes, este é remunerado por tarifas pagas pelos respectivos usuários (inciso III, do parágrafo único, do art. 175 da CR).

2.1.1. Direito à saúde – conteúdo jurídico da previsão contida no art. 196 da Constituição de 1988

O art. 196 da CR de 1988 estabelece:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (g.n.)¹⁰.

Vale registrar que a disciplina constitucional do direito à saúde não exclui os agentes privados da organização de tal atividade prestacional (art. 197¹¹ e 199 da CR¹²), os

⁸ Art. 175 da CR - *Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.*

⁹ “Vinculada à igualdade se coloca a questão da gratuidade. Esta não afirmada como princípio do serviço público. Às vezes o ordenamento determina a gratuidade; por exemplo, a Constituição Federal de 1988 assegurou a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 206, IV); fixou, como dever do Estado, a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, I); e determinou a gratuidade dos transportes coletivos urbanos a maiores de 65 anos (art. 230, § 2º)” (MEDAUAR, 2014, p. 363) (g.n.).

¹⁰ Para apontamentos sobre o tratamento conferido pelas Constituições anteriores à de 1988 ao direito à saúde, ver SURYAN, Jacqueline. O direito à saúde no direito comparado: do Brasil ao mundo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 86, p. 39/71, jan./mar. 2014. Apenas para ilustrar a enorme diferença entre o regime constitucional pré e o pós-1988 acerca do direito à saúde, veja a redação do art. 165 da CR/1969: “A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: (...) XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva” (g.n.). Como salta aos olhos, a existência de uma ordem constitucional que garanta a todos o “direito à saúde” é sensivelmente distinta da que assegure aos “trabalhadores” “assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva”. Contudo, infelizmente a Administração, em todas as suas esferas, resiste em assumir uma política pública compatível com a disciplina constitucional vigente, cujo conteúdo é definido não só pelo Legislativo e o Executivo, como também pelo Judiciário que, como é sabido, tem a missão de dizer em última instância o que é o Direito na análise dos casos concretos, o que, evidentemente, acaba tendo reflexo nas ações gerais em tal setor. Mais à frente voltamos ao ponto.

¹¹ Art. 197 da CR - *São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada (g.n.).*

¹² Art. 199 da CR - *A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º - A lei disporá sobre*

quais podem participar via contrato ou convênio das ações e serviços que integram a rede regionalizada e hierarquizada conhecida como Sistema Único de Saúde – SUS (§ 1º do art. 199 da CR).

Ainda é previsto que o SUS será financiado por recursos orçamentários de todos os entes da Federação¹³, sem prejuízo de outras formas de custeio (§ 1º do art. 198 da CR¹⁴).

Apesar da regulamentação relativamente detalhada feita pela Carta Política acerca de tal direito fundamental, não são poucas as questões que se colocam no dia a dia quanto ao fiel cumprimento pela Administração no que diz respeito à manutenção de serviços públicos de saúde.

Com base quase que exclusivamente no que dispõe o art. 196 da CR, que em um primeiro momento foi entendido como norma de eficácia limitada (STJ, Min. Rel. Demócrito Reinaldo, ROMS 6564/RS, DJU 17/06/1996¹⁵), há um crescente número de pessoas que se vale de ações individuais para, perante o Poder Judiciário, obter tratamentos e remédios de que necessitam para preservar sua integridade física e mental.

Uma série de dúvidas surge quanto ao impacto dessas ações na liberdade que teria o Executivo para disciplinar sua política pública em tal âmbito, entendida esta como conjunto de ações a serem desenvolvidas no longo prazo com o propósito de progressivamente melhorar o atendimento médico e ambulatorial oferecido à população.

Também não se sabe até que limite o direito de cada indivíduo à saúde pode ser exigido do Estado.

as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (g.n.).

¹³ No que diz respeito ao financiamento orçamentário do SUS a cargo da Administração em suas diferentes esferas, Élica Graziane Pinto fez estudo detido sobre a regressividade da participação da União em tal sistema quando comparada à dos Estados e Municípios entre os anos de 2003 e 2008. No período, embora a União tenha tido aumento de receitas, esse incremento não teve por destinação a melhora proporcional dos serviços de saúde, sobrecarregando Estados e Municípios em tal mister. Esse subfinanciamento do setor teria sido fator fundamental no aumento expressivo da judicialização da respectiva política pública. Destacamos passagem: “as ações individuais, desse modo, dariam vazão - como válvula de escape necessária e até útil - às pressões tóxicas que retardariam o dever de sistematizar a política de saúde como um direito coletivo e como responsabilidade de todos os entes da Federação” (PINTO, 2015, p. 220/221).

¹⁴ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (g.n.).

¹⁵ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO, PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE SEGURANÇA, E AQUELE RECONHECÍVEL DE PLANO E DECORRENTE DE LEI EXPRESSA OU DE PRECEITO CONSTITUCIONAL, QUE ATRIBUA, AO IMPETRANTE, UM DIREITO SUBJETIVO PRÓPRIO. NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMÁTICAS - AD EXEMPLUM, O DIREITO À SAÚDE - PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIÁRIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO - PELA VIA DO MANDAMUS - EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O MUNUS DE COMPLETÁ-LAS ATRAVÉS DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICÁCIA LIMITADA, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TÊM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, “OU NÃO DISPÕEM DE EFICÁCIA PLENA”, POSTO QUE DEPENDEM, PARA TER INCIDÊNCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. NA REGRA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE “TODOS TÊM DIREITO E O ESTADO O DEVER” - DEVER DE SAÚDE - COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, “NA REALIDADE TODOS NÃO TÊM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM VINCULUM JURIS GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO, O PONÍVEL AO ESTADO, DE EXIGIR EM JUÍZO, AS PRESTAÇÕES PROMETIDAS A QUE O ESTADO SE OBRIGA POR PROPOSIÇÃO INEFICAZ DOS CONSTITUINTES”. NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO, A NENHUM ÓRGÃO OU AUTORIDADE E PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPANTE (STJ - Primeira Turma - Min. Rel. Demócrito Reinaldo, ROMS 6564/RS, DJU 17/06/1996).

Uma pessoa teria direito, pelo SUS, ao melhor tratamento disponível no mercado, ou teria que se contentar com o serviço oferecido indistintamente a todos os cidadãos? Alguém que tem plano de saúde pode ser atendido pelo SUS? Em caso positivo, pode o Estado cobrar pelos serviços da seguradora? O direito a remédios se limita a listas aprovadas pelos gestores do sistema público? O Estado é obrigado a fornecer medicamentos experimentais? Não havendo disponibilidade de atendimento pela rede pública, pode o indivíduo ser atendido na rede privada obtendo reembolso da Administração? O serviço de saúde prestado pelo Estado deve ser necessariamente gratuito?

Essas indagações são apenas algumas das dificuldades que enfrentam diariamente os Tribunais quando instados a decidir sobre o alcance do art. 196 da CR, desafio ao qual se soma a regulamentação insuficiente da matéria feita pela Lei 8.080/90.

Para os estreitos limites do presente estudo, que se preocupa com a limitação imposta pelas normas constitucionais à livre organização de uma função pública pela Administração, teceremos considerações sobre dois pontos que nos parecem fundamentais: 1) O que pode ser exigido do Poder Público sob o fundamento do art. 196 da CR?; e 2) o Estado pode cobrar pelos serviços de saúde que presta à população?

2.1.1.1. Direito à saúde – conceito jurídico indeterminado – o que pode ser exigido do Estado?

As prestações que podem ser exigidas por uma pessoa para fins de resguardo à sua integridade física e mental não são suscetíveis de previsão exaustiva em atos gerais e abstratos, como as listas de medicamentos incorporados ao SUS.

O que é “saúde”? Como conceito jurídico indeterminado¹⁶, a “saúde” de alguém só pode ser determinada diante das circunstâncias de um caso concreto.

Logo, apenas diante de um paciente de carne e osso, o médico que o atende terá condições de prescrever o tratamento necessário para restauração do equilíbrio adequado de suas funções vitais, objetivo que a ordem constitucional garante que será perseguido pelo serviço público de saúde estruturado pelo Estado.

Nesses termos, se é dever do Estado assegurar a saúde dos cidadãos, não basta, à vista de receita médica devidamente fundamentada quanto à imprescindibilidade de certo fármaco para um doente, que a Administração se limite a afirmar que tal produto não fora incorporado ao protocolo da rede pública de assistência.

E essa interpretação é justamente a que ganhou consistência na jurisprudência brasileira dos últimos anos, com destaque para o julgamento em março de 2010, pelo Supremo Tribunal Federal, da STA 175¹⁷.

¹⁶ Assim define conceitos jurídicos indeterminados Marçal Justen Filho: “são expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 167/168). José Afonso da Silva destaca que saúde “não há de ser simplesmente ausência de doença. Há de ser também o gozo de uma boa qualidade de vida”. O autor ainda pontua: “a leitura do art. 196 mostra que a concepção de saúde adotada não é a simplesmente curativa, aquela que visa restabelecer um estado saudável após a enfermidade; mas a prestação social, no campo da saúde, volta-se especialmente para os aspectos da prevenção” (SILVA, 2008, p. 767).

¹⁷ “Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (Miglustat). Fármaco registrado na ANVISA.

Desse fato, contudo, não se extrai que o indivíduo enfermo tenha direito a exigir do SUS a terapia mais avançada para seu quadro clínico e/ou que lhe seja mais cômoda.

Atuando em um quadro de permanente escassez, é dever do Estado alocar os recursos públicos da forma mais eficiente possível, atendendo às necessidades prementes das pessoas, de modo que estas obtenham do SUS o que for indispensável e bastante para superação da patologia que lhes acomete.

O que exceder a tal patamar mínimo escapa ao dever inculcado no art. 196 da CR, podendo ser buscado pelos interessados na rede privada, pagando-se o preço correspondente.

2.1.1.2. Os serviços públicos de saúde prestados pelo Estado devem ser necessariamente gratuitos?

Apesar da posição adotada por parte de importante doutrina (DI PIETRO, 2011, p. 228), entendemos que a **universalidade** e a **isonomia** na prestação de serviços públicos de saúde não implicam automaticamente sua gratuidade.

Universalidade significa que tal prestação deverá ser acessível a todos, sendo que isonomia no atendimento não pode se resumir a uma perspectiva meramente formal, devendo ser analisada também sob o prisma material, ou seja: aos desiguais, cabe tratamento diferenciado na medida de sua desigualdade.

Só o fato de um serviço ser essencial à realização de direitos fundamentais não autoriza concluir pela impossibilidade de cobrança pela sua fruição, aliás como se faz com o fornecimento de água e luz.

Logo, o fundamental para saber se haverá a cobrança por atendimentos prestados pelo SUS é a aferição da capacidade contributiva do usuário (JUSTEN FILHO, 2010, p. 578)¹⁸.

Destacamos passagem da reflexão de Ingo Wolfgang Sarlet sobre o tema:

O simples argumento de que quem contribui (impostos) já está a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma

*Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF - Tribunal Pleno - Min. Rel. Gilmar Mendes - Suspensão de Segurança - STA n. 175 AgR - Ceará - data do julgamento 17/03/10). Para comentários sobre a importância desse julgamento no posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o significado do dever do Estado quanto à garantia do direito à saúde dos cidadãos, ver a crítica de GOUVEA, Carlos Portugal. *Direitos sociais contra os pobres*, disponível em: <<http://www.law.yale.edu>>, acesso em 17 maio 2015, 23h15.*

¹⁸ Anoto que, a prevalecer a ideia de que os serviços públicos de saúde podem ser cobrados daqueles que possuam condições financeiras bastantes ou planos de saúde, efetivamente ampliando o acesso dos hipossuficientes a um sistema que, o quanto possível, garanta o acesso do enfermo a um tratamento apto a assegurar a restauração do seu estado de higidez física/mental, vai ao encontro da própria razão de ser da previsão de direitos sociais em cartas políticas (a saber, garantir um mínimo de igualdade material entre os cidadãos, sem o que não há efetiva liberdade), neutralizando parte das críticas de importante doutrina à jurisprudência prevalecente em nosso país sobre o tema. Apontando os riscos da judicialização da saúde favorecer indevidamente os extratos mais abastados da nossa sociedade, ver GOUVEA, Carlos Portugal, *Direitos sociais contra os pobres*, disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11_Gouvea_CV_Port_20110514.pdf>, acesso em: 17 maio 2015, 23h15. WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF in SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais e “reserva do possível”*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 349/371; SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded? *Law & Social Inquiry*, v. 36, issue 4, p. 825-853, 2011.

sociedade acentuadamente desigual e onde a maioria da população se encontra na faixa isenta de imposto sobre a renda. Em termos de direitos sociais (e, neste caso, existenciais) básicos a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro a ser levado a sério, juntamente com os princípios da solidariedade e da proporcionalidade. Assim, a conexão entre o princípio da isonomia (que impõe um tratamento desigual aos desiguais) - compreendido, por óbvio, na sua perspectiva substancial - e o princípio da proporcionalidade, operante não apenas pelo prisma do Estado e da sociedade, mas também pelo prisma do indivíduo (no sentido daquilo que este pode esperar do Estado), revela que no mínimo o tema da gratuidade do acesso à saúde (que não constitui regra no direito comparado) merece ser cada vez mais discutido, como de resto vem ocorrendo em parte da doutrina e até mesmo na esfera jurisprudencial (SARLET, 2012, p. 579/580).

Note-se que não só esse entendimento é o que mais se coaduna com a otimização das restritas verbas orçamentárias à disposição do erário, como o pensamento diverso, inclusive se exigindo do Poder Público toda e qualquer prestação em matéria de saúde, tenderia a tornar sem sentido qualquer iniciativa privada em tal seara.

Afinal de contas, se qualquer um, com base exclusivamente no art. 196 da Constituição, pudesse simplesmente recorrer a uma repartição para obtenção dos mais variados fármacos e terapias, todos de última geração, não faria qualquer sentido se contratar um seguro privado de saúde ou hospital particular.

Em tempo a jurisprudência começa a sopesar a incongruência em se permitir o acesso irrestrito ao SUS por parte daqueles que têm condição de garantir seu direito à saúde por meios próprios.

A respeito, confira-se o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM OS CUSTOS DO REMÉDIO NÃO COMPROVADA. ACÓRDÃO EMBASADO EM PREMISSAS FÁTICAS. REVISÃO. SÚMULA 07/STJ. I - O Tribunal de origem, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, consignou não se tratar de pessoa carente, ressaltando suficientes condições financeiras do enfermo para a aquisição do medicamento, porquanto possui expressivo patrimônio. II - Rever o acórdão recorrido, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, quanto à necessidade de intervenção do Estado para garantir a sobrevivência do Recorrente, ora Agravado, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 07 desta Corte, assim enunciada. III - Agravo regimental Provido (STJ - 1ª Turma - Min. Rel. Regina Helena Costa - AgRg no Agravo em Resp nº 522.657 - RS - data do julgamento 06/11/14).

Nada obstante, insista-se, não há como se admitir que a Administração singelamente se escuse de seu dever de garantir tal serviço com base em uma suposta liberdade para organizá-lo, independentemente do que for atestado, em um caso concreto, como necessário para recuperação de um paciente.

E neste ponto nos parece especialmente contraditório, para não dizer imoral, que o Poder Público sistematicamente recuse o atendimento a receitas subscritas por médicos do próprio Sistema Único de Saúde, que afirmem a imprescindibilidade de determinado tratamento para preservação da saúde de um indivíduo.

3. Conclusão

A vinculação da Administração à Constituição é uma realidade entre nós, fruto de um progresso histórico experimentado por diversas democracias ocidentais no sentido da construção de organizações políticas cuja legitimidade e fundamento se encontre na preservação dos direitos dos cidadãos.

A disciplina constitucional de deveres a serem perseguidos pela função administrativa implica sua adstrição a textos de menor densidade normativa, como princípios e regras pouco precisas, a merecerem desdobramentos legais e regulamentares que, contudo, devem observar as diretrizes que lhe são impostas pela Lei maior.

A tradicional concepção do princípio da legalidade aplicável ao Estado liberal (legalidade estrita como restrição da autoridade) não é mais suficiente para disciplinar as múltiplas missões atribuídas à organização política pela Constituição do Estado social.

Para a nova dimensão do Poder Público a lei parlamentar é uma pauta imprescindível mas não suficiente para reger sua intervenção nos mais variados setores da vida social e econômica.

A sujeição da Administração à juridicidade (lei e Direito) traz novos desafios para o jurista e para os gestores do bem comum.

No âmbito do direito à saúde, ponto sobre o qual nos debruçamos neste estudo, observa-se uma clara imposição da ordem jurídica ao Estado em termos sensivelmente mais amplos dos deveres que lhe são determinados exclusivamente pela fonte legal.

A adequada organização de tal serviço, contudo, não pode se dar exclusivamente com base em fórmulas abstratas previstas na Lei Fundamental (e/ou em atos normativos legais e infralegais), sem que se considere as reais necessidades dos cidadãos que buscam a tutela de sua integridade física e psíquica perante o SUS.

Por outro lado, não se pode olvidar que as verbas orçamentárias são por definição escassas e que, previsivelmente, uma atividade prestacional oferecida a todos e de forma gratuita dificilmente chegará ao mesmo patamar de qualidade de uma análoga oferecida por agentes privados no mercado, mediante elevada remuneração.

Sem prejuízo, em um Estado de Direito não se pode admitir posturas arbitrárias das autoridades públicas, que não raramente se limitam a ofertar respostas padrão a pleitos de medicamentos/tratamentos que lhe são feitos, buscando legitimidade na sua atuação em normas regulamentares completamente dissociadas das situações concretas que reclamam sua intervenção.

O direito à saúde é mais do que isso; mas, para ser efetivamente garantido como serviço que atenda satisfatoriamente a toda a população, necessariamente deve ser menos do que alguns, inspirados em uma leitura romântica do art. 196 da CR, dele esperam.

Bibliografia

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*. 9. ed. Paris: PUF, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e da discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 175-196.

_____. *Parcerias na administração pública*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: La Mémoire du Droit, 1999. (reprodução de edição de 1913).

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado – contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2009.

FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. A constitucionalização do direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 267-277.

GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos – o orçamento, as renúncias necessárias e os novos projetos de leis. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 367-374.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1993. vol. 1.

GOUVEA, Carlos Portugal. *Direitos sociais contra os pobres*. Disponível em: <<http://www.law.yale.edu>>. Acesso em: 17 maio 2015, 23h15.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Org.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.

LUCCA, Newton de. Ética na saúde – conflito de interesses – dupla militância – leis Stark. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 399-425.

MACHETE, Rui. O direito administrativo português no último quartel do século XX e nos primeiros anos do século XXI. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite de (Coord.). *O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 205-225.

MANCIBO, Luis Villacorta. *El pleno sometimiento a la constitución y al resto de ordenamiento jurídico en la aplicación judicial*. Madrid: Dykinson, 2004.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. In: *Revista do Advogado*, n. 107, dez. 2009 - B. p. 74-82.

_____. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011. p. 89-113
MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. 18. ed., São Paulo: RT, 2014.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007. (reimpressão de edição de 2003).

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría Pastor. *Principios de derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Ramón Areces, 2000. vol. I.

PINTO, Élica Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação – uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Direito à saúde: multifuncionalidade e consequências jurídicas de sua aplicabilidade imediata. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2014. p. 951-966.

ROSANVALLON, Pierre. *La légitimité démocratique – impartialité, réflexivité, proximité*. Paris: Édition du Seuil, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013, p. 13-50.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded? In: *Law & Social Inquiry*, v. 36, issue 4, p. 825-853, 2011.

SURYAN, Jacqueline. O direito à saúde no direito comparado. Do Brasil ao mundo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 86, São Paulo, jan./mar. 2014. p. 39-71.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 349-371.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia*. Tradução (do italiano para o espanhol) Marina Gascón. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.

As autonomias do Poder Judiciário

André Ramos Tavares¹
Professor

1. Proposta

Na presente análise pretendo delimitar o alcance do que identificarei, para fins desta pesquisa, como *as duas autonomias*, não-jurispcionais, do Poder Judiciário: a *normativa* e a de *autogoverno*. Ambas autonomias são *capacitatórias* e, neste sentido é que interessa mais a esta análise verificar como e em que medida garantem um campo próprio de atuação do Poder Judiciário, espaço esse que está, é certo, bem desenvolvido na prática judiciária brasileira, mas ainda carece de uma abordagem conceitual que lhe propicie subsídios de maior segurança sobre suas possibilidades práticas. Adoto, ainda, a tese de que há uma interconexão dessas “autonomias”, centrais que se tornam em termos de garantir a “separação” e a imparcialidade deste “Poder” do Estado brasileiro.

Para alcançar a finalidade a que me propus, iniciarei esta análise discorrendo brevemente sobre a autonomia geral do Poder Judiciário e sua importância como salvaguarda última da sociedade (tópico 2); adiante, delimito e relaciono as duas autonomias objeto deste breve estudo (tópico 3); em seguida, abordo a questão da eficiência e gestão administrativa interna dos Tribunais, em face das autonomias que a estes foram constitucionalmente asseguradas (tópico 4); utilizarei o caso da fixação de horário de “acesso” sob a perspectiva das autonomias, concluindo pela impossibilidade de outra entidade interferir no horário de funcionamento de cada um dos tribunais (tópico 5); por último, finalizo o trabalho expondo minhas conclusões (tópico 6).

2. Autonomia do Poder Judiciário

A autonomia do Poder Judiciário não deve ser compreendida apenas como uma fórmula para, pura e simplesmente, concretizar uma abstrata “separação de Poderes”, sem maiores significados práticos para a sociedade e com a invocação sempre ligeira e imprecisa de doutrina formatada em meados do século XVIII. Interessa aqui reforçar que a chamada separação (mais rigorosamente falando, verdadeira distribuição, uma divisão orgânica de funções fundamentais) deve ser averiguada em termos mais específicos e concretos, o que será feito para o caso do “Poder Judiciário”. Essa chamada separação, ademais, promove a necessária e desejada abertura para o controle e contenção do Estado².

¹ Professor de Poder Judiciário e Sistema de Justiça Federal dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/SP, Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, Presidente do Conselho Consultivo da Presidência do CNJ e da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional.

² Como bem coloca Ribeiro (1991, p. 18), “a contrapartida [do autogoverno] é o dever de transparência no exercício da atividade judiciária”.

Nessa perspectiva, quebrar a autonomia do Poder Judiciário é enfraquecer uma *garantia da própria sociedade*. Não se estará apenas subvertendo uma teórica e distante cláusula de “separação dos Poderes”: de uma perspectiva eminentemente prática, é preciso observar que tal ação prejudica o controle sob a atuação estatal e desequilibra o arranjo institucional que fora arquitetado para assegurar direitos a partir da chamada “independência”³ dos Poderes da República.

Nesse sentido, o Min. Mário Guimarães (*apud* Ribeiro, 1991, p. 20), “a admissão do Judiciário como Poder Autônomo representa, (...) *indeclinável garantia do direito dos cidadãos*, sem a qual não é possível o *florescimento da vida democrática* e assinala um marco avançado na evolução jurídica dos povos” (original não grifado).

Já tive a oportunidade de afirmar que as garantias (orgânicas) do Poder Judiciário agrupam-se nas seguintes autonomias: (i) capacidade de autogoverno; (ii) autonomia financeira; (iii) capacidade normativa⁴. Essa classificação é de particular utilidade, uma vez que os contornos constitucionais da autonomia orgânica do Poder Judiciário deverão partir delas. Assim, embora seja imprescindível sempre atentar para a específica separação de poderes positivada, essas autonomias já são corolários desse princípio maior e encontram fundamento normativo expresso no art. 99 e art. 96, I e II da CB.

Na presente análise, interessam-nos, sobretudo, a autonomia, para que possamos fixar e delinear o campo de atuação normativa dos Tribunais⁵.

3. Capacidade normativa e de autogoverno – seu entrelaçamento

Na análise do tema presente, salta aos olhos que a Constituição reservou ao Poder Judiciário capacidade normativa em dois momentos distintos: (i) quando outorgou competência de iniciativa de lei; (ii) quando atribuiu *campo competencial próprio*, quer dizer, competência para criação de normas primárias, sem interferência direta dos demais Poderes (art. 96, I, a)⁶.

A hipótese de campo competencial próprio (ii) (art. 96, I, a) outorga ao Poder Judiciário capacidade para *editar ato normativo próprio*, sobre seus assuntos. Isso se dá, pois, no exercício de sua *autonomia normativa*, independente e paralelamente à lei em sentido formal. *Não se trata, portanto, da capacidade regulamentar, que é uma capacidade normativa secundária, baseada e lastreada em Lei* (ou até mesmo, de maneira excepcional, diretamente na Constituição). No caso, *o Poder Judiciário tem capacidade paralegal ou equiparada*⁷ à capacidade própria dos legisladores, embora com espectro muito mais reduzido.

É nesse contexto que a competência própria do Poder Judiciário resulta na produção de normas verdadeiramente primárias, que, portanto, retiram seu fundamento de validade do Texto Maior: o art. 96, I, identifica e torna válidos os atos normativos (pri-

³ Apesar do uso técnico do termo “independência” para identificar países soberanos, ele corriqueiramente é utilizado para os “poderes” internos, muitas vezes inclusive pelas constituições, em certa consideração do todo (Estado soberano) pela parte (um de seus “Poderes”).

⁴ Tavares (2012, p. 211).

⁵ Não se trata, aqui, de desprezar a autonomia financeira, que também tem papel de inquestionável relevância.

⁶ Para mais, cf. Tavares (2012, p. 218).

⁷ No sentido de encontrar fundamento de validade e campo de incidência próprios, diretamente derivados da Constituição.

mários) do Poder Judiciário, desde que dentro do campo material que lhes foi assinalado pela Constituição.

Em termos diretos, dispõe a própria Constituição do Brasil, em seu **art. 96, I**, que compete privativamente aos tribunais (não mediante proposta legislativa, mas sim mediante ato próprio):

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva (original não grifado).

Com amparo direto (por renovação da recepção constitucional) nesses dispositivos, o Estatuto da Magistratura reitera que compete privativamente aos tribunais: “V - exercer a direção e disciplina dos órgãos e serviços que lhes forem subordinados”.

A análise mais detida dos dispositivos constitucionais revela um inequívoco entrelaçamento da autonomia normativa com a chamada capacidade de *autogoverno*, uma vez que a edição de atos normativos próprios é pressuposição necessária para que o Poder possa se estruturar administrativamente de maneira independente e atuar sua função central.

Assim, a capacidade de *autogoverno* do Poder Judiciário também é determinante para sua – comumente chamada – “independência”, núcleo da (impropriamente) chamada “separação de Poderes”, e envolve uma série de componentes, como já pode acen-tuar, inclusive e especialmente a capacidade de dispor sobre sua estrutura e organizá-la: “A capacidade de autogoverno se traduz na possibilidade deferida ao Poder Judiciário de eleger seus próprios órgãos diretivos, organizar sua estrutura administrativa interna, como suas secretarias, serviços auxiliares, e deliberar sobre assuntos próprios (...)”⁸.

Embora tratando da questão financeira e orçamentária, o STF lançou orientação que se pode considerar definitiva a esse propósito:

A ingerência de órgão externo nos processos decisórios relativos à organização e ao funcionamento do Poder Judiciário afronta sua autonomia (...) (ADi 1578/AL, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 4.3.2009).

Em decisão mais específica e direta, assentou o STF que qualquer tribunal

(...) como órgão do Poder Judiciário, possui autonomia para definir e regulamentar o funcionamento e a divisão de atribuições no âmbito da Corte, sem que isso implique o desvirtuamento da competência jurisdicional estabelecida pela Carta Magna (...) (RMS 27983 AgR/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 28.08.2012, Primeira Turma).

⁸ André Ramos Tavares, *Manual do Poder Judiciário brasileiro*, p. 212.

Assim, o poder de autogoverno e a capacidade normativa judiciários devem ser considerados conjuntamente, sob a diretriz de que representam não só a *realização da cláusula de separação dos poderes, como também garantia última da sociedade, justamente por assegurarem a autonomia e a imparcialidade dos órgãos judiciais.*

4. Autonomias e a prestação jurisdicional eficiente

Assinala CECILIA FEDERICO, em lição plenamente para o Brasil, que ao juiz está assinalado um *imperium* para administrar a Justiça. Isso significa

(...) cumprir tarefas de política administrativa interna, relacionadas a como dirigir, conduzir e gerenciar a estrutura interna do Tribunal ou juízo (2005, p. 13). (tradução livre).

O “administrar a Justiça” impõe uma atividade administrativa direcionada, planejada e consciente. *Não basta ao Poder Judiciário atentar para aspectos do processo judicial*, pois este depende de uma estrutura que lhe confira suporte em termos técnicos, gerenciais e de recursos.

Decisões de gestão são decorrência da autonomia, mas também são determinantes para a própria preservação da Justiça em seu coração jurisdicional. Boas decisões de gestão – apontam os melhores Manuais da matéria – hão de estar lastreadas em fatos e em estatísticas. A partir de tais dados deve-se proceder ao alinhamento da estrutura às finalidades a serem perseguidas, sejam os objetivos últimos, sejam as metas mais imediatas.

Aliás, no caso da ADI 2.907 (que tratarei com mais detalhe adiante) o Tribunal demandado observou as peculiaridades do Estado do Amazonas, cujas “condições climáticas e econômicas do Estado” clamavam pelo estabelecimento do horário diferenciado para o expediente forense, prática utilizada por outros tribunais à época. Para além desse caso concreto que nos fornece sinais reais de diversidade, parece-me que a própria Constituição *pretendeu descentralizar a atividade administrativa também em função das disparidades regionais brasileiras*⁹.

A autonomia do Poder Judiciário é condição *sine qua non* para exercer com eficiência sua finalidade central. GILMAR FERREIRA MENDES e LENIO LUIZ STRECK, comentando o art. 96, I, da Constituição, chegam a catalogá-las garantias fundamentais, e ponderam que “a efetiva independência judicial depende de certas garantias de autonomia organizacional, administrativa e financeira dos Tribunais. Pode-se dizer que elas representam garantias institucionais da independência judicial e, dessa forma, garantias fundamentais da *prestação jurisdicional adequada e efetiva*” (2014, p. 1332, original grifado).

⁹ Note-se que isto não deixa de ter forte ligação também com a eficiência da prestação jurisdicional.

5. O caso da fixação de horário por (e dos) tribunais

5.1. A ADI 2.907/ AM

Faço um breve relato do caso que servirá para análise das autonomias em uma perspectiva prática. O Conselho Federal da OAB propôs ADI contra a Portaria 954/2001 do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, alegando: (i) violação ao princípio da legalidade; (ii) violação à isonomia, “por tratar os servidores do Judiciário do Estado do Amazonas de forma diversa daquela pela qual são tratados os servidores dos Poderes Legislativo e Executivo”¹⁰; (iii) interferência na jornada de trabalho dos funcionários do Judiciário, usurpando competência do Chefe do Executivo; (iv) que o art. 96, I, a e b, “não confere a estes o poder de regular a matéria tratada na portaria”¹¹; (v) necessidade de atendimento ao princípio da colegialidade.

A Portaria atacada nesse processo objetivo, em suma, havia regulado os diversos horários de funcionamento dos órgãos jurisdicionais das comarcas da capital e do interior do Estado do Amazonas. Portanto, estamos tratando, aqui, como bem colocou o Min. RICARDO LEWANDOWSKI, “da seguinte questão: são competentes os Tribunais de Justiça dos Estados para, por meio de resolução ou portaria, estabelecer os horários de expediente forense?”¹².

Quanto à alegada violação do princípio da legalidade, o Supremo logo entendeu que a matéria era de competência própria do Poder Judiciário, isto é, dentro de seu campo competencial estabelecido na Constituição. O Min. CEZAR PELUSO, na referida ADI 2.907/AM, foi pontual, ao anotar que o “chamado expediente externo, evidentemente, [o Tribunal] tem competência para regular”¹³. Daí, já se conclui que o STF não considerou que o Tribunal agira fora de sua competência, ou que não dispusesse dessa competência normativa, estando, em seu entendimento, agasalhado pela competência própria que lhe conferira a Constituição. A esse propósito, consta na Ementa que “nada impede que a matéria seja regulada pelo Tribunal, no exercício da *autonomia administrativa* que a Carta Magna garante ao Judiciário”.

Assim, o entendimento firmado, neste ponto, é que *a fixação de horários está compreendida dentro da capacidade normativa e de autogoverno dos Tribunais*.

Essa é a melhor solução, uma vez que, como listei acima, decisões com vistas à melhoria da gestão são pertencentes, *prima facie*, ao próprio Poder Judiciário, quando inseridas na autonomia institucional do Poder Judiciário.

No que se refere à violação da isonomia e interferência na jornada de trabalho dos funcionários do Poder Judiciário, o STF consignou que desde que a disciplina do horário não altere a jornada de trabalho dos servidores e não fira o regime jurídico dos servidores (matérias sob reserva de lei e sob iniciativa do Chefe do Poder Executivo), nem altere prazos processuais, *mas apenas diga respeito pontualmente ao funcionamento do expediente administrativo*, o tema é de considerar-se como da alçada da Justiça¹⁴. Assim foi o assunto detalhado pelo Min. MENEZES DIREITO:

¹⁰ ADI 2.907/AM, Relatório, p. 184.

¹¹ ADI 2.907/AM, Relatório, p. 185.

¹² ADI 2.907/AM, p. 203.

¹³ ADI 2.907/AM, p. 194.

¹⁴ Cf. a própria ADI 2.907/ AM, Min. Menezes Direito, p. 196-197: “(...) a portaria do Presidente regula o funcionamento do expediente administrativo do Tribunal. Ele não alcança o regime jurídico nem muda o horário da jornada de trabalho. A jornada de trabalho é a mesma, ele apenas regula o horário de funcionamento, e existem peculiaridades locais no Amazonas, no Pará, tanto isso que os fusos horários são diferentes”.

(...) quando se trata apenas de regular o funcionamento do expediente administrativo do Tribunal, o Tribunal é competente, ele tem condições de fazer essa fixação, porque, se não fosse assim, nós estaríamos retirando do Tribunal a competência para estabelecer o seu expediente administrativo. (ADIn 2.907/AM, Min. MENEZES DIREITO).

Em passagem expressa sobre esse mesmo sentido e alcance, o Min. RICARDO LEWANDOWSKI, relator da ADIn n. 2.907, acentua:

(...) a norma impugnada, embora altere horário de trabalho dos servidores do Judiciário local, não altera a sua jornada de trabalho e, portanto, a rigor, não interfere com o respectivo regime jurídico. Como acentuou o Egrégio Plenário, diante do julgamento desta ADI, a matéria regulada pela Portaria em questão pode ser disciplinada pelo Tribunal, no exercício da autonomia administrativa que a Carta Magna assegura ao Judiciário.

Nessa mesma ADI a procedência da ação deu-se por questão formal outra, relacionada à necessidade de deliberação colegiada, que, segundo o STF, não ocorria naquele caso concreto¹⁵.

A respeito deste último item, cumpre reforçar que se entende que a Constituição traz uma *exigência de colegialidade* (chamado como *princípio da colegialidade* na expressão cunhada pelo Min. CELSO DE MELLO).

5.2. A Resolução n. 130 do CNJ

A propósito, ainda, do tema “horário”, encontra-se atualmente suspensa a Resolução n. 130, do CNJ, que pretendeu disciplinar o assunto, sobrepondo-se à autonomia constitucional dos tribunais, inclusive contra decisões prévias do próprio CNJ, que afirmavam e acentuavam tratar-se de tema incluído nessa autonomia (cf. PCA 200810000014612, Rel. Cons. ALTINO PEDROZO DOS SANTOS, j. 17.03.2009 e PCA 2008100000014703, Rel. designado Cons. ANTONIO UMBERTO DE SOUZA JUNIOR, j. 17.03.2009).

Referida Resolução foi suspensa em sede de medida cautelar concedida na ADI 4598, por decisão amplamente fundamentada do Min. LUIZ FUX, da qual destaco o seguinte:

(...) a Resolução nº 130 do CNJ (...) trata, na essência, de horário de atendimento ao público pelos Tribunais brasileiros. A leitura atenta da Resolução impugnada nos conduz a essa incontroversa conclusão. A preocupação foi, basicamente, a de uniformizar o horário de atendimento ao público nos Tribunais brasileiros.

(...)

¹⁵ Cf. ADI 2/907/AM, voto Min. Cezar Peluso, p. 195 e voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 191. Mas diferentemente do que entendeu o STF, esta exigência foi, indiscutivelmente, observada no caso concreto. O Conselho Superior da Magistratura do Estado do Amazonas, órgão colegiado, editou Provimento dentro das competências que lhe foram atribuídas por esse mesmo Regimento. Essa delegação, portanto, foi realizada legitimamente dentro do campo autônomo do Tribunal de Justiça.

Quanto à fumaça do bom direito, noticia-se nos autos profunda controvérsia sobre a legitimidade da atuação do CNJ em relação ao tratamento da matéria diante das atribuições que gravitam em torno da autonomia dos Tribunais. Lavra profunda celeuma quanto ao alcance dos poderes do CNJ e o Supremo Tribunal Federal está em vias de decidir a respeito da adoção do princípio da subsidiariedade em relação ao referido órgão.

A questão, portanto, não é apenas de defesa de um campo autônomo, mas, sim, de uma autonomia essencial para o funcionamento de toda a engrenagem judiciária – e de sua responsabilidade, que se espera e se exige – do Poder Judiciário.

Repita-se: a capacidade normativa e de autogoverno não atendem a um interesse público secundário, quer dizer, aos interesses da instituição, per se, do Poder Judiciário. Pelo contrário: a preservação das autonomias constitucionais do Poder Judiciário está intimamente ligada à eficiência da prestação jurisdicional e, portanto, ao direito fundamental do acesso à Justiça.

6. Conclusões

O estudo das autonomias do Poder Judiciário é que, em última análise, firmará os contornos da chamada “independência” do Poder Judiciário na “separação” de poderes brasileira.

Daí torna-se possível compreender o âmbito material da competência normativa do Poder Judiciário, em contraste com o campo reservado à função legislativa. Se, abstratamente, tal tarefa distintiva é consideravelmente improvável, o exame do caso concreto, à luz das autonomias constitucionais do Poder Judiciário, certamente levará a uma conclusão constitucionalmente satisfatória, que deve conciliar o poder de autogoverno e autonomia financeira com as demais funções pertencentes aos outros Poderes da República.

Mas é sempre importante frisar que essas autonomias não são de interesse único e exclusivo do próprio Poder Judiciário, que, em última análise, fora criado para exercer uma função central específica no arranjo institucional brasileiro. Para garantir à própria sociedade que a aplicação do Direito se dará de maneira imparcial, as autonomias do Poder Judiciário mostram-se indispensáveis para evitar a indesejável subjugação de Poderes e, mais do que isto, da própria sociedade.

Referências bibliográficas

FREDERICO, Cecilia. Hacia la reforma judicial. Normas ISO. Gerenciar hacia la calidad. In: LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Gestión social de calidad en la justicia*. Buenos Aires: La Ley, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Art. 96. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. *A autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário*. Palestra proferida em 2/10/1991, na VII Conferência de Advogados do Estado do Rio de Janeiro “Congresso Sobral Pinto”.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Manual do Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Mandado de injunção e separação dos Poderes

*Elival da Silva Ramos*¹
Procurador do Estado

Sumário: 1. O princípio da separação dos Poderes; 2. Ativismo judicial e mandado de injunção; 3. O Projeto de Lei n. 6.128/09 e a separação dos Poderes. 4. Conclusão.

1. O princípio da separação dos Poderes

O Estado democrático nasce sob o signo da juridicização do poder. A teoria do Poder Constituinte se, por um lado, importa no reconhecimento de que a origem do ordenamento jurídico se dá a partir de um ato de soberania, o qual, por conseguinte, não pode ser por aquele limitado ou condicionado, por outro, consubstancia uma proposta de institucionalização do poder, que passa a ser exercido pelos órgãos indicados na Constituição e na forma por ela prescrita (e também de acordo com as normas de conteúdo por ela antecipadamente impostas)². Dado o êxito do movimento jurídico-político que ficou conhecido como constitucionalismo³, esse Estado submetido ao direito se tornou sinônimo de Estado constitucional, em que uma das peças-chave, inquestionavelmente, é o princípio da separação dos Poderes.

Muito embora se possa encontrar desde a Antiguidade alguns elementos que viriam a compor o núcleo do princípio, o certo é que apenas com as revoluções liberais do século XVIII lhe foi conferida a formulação com a qual se tornou conhecido, especialmente a partir da obra de Montesquieu, *O espírito das leis*⁴. Até os albores da Idade Moderna, prevaleceu a ideia de que o êxito de um sistema de governo, no sentido de maior favorecimento ao bem comum, dependia antes da distribuição de seu exercício entre as principais forças sociais do que do rateio das funções estatais entre diferentes órgãos

¹ Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito Constitucional; Procurador do Estado de carreira, ocupando, atualmente, o cargo de Procurador-Geral do Estado; Vice-Presidente do Instituto Pimenta Bueno - Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

² Como é sabido, foi Emmanuel Joseph Sieyès quem primeiro esboçou a teoria do Poder Constituinte, em plena turbulência do processo político que culminaria com a Revolução de 1789. Em seu opúsculo *Qu'est-ce que le Tiers État?*, Sieyès declara solenemente que "a nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo", pois "sua vontade é sempre legal, é a própria lei" (com a ressalva dos limites éticos a que também ela está sujeita, na forma do direito natural). Todavia, ao propor uma nova feição institucional ao Poder Legislativo (que deveria ser assumido pelo terceiro estado), o mesmo autor ressalta que tal objetivo deveria ser alcançado por meio de uma Constituição: "É impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que preencha as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é o que chamamos a *constituição* desse corpo." Cf. *A Constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?*, organização e introdução Aurélio Wander Bastos, tradução Norma Azeredo, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1986, p. 116-7.

³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho refere-se ao constitucionalismo como o movimento político e jurídico que "visa a estabelecer em toda parte *regimes constitucionais*, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas". Cf. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 7.

⁴ Cf. Pietro Virga, *Diritto Costituzionale*. 9. ed. Milão, Giuffrè, 1979, p. 67.

de poder, vale dizer, antes da concretização do ideal do governo misto do que da separação de Poderes⁵. No Capítulo VI, do Livro XI, de *O espírito das leis*, Charles Louis de Secondat, a pretexto de descrever a Constituição da Inglaterra, faz a defesa enfática da monarquia limitada⁶, em que as três funções estatais então por ele identificadas (legislativa, executiva e judiciária) são atribuídas a órgãos distintos, dotados de prerrogativas de independência institucional (Poderes), disso resultando um sistema de freios e contrapesos inibidor de abusos e altamente benéfico à liberdade individual^{7, 8}.

Portanto, o princípio da separação dos Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a consecução de seus fins⁹, o que, à evidência, está sujeito a toda sorte de condicionamentos históricos, não se podendo, por exemplo, impugnar a cientificidade do modelo concebido por Montesquieu, no século XVIII, tendo em vista a implantação de um Estado democrático-liberal, com os olhos voltados para o *welfare state* de nossos dias. Esse elemento é o que mais profundamente mergulha no tempo, por estar relacionado à própria ideia de divisão de trabalho. Em segundo lugar, propõe-se que essas funções sejam atribuídas a estruturas orgânicas independentes entre si, o que exige dotar-se cada uma delas de determinadas prerrogativas institucionais e os seus titulares de garantias funcionais, estando a eles vedada, por outro lado, a participação em funções estranhas ao aparato orgânico a que se vinculam¹⁰. É de se acrescentar, ainda, que a afetação das funções aos órgãos deve ser feita de modo a se obter uma relativa especialização funcional, ou seja, cada aparato orgânico deve, *predominantemente*, exercer uma delas, sendo estruturado com vista ao exercício adequado da atividade¹¹, admitindo-se, pois, um certo compartilhamento

⁵ Como anota Norberto Bobbio, no *Dicionário de Política*, por ele escrito juntamente com Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, 5. ed., tradução Carmen C. Varrialle & outros, coordenação da tradução João Ferreira, revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais, Brasília, UNB, São Paulo, IMESP, 2000, v. 1, p. 559, “em seu significado original, o Governo misto é o resultado da distribuição do poder entre as diversas forças sociais, cuja colaboração há de servir para manter a concórdia necessária à convivência civil”, ao passo que “a separação dos poderes resulta, em vez disso, da distribuição das três funções principais do Estado, legislativa, executiva e judiciária, por órgãos diversos”.

⁶ Nesse sentido preleciona Manoel G. Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 136.

⁷ Com efeito, afirma Montesquieu que “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”. Isto porque “é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele”, salvo se, “pela disposição das coisas, o poder freie o poder”. Cf. *O espírito das leis*, 6. ed., introdução e tradução Pedro Vieira Mota, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 168 e p. 165.

⁸ Nicola Matteucci, *Dicionário de Política*, cit., v. 1, p. 248-9, observa que a proposta de Montesquieu, na verdade, combina a técnica da separação de Poderes, com o ideal do governo misto, porquanto, depois de assentar a separação funcional entre os órgãos de poder, “à medida que se vai adentrando no exame da Constituição inglesa, o problema ou a solução vão mudando”: “Na técnica da separação dos poderes é introduzido um novo elemento: a divisão do poder legislativo (...) entre as classes ou os Estados medievais do reino. Na realidade, o Parlamento inglês é constituído pelo rei, pela nobreza temporal e espiritual, e pelo povo. Montesquieu, para obter o equilíbrio efetivo entre os diversos poderes, introduz em sua construção o ideal clássico do Governo misto, que fora buscar ao próprio pensamento político inglês.”

⁹ A correlação entre funções e fins do Estado é posta com precisão por Jorge Miranda, *Manual*, Coimbra, Coimbra, 1997, t. 5, p. 9-10, ao aludir à função no sentido de tarefa ou de atividade: “A tarefa não é que um fim do Estado concretizado em certa época histórica, em certa situação político-constitucional, em certo regime ou Constituição material. Por seu turno, a função enquanto actividade (a descobrir por via de uma análise espectral da obra do Estado, dos seus órgãos, agentes e serviços) não vem a ser senão um meio para atingir esse fim, qualificado sob certo aspecto; e, se a tarefa implica a adstricção de um comportamento (positivo), tão pouco a actividade existe por si mesma.”

¹⁰ Como bem lembra J. J. Gomes Canotilho, “a imposição constitucional de uma estrutura orgânica funcionalmente adequada vai até ao ponto de, no *plano pessoal*, conformar um *estatuto jurídico-constitucional* específico, tendente a evitar quaisquer ‘uniões pessoais’ dos órgãos de soberania”. Cf. *Direito Constitucional*, 7. ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 558.

¹¹ Sobre esse ponto, aduz Canotilho, ob. cit., p. 552, que o princípio da separação dos Poderes “exige uma estrutura *orgânica funcionalmente adequada*”, o que significa que “a cada órgão de soberania, dotado de determinadas características, é atribuída a função que ele pode desempenhar de uma forma mais adequada (ou da única forma adequada) da que seria se ela fosse atribuída a outros órgãos”.

de funções, genérico ou individualizado¹². Esse ponto ótimo do rateio de funções entre os Poderes (estruturas orgânicas independentes) deve ser encontrado com o foco na finalidade do arranjo institucional, que é a limitação do poder estatal, no interesse da liberdade. Nesse terceiro aspecto reside a contribuição inovadora da proposta veiculada no *Espírito das leis*, porquanto se na *Política* de Aristóteles já se fez um inventário das funções estatais, nada autoriza a concluir que o Estagirita “observasse empiricamente ou desejasse teoricamente a atribuição dessas três funções a diferentes órgãos”¹³.

Porém, se o princípio da separação dos Poderes consagrado nas Constituições democráticas contemporâneas se filia, histórica e ideologicamente, ao modelo concebido sob inspiração do liberalismo setecentista, não pode ser compreendido sem a indispensável imbricação com um determinado sistema constitucional, que lhe confere características peculiares, de modo a torná-lo único em sua concreta encarnação daquele arquétipo. Nesse sentido, Konrad Hesse insiste que a separação dos Poderes deve ser considerada um *princípio da Constituição*, da qual “obtem sua forma histórica atual e contornos claros”:

*Para tal consideração não decide um dogma abstrato sobre isto, se, e até que ponto, a divisão de poderes na Constituição é ‘realizada completamente’. Critério de realização é, antes, a organização concreta pela Constituição, à qual é importante aqui, como em toda parte, uma ordem material determinada da atividade de forças históricas reais.*¹⁴

Não apenas as funções estatais se alteram em razão da concepção que se tenha a propósito das finalidades do Estado, mas, também, o número de órgãos constitucionalmente previstos varia em face da maior ou menor amplitude do catálogo de atividades a serem por eles desempenhadas. Ademais, se em um Estado que se ocupe, primordialmente, da contenção do poder a rígida distribuição de funções, com hipóteses restritas de interpenetração de competências, se afigura satisfatória, no contexto de um Estado que combine a proteção da liberdade com a construção da igualdade, o rateio funcional há que assumir contornos profundamente diversos, compatíveis com a necessária eficiência na atuação estatal, admitindo-se, sem pudores, o compartilhamento de atividades e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão.

O princípio da separação dos Poderes envolve, destarte, uma articulação entre os órgãos e funções do Estado, razão pela qual Canotilho o apresenta como “um princípio

¹² O compartilhamento ocorre, sob o prisma genérico, tendo em vista a configuração abstrata da função, ao passo que há compartilhamento específico se existir colaboração na prática de ato que constitua uma de suas possíveis manifestações.

¹³ Veja-se Karl Loewenstein, *Teoria de la Constitución*, 2. ed. esp., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976, p. 57.

¹⁴ Cf. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, 20. ed. alemã, tradução Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Fabris, 1998, p. 368. Em reiterados julgados, o Supremo Tribunal Federal tem sublinhado que o princípio da separação dos Poderes é preservado por aquela Excelsa Corte em consonância com a sua expressão no direito constitucional positivo brasileiro: “O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República.” Cf. acórdão proferido em 7-8-1997, no julgamento da ADI nº 98-5/MT, sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence (DJ 31-10-1997).

organicamente referenciado e funcionalmente orientado". No tocante ao primeiro aspecto, importa ter presente que se está a cuidar da separação entre as estruturas orgânicas que exercem o poder estatal (em cujo topo estão os denominados órgãos de soberania¹⁵), em razão de um critério funcional, não havendo, pois, que se falar em quebra da unidade do poder do Estado. Em relação ao segundo aspecto, cabe lembrar que "os atos por meio dos quais se manifesta a vontade do Estado" podem ser vistos sob o prisma formal ou material. Sob o ângulo formal, os atos estatais são ordenados considerando-se a qualidade do órgão dos quais emanam ou a forma da qual são revestidos, que, em regra, está associada ao órgão competente para produzi-los. Já sob o ângulo material, se considera "o conteúdo do ato, independentemente do órgão do qual emana e da forma que o reveste". Pois bem, o princípio constitucional em tela, arremata Pietro Virga, "reafirma a subdivisão das funções estatais (...) segundo o seu conteúdo material"¹⁶.

As Constituições que consagram os postulados do Estado de Direito jamais deixam de indicar quais são os órgãos titulados ao exercício do poder estatal (os Poderes, com "p" maiúsculo, na terminologia do constitucionalismo brasileiro). No entanto, nem sempre indicam, de modo expresso, a função (ou funções) que lhes compete exercer, com preferência em relação aos demais¹⁷, e mais raramente ainda se ocupam da caracterização material dessa atividade. Ambas as tarefas, de toda sorte, acabam sendo cumpridas pela doutrina e pelos operadores do sistema, tendo como referencial o elenco de atos incluídos no rol de competências dos órgãos de poder¹⁸. E se o fazem é porque não há como deixar de assim proceder, diante da acolhida do princípio da separação no Texto Magno, que exige, como já se salientou, a identificação da função estatal associada a cada um dos Poderes, sob o prisma substancial. Tal função típica admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um *núcleo essencial* da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente. De outra parte, como as atividades estatais se articulam entre si, o exercício de função que se aparte de suas características materiais intrínsecas acabará, inevitavelmente, resultando em interferência indevida na esfera de competência de outro Poder, com risco de seu esvaziamento, dado o efeito multiplicador decorrente da imitação de modelos de conduta institucionais¹⁹.

¹⁵ O art. 111, n. 1, da Constituição portuguesa estabelece que "os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição", após haver declarado, no art. 110, n. 1, que "são órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembléa da República, o Governo e os Tribunais". É de se notar, por outro lado, que o Governo é "o órgão superior da Administração Pública" (art. 182), cujo aparato orgânico não o integra.

¹⁶ Cf. *Diritto Costituzionale*, 9. ed., Milão, Giuffrè, 1979, p. 61.

¹⁷ Na Constituição italiana, de 27-12-1947, das quatro funções fundamentais identificadas pela doutrina (legislativa, administrativa, jurisdicional e de governo – cf. Pietro Virga, ob. cit., p. 62), duas delas são explicitamente atreladas a determinados aparatos orgânicos. Assim sendo, no art. 70 se estabelece que "a função legislativa é exercida coletivamente pelas duas Câmaras", enquanto no art. 102, primeiro parágrafo, se estatui que "a função jurisdicional é exercida por magistrados ordinários, instituídos e disciplinados pelas normas sobre a organização judiciária".

¹⁸ Assim laborou Jorge Miranda, ao buscar traçar um quadro das funções do Estado na Constituição portuguesa de 1976: *Manual*, cit., t. 5, p. 19-21.

¹⁹ É esse o conspícuo ensinamento de Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 559: "Do facto de a CRP consagrar uma estrutura orgânica funcionalmente adequada é legítimo deduzir que os órgãos especialmente qualificados para o exercício de certas funções não podem praticar actos que materialmente se aproximam ou são mesmo característicos de outras funções e da competência de outros órgãos (...). Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a *uma função corresponde um titular principal*, sempre se coloca o problema de se saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro."

O fenômeno do ativismo judicial, que tem atraído a atenção da doutrina constitucional brasileira, consiste, precisamente, na ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa²⁰, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário²¹, e, sim, da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consecutórios, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados. Há, pois, a necessidade de se perquirir quais são, em linhas generalíssimas, as notas materiais da jurisdição. Os processualistas costumam versar o assunto em sede de Teoria do Processo, que engloba os estudos dedicados aos conceitos-chave do Direito Processual. Nessa ótica, aduz-se que a jurisdição “expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo”. A função jurisdicional consubstancia, por conseguinte, um instrumento para a atuação do direito objetivo, visto que “ao criar a jurisdição no quadro de suas instituições, viu o Estado a garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados enunciados, ou seja: que se obtenham, na experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que o direito material preconiza”. Todavia, ao escopo jurídico do processo jurisdicional se devem adicionar os seus objetivos sociais, consistentes na resolução de conflitos intersubjetivos ou pendências jurídicas cuja persistência pode comprometer a paz e a ordem na sociedade.²² Não discrepa desse delineamento o escólio de Jorge Miranda, tendo como norte um texto constitucional que arrola os principais objetivos da jurisdição²³. Para o constitucionalista da Universidade de Lisboa, “na função jurisdicional define-se o Direito (*juris dictio*) em concreto, perante situações da vida (litígios entre particulares, entre entidades públicas e entre particulares e entidades públicas, e aplicação de sanções), e em abstrato, na apreciação da constitucionalidade e da legalidade de normas jurídicas”²⁴. Assiste-lhe inteira razão ao equiparar o contencioso objetivo ao contencioso subjetivo em termos de exercício da função jurisdicional, pois tanto neste quanto naquele existe a aplicação

²⁰ Desde a obra clássica sobre o ativismo judicial de Eduard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, 2. ed., pref. Franck Moderne, Paris, Dalloz, 2005, se associa o ativismo judicial à ingerência no tocante à função legislativa. Nas palavras de Lambert, “o sistema de governo, que decorre, nos Estados Unidos, da associação cada vez mais estreita dos tribunais com a direção dos rumos da legislação, foi qualificado de governo pelo judiciário”, para, depois, acrescentar: “A conquista da supremacia política pelo judiciário se realizou, sobretudo, às expensas do poder legislativo e por uma invasão no domínio do statute-law.” Ob. cit., p. 8 e 16.

²¹ Foi o que fez, por exemplo, a Constituição brasileira de 1988, que, dentre outras prerrogativas institucionais, conferiu ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça a iniciativa privativa de leis nas matérias arroladas nas alíneas do inc. II, do seu art. 96.

²² Veja-se Antônio Carlos de Araújo Cintra & outros, *Teoria geral do processo*, 12. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 129-31.

²³ Estabelece o art. 202, n. 2, da Constituição de Portugal: “Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados.”

²⁴ Cf. *Manual*, cit., t. 5, p. 29.

do direito objetivo a uma situação fática que a ele se ajusta, quer compreenda esse suporte fático um litígio envolvendo direitos e interesses subjetivos, quer se reduza à verificação da adequação, formal e material, de um ato legislativo (que atua sobre a configuração do ordenamento, mas a ele também se submete) à Constituição. Em ambos os casos, ademais, estará presente a finalidade de pacificação social, muito embora no controle abstrato de normas esse objetivo seja atingido, indiretamente, fora dos limites estritos do processo (que não compõe lide alguma), dada a ampla eficácia subjetiva da decisão nele proferida. Por certo a função jurisdicional, além de ser entregue a um aparato orgânico estruturado para bem fazê-la atuar, é exercida por meio de um processo cujas notas tipificadoras (inércia, substitutividade, definitividade, contraditório, etc.) guardam estreita relação com a sua conformação material. Contudo, quando se investiga suposto desvio no exercício da jurisdição, com ofensa ao princípio da separação dos Poderes, o que compete é averiguar se existiu a desnaturação substancial da atividade e não o afastamento de seu conduto formal.

Tradicionalmente se aponta o caráter executório da jurisdição²⁵, em contraponto à natureza criativa ou inovadora da legislação. As leis, por conseguinte, em sentido material seriam atos veiculadores de normas gerais, abstratas e inovadoras da ordem jurídica²⁶, ao passo que as decisões judiciais seriam meros atos de aplicação dessas normas. Todavia, indaga-se se esse modo de pensar a função jurisdicional ainda pode subsistir após a descrição kelseniana da dinâmica dos sistemas jurídicos:

Uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É errado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior.²⁷

Quanto mais se tivermos em mente a evolução ocorrida no âmbito da Hermenêutica, que tornou patente a natureza híbrida, cognoscitiva e criativa da atividade exegética, a qual propicia, mais do que a aplicação, a concretização de normas, cujos elementos estão apenas contidos *in fieri* nos textos legislativos. As decisões judiciais, portanto,

²⁵ Essa predisposição executória, no tocante à moldura normativa do ordenamento, também está presente na função administrativa, que, entretanto, difere fundamentalmente da função jurisdicional, pois “enquanto a administração visa à satisfação dos interesses que o Estado assume como próprios, a jurisdição visa à justa composição da lide” (cf. Pietro Virga, ob. cit., p. 64). No primeiro caso, a atuação da lei é meramente instrumental, ao passo que a jurisdição vê na atuação do direito o seu fim imediato, associado, por certo, com os objetivos sociais inerentes à preservação da ordem jurídica (paz, ordem, segurança jurídica, isonomia, etc.). Por seguir a escola francesa, que não vê diferença essencial entre a função administrativa e a jurisdicional, Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta que entre uma e outra existe unicamente distinção quanto ao modo de exercício: cf. *Curso*, cit., p. 136.

²⁶ Dentre tantos outros, é essa a configuração que Pietro Virga, ob. cit., p. 62, empresta à função legislativa: “A função legislativa atua mediante a produção de normas constitutivas do ordenamento jurídico e, portanto, de regras gerais, abstratas e inovadoras.”

²⁷ Cf. *Teoria pura do Direito*, 2. ed. bras., tradução João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1987, p. 252-3.

são necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão (ponto culminante do processo de concretização normativa), mas, principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição. Entretanto, não se pode negar que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores oficiais do direito é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo ou ao órgão que com ele compartilhe a função legislativa. O próprio Kelsen assim o reconheceu, ao asseverar que os tribunais constitucionais, por estarem jungidos à Constituição, exercem função similar a de qualquer outro órgão do Poder Judiciário, consistindo, primacialmente, na aplicação do direito e apenas em pequena medida na sua criação²⁸. Tenho para mim que o requisito da inovação do ordenamento jurídico, mormente se atentarmos para a sua completa estrutura escalonada²⁹, não serve à distinção entre as funções ditas de aplicação do direito (jurisdição e administração) e a função legislativa. Todavia, se observarmos o nível hierárquico em que são postos os atos legislativos e o predomínio do fator constitutivo ou executório em relação às normas disciplinadoras de conduta, assim entendidas aquelas diretamente voltadas à regulação do comportamento dos sujeitos de direito³⁰, podem-se caracterizar os atos legislativos, materialmente, como veiculadores de normas gerais, abstratas e situadas no nível primário do ordenamento, logo abaixo do nível constitucional, contribuindo de maneira predominantemente constitutiva para o seu desenvolvimento. Por seu turno, os atos jurisdicionais estão situados em escalão inferior da ordem jurídica, com referência aos atos de legislação, e se voltam, precipuamente, à atuação de atos normativos superiores, contribuindo, apenas, moderada e limitadamente, na modelagem do conteúdo desses atos.

Se não se pode afirmar que o ativismo judicial esteja necessariamente associado a Estados cujas Constituições adotam como dogma a independência e harmonia entre os Poderes, não é menos verdadeiro que a identificação do fenômeno, em geral, provenha desses sistemas constitucionais. Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica na deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos Poderes.

2. Ativismo judicial e mandado de injunção

Como é sabido, até recentemente o Supremo Tribunal Federal se recusava a exercer competência normativa em sede de mandado de injunção, prevalecendo a orientação assentada no julgamento do Mandado de Injunção n. 107-3/DF, que, praticamente,

²⁸ Cf. *Jurisdição constitucional*, introdução Sérgio Sérvulo da Cunha, tradução Alexandre Krug, Eduardo Brandão & Maria Ermantina Galvão, Martins Fontes, 2003, p. 153.

²⁹ Na *Teoria pura do Direito*, cit., p. 240-83, Kelsen faz uma completa descrição da estrutura escalonada da ordem jurídica, a partir da Constituição e até os negócios jurídicos e atos administrativos.

³⁰ Inconfundíveis, portanto, com as normas de decisão, que constituem antes a solução de um litígio ou de uma controvérsia (no contencioso objetivo), mediante a atuação de uma norma de conduta, e que somente de modo indireto regulam comportamentos.

equiparava o instituto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. É certo que, conquanto limitadamente, em duas situações específicas, já houvera o STF admitido a possibilidade de ministrar suprimento normativo para o caso concreto submetido a julgamento, viabilizando o exercício do direito constitucional afetado pela omissão legislativa. Cuidava-se, então, de dar efetividade às normas do § 3º, do artigo 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (direito à reparação econômica de pessoas prejudicadas por atos do Ministério da Aeronáutica, à época do regime militar), e do § 7º, do artigo 195, da Constituição de 88 (direito à isenção de contribuição previdenciária para entidades beneficentes de assistência social), normas estas de eficácia limitada, de natureza preceptiva, as quais, a par disso, continham todos os elementos necessários à sua imediata incidência, diferida apenas por condicionamento formal imposto pelo Constituinte³¹. Nesse sentido, as decisões proferidas nos Mandados de Injunção n. 283-4/400, 284-3/400, 543-5/DF e 562-9/RS³², todos atinentes ao § 3º, do artigo 8º, do ADCT, e no Mandado de Injunção n. 232-1/400³³, concernente ao § 7º, do artigo 195, da Constituição, as quais, inclusive, acenaram para a atribuição de efeitos *erga omnes* ao então decidido, sem que, entretanto, a interpretação do dispositivo desses acórdãos autorize conclusão nesse sentido³⁴.

No julgamento do Mandado de Injunção n. 721-7/DF, operou-se significativa modificação na diretriz aludida, passando-se a emprestar à decisão que acolhe o pedido de injunção natureza constitutivo-condenatória ou constitutivo-mandamental, importando, em maior ou menor extensão (objetiva e subjetiva), no oferecimento da disciplina normativa reclamada³⁵. Essa novação jurisprudencial, de há muito postulada pela doutrina, parece-me acertada por ao menos três motivos: em primeiro lugar, ajusta-se melhor ao princípio da força normativa da Constituição e ao subprincípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais; em segundo lugar, proporciona mais adequada sistematização da matéria atinente ao combate da omissão inconstitucional, pois não há de existir dois instrumentos que o façam com os mesmos efeitos práticos; finalmente, também em atenção ao elemento sistemático, visto sob um outro ângulo, a efetivação, em concreto, de direitos fundamentais sediados em normas carentes de regulação infraconstitucional, resulta em se adensar o sentido da norma do § 1º, do artigo 5º, da Constituição³⁶.

³¹ As normas constitucionais referidas enquadravam-se na categoria intitulada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho de normas não-auto-executáveis *condicionadas*, isto é, “que, embora pareçam suficientemente definidas na hipótese e no dispositivo, foram condicionadas pelo constituinte a uma lei posterior, que precise os seus elementos integrantes”. Cf. *Curso*, cit., p. 13.

³² Indico a data de julgamento e de publicação do acórdão dessas injunções: MI n. 283-5 (j. 20-3-91; DJ 14-11-91); MI n. 284-3 (j. 22-11-91; DJ 26-6-92); MI n. 543-5 (j. 26-10-2000; DJ 24-5-2002); MI n. 562-9 (20-2-2003; DJ 20-6-2003).

³³ O MI n. 232-1 foi julgado em 2-8-1991, com publicação do respectivo acórdão no DJ de 27-3-92.

³⁴ Tanto assim que no acórdão referente ao MI n. 283-5, após declarar a mora legislativa em relação ao disposto no art. 8º, § 3º, do ADCT, e fixar um prazo de 60 (sessenta) dias para sua superação, o STF reconheceu somente ao impetrante “a faculdade de obter contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem” (item 4, c, da ementa do acórdão). Assim é que, por meio dos MIs n. 543-5 e 562-9, outros impetrantes foram beneficiados por novas decisões do STF sobre a mesma questão.

³⁵ Com efeito, declarou-se na ementa do acórdão proferido no MI n. 721-7/DF: “Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada”. De outra parte, “tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada”. Por fim, por se tratar de omissão relativa à legislação complementar mencionada no § 4º, do art. 40, da CF, decidiu-se que, “inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral”. O julgamento ocorreu em 30-8-2007, com publicação do acórdão no DJ de 30-11-2007.

³⁶ Reza o dispositivo que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A norma do artigo 5º, § 1º, por último referida, encerra, sobretudo, um princípio de interpretação, conexo ao da máxima efetividade, pelo qual as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais devem ser concretizadas de modo a se lhes emprestar, *sempre que possível*, eficácia plena e aplicabilidade imediata. Isso não significa, por certo, que, no sistema de direitos e garantias fundamentais, não se há de reconhecer a existência de normas de eficácia limitada, tanto preceptivas, quanto programáticas. A vinculação do postulado hermenêutico com o instituto do mandado de injunção se estabelece por servir este de remédio à falta de regulamentação de norma preceptiva, veiculadora de direito ou garantia fundamental³⁷. O próprio enunciado da norma referente ao *writ*, todavia, demonstra que agiu o Constituinte com plena consciência dos limites da força normativa da Constituição, ao restringir a ação mandamental ao enfrentamento da omissão concernente ao dever de implementação de normas de eficácia limitada *preceptivas*. Se não é unicamente a falta de norma regulamentadora que torna inviável o pleno exercício de direitos fundamentais, como sucede com os direitos prestacionais associados a normas de princípio programático, não se revela cabível o mandado de injunção.

O julgamento do MI n. 721-7/DF parecia significar o ápice do processo de modelagem jurisprudencial do instituto, com o triunfar definitivo da corrente doutrinária que situava o mandado de injunção no âmbito do controle incidental da omissão legislativa, instaurando contencioso de natureza concreta e subjetiva. De outra parte, registrava-se nesse acórdão, sufragado pela unanimidade dos integrantes da Corte Suprema, uma evolução no tocante ao decidido nos MIs n. 283-4 e 232-1, já que, desta feita, se assegurou à impetrante, desde logo, o direito cuja efetivação houvera sido obstada pela ausência de legislação integrativa (direito do servidor à aposentadoria em condições especiais – art. 40, § 4º, da CF), ao passo que, anteriormente, a concessão da injunção houvera apenas removido a carência normativa (atribuindo eficácia plena aos dispositivos constitucionais invocados), porém remetendo os impetrantes às vias ordinárias para a concretização de seus direitos³⁸.

No entanto, no julgamento dos Mandados de Injunção n. 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA³⁹, referentes à mora congressual na regulamentação do direito de greve do servidor público (art. 37, VII, da CF), mora esta que já houvera sido declarada pelo STF em outras ações mandamentais⁴⁰, evoluiu a Corte para abraçar a posição mais ousada em matéria

³⁷ Essa relação também foi estabelecida por José Afonso da Silva, em seu *Curso de Direito Constitucional positivo*, 27. ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 448: “Sua principal finalidade (do mandado de injunção) consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição do art. 5º, § 1º.”

³⁸ Roberto A. Castellanos Pfeiffer, em sua obra *Mandado de injunção*, São Paulo, Atlas, 1999, p. 93-4, anotava que o entendimento que vinha recebendo maior aceitação no âmbito doutrinário era o de que o Poder Judiciário, uma vez verificada a omissão, deveria “viabilizar o exercício do direito, liberdade ou prerrogativas constitucionais”: “Caberia, então, ao órgão julgador remover o obstáculo consistente na ausência de regulamentação, formulando os preceitos a serem observados para a efetivação da norma constitucional no caso concreto analisado, sem estender esta regulamentação para casos análogos.” Todavia, para alguns dos partidários desta corrente (concretista), “o órgão jurisdicional competente para a apreciação do mandado de injunção restringir-se-ia a remover o obstáculo oposto ao pleno exercício do direito de liberdade ou prerrogativa constitucional, por meio da formulação de regulamentação supletiva, válida apenas para o caso concreto e que fixaria os contornos necessários para o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa até então não fruído pelo seu titular” (nessa linha as decisões nos MIs n. 283-4 e 232-1). Já para outros integrantes dessa mesma vertente concretista, “caberia ao órgão julgador determinar que o obrigado satisfizesse o direito subjetivo do impetrante, regulamentado *incidenter tantum*” (nessa linha a decisão no MI n. 721-7).

³⁹ Todas essas injunções foram julgadas no dia 25-10-2007, tendo os respectivos acórdãos sido publicados no DJ de 31-10-2008.

⁴⁰ Foi o que ocorreu nas decisões relativas aos MIs n. 20/DF (DJ 22-11-1996) e 485/MT (DJ 23-8-2002).

de suprimento normativo pela via injuncional, assumindo que lhe cabe proceder, subsidiária e provisoriamente, à regulamentação do “modo do exercício do direito com eficácia *erga omnes*”⁴¹. A ementa do acórdão proferido no MI n. 712-8/PA, da relatoria do Ministro Eros Grau, não deixa margem a dúvidas, ao declarar que “no mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos”. Os acirrados debates então travados sobre a atribuição de eficácia *erga omnes* ao suprimento normativo prestado pelo STF por meio de injunção; as ressalvas feitas pela própria maioria de que cada situação de omissão legislativa deve merecer tratamento próprio quanto à forma de ser superada; e a existência de três votos em contrário, insistindo na prevalência da orientação perfilhada no MI n. 721-7⁴², ainda deixam certas dúvidas quanto à consolidação dessa nova viragem jurisprudencial.

Muito embora, pessoalmente, entenda que a melhor interpretação do inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição Federal, seja aquela que prevaleceu no julgamento do MI n. 721-7, reconheço que a variante exegética que vem de ser assumida pelo STF, na apreciação das três injunções sobre o direito de greve dos servidores públicos, não se descola da textualidade do dispositivo e encontra amparo no elemento sistemático (o princípio da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais – art. 5º, § 1º, da CF), não podendo, portanto, ser refutada por incidir em ativismo judicial, muito embora se revele menos favorável ao princípio da separação dos Poderes do que a diretriz concretista-subjetivista restrita. Não se há de negar, contudo, que essa nova fonte de poderes normativos atípicos do STF⁴³ constitui um reforço aos fatores de impulsão ao ativismo⁴⁴, o que ocorreria em grau bem menor se a Corte houvesse se limitado a administrar a normatividade faltante nos limites subjetivos da lide, exercendo competência decisória próxima àquela reconhecida a qualquer órgão judicante tendo em vista a necessidade de suprimento de lacuna sistêmica⁴⁵.

⁴¹ A completa exposição dessa orientação doutrinária, inclusive com a análise das críticas a ela dirigidas, pode ser encontrada em Roberto A. Castellanos Pfeiffer, ob. cit., p. 100-6.

⁴² Com efeito, vale transcrever o decisório do acórdão prolatado em um dos mandados de injunção sobre o direito de greve dos servidores públicos: “O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações.”

⁴³ O Min. Eros Grau, ao conduzir a maioria no MI n. 712-8, além de assumir que se cuidava, então, do exercício de função normativa pelo STF, embora não de cunho legislativo, equiparou tal atividade normativa àquela exercida por meio da expedição de súmulas vinculantes: “O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado-aplicado.” Cf. o item 40 do voto do relator.

⁴⁴ No artigo Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional (*Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 57, p. 106, out./dez. 2006), José Levi Mello do Amaral Júnior, vislumbrando a tendência, que, de fato, viria a se concretizar, de atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões concessivas de mandados de injunção, em termos de suprimento normativo da omissão legislativa, qualificou-as de uma verdadeira “medida provisória do Poder Judiciário”. Parece-me haver algum exagero nesse qualificativo, pois se trata de atividade normativa dependente de provocação e, sobretudo, da existência de omissão inconstitucional do próprio legislador ordinário, objetivamente aferível.

⁴⁵ Estabelece o art. 126 do CPC que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”, sendo que “no julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais” e, “não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

A se confirmar em novos julgados a orientação que mantém a injunção brasileira próxima ao controle abstrato da omissão legislativa, com a prestação de suprimento normativo precário por parte do Poder Judiciário, revestido de eficácia *erga omnes*⁴⁶, caberia reavaliar a orientação assumida desde os primórdios da jurisprudência acerca do instituto, que afirmou ser tutelável pelo *writ* todo e qualquer direito de porte constitucional. Uma vez acentuada a excepcionalidade da atuação do Judiciário em sede de mandado de injunção, deveria o objeto do remédio ficar adstrito ao plano dos direitos e garantias fundamentais veiculados por normas de eficácia limitada e de natureza preceptiva, dando, assim, maior concreção ao princípio estabelecido no artigo 5º, § 1º, da Constituição⁴⁷.

3. O Projeto de Lei n. 6.128/09 e a separação dos Poderes

Desde a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, o Congresso Nacional recebeu diversas proposições objetivando a regulamentação, em nível infraconstitucional, do instituto do mandado de injunção. Em relação ao rito, logo se converteu em norma legal a orientação adotada, pioneiramente, pela jurisprudência, no sentido de aplicar ao mandado de injunção o regramento especial do mandado de segurança⁴⁸. Entretanto, a questão mais tormentosa a assombrar os que se viam na contingência de dar efetividade ao instituto nunca foi a da carência de normas procedimentais, e, sim, a da não regulação, em nível constitucional, dos efeitos das decisões concessivas de ordens de injunção. Uma vez pacificado o entendimento de que a norma do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição é de eficácia plena e aplicabilidade imediata⁴⁹, o Supremo Tribunal Federal teve que, forçosamente, concretizar os efeitos desse novel instrumento da jurisdição constitucional brasileira mediante interpretação diretamente fundada no lacônico dispositivo-sede. E o fez nos termos da senda evolutiva sumariamente descrita no item anterior. Isso não significa, todavia, que tenha se tornado dispensável a contribuição do Parlamento no tocante à matéria, mesmo porque a cada decisão da Suprema Corte reacende-se o debate. De fato, durante os anos em que vigorou a diretriz exegética de perfil cauteloso e ortodoxo, tendo como *leading case* o MI n. 107, o STF foi severamente criticado pela doutrina por haver, na prática, equiparado o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁵⁰, frustrando a intenção do Constituinte de propiciar a superação de omissões legislativas lesivas a direitos fundamentais. A propósito, mesmo entre esses doutrinadores grassava intenso dissídio quanto à via alternativa que devesse ser prestigiada. Após a viragem jurisprudencial ocorrida a partir do julgamento do MI n. 721, em 2007, a discussão foi retomada, porém agora sob outro viés: estaria o STF usurpando as atribuições do Poder Legislativo e, portanto, perpetrando grave ofensa ao princípio da separação dos Poderes⁵¹?

⁴⁶ Cuida-se, de toda sorte, de controle *in concreto* da omissão legislativa, a despeito dos efeitos *erga omnes* da decisão concessiva de injunção. Poder-se-ia alcinhar essa variante jurisprudencial, de corrente concretista-subjetivista ampla.

⁴⁷ Nesse sentido, manifestei-me na obra *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 313-4.

⁴⁸ Cf. o disposto no art. 24, par. único, da Lei n. 8.038, de 28-5-1990.

⁴⁹ Assim decidiu o STF a Questão de Ordem no MI n. 107-3/DF.

⁵⁰ Variante da ação direta de inconstitucionalidade albergada no § 2º, do art. 103, da CF.

⁵¹ A mais recente manifestação crítica em relação à diretriz atual, que admite a outorga, *in concreto*, de suprimento normativo à omissão do legislador, deu-se no julgamento dos MIs n. 943, 1.010, 1.074 e 1.090, ainda não concluído, ao haver o STF,

Na verdade, o ideal seria o aperfeiçoamento da matriz constitucional do instituto, mediante a inserção de parágrafo imediatamente após o § 1º, do artigo 5º, da Lei Maior, declarando que a eficácia imediata ali prevista importaria na edição de provimento normativo precário e de efeitos concretos, que permitisse a imediata fruição de direitos fundamentais veiculados por norma carente (apenas) de legislação integradora, ao ensejo da impetração de mandado de injunção. De toda sorte, também se mostra útil a consagração em texto legislativo da orientação firmada mais recentemente pelo STF, porquanto certamente atenuará as críticas de que a Corte estaria incidindo em ativismo judicial em detrimento do Congresso Nacional⁵². Foi com esse intuito que, ao ensejo do II Pacto Republicano (“Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”), o Grupo Judiciário formulou anteprojeto de lei, afinal convertido no Projeto de Lei n. 6.128, de 2009, de autoria do Deputado Federal Flávio Dino⁵³.

A meu juízo, a matéria atinente aos efeitos das decisões de procedência em mandados de injunção recebeu tratamento adequado no projeto de lei em tela. Assim é que o artigo 9º, *caput*, do PL n. 6.128/09 consagra, como regra, a eficácia subjetiva *inter partes* dessas decisões, acolhendo a orientação sufragada no MI n. 721⁵⁴. Por economia processual e em consonância com a tendência de ampliação da competência decisória dos Ministros-relatores, estabeleceu-se que “transitada em julgado a decisão, os seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator”⁵⁵. A título excepcional, em atenção à natureza do direito ou liberdade protegida, previu-se a possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* a certas decisões⁵⁶, o que me parece bastante razoável, tendo em vista as situações de viabilização do exercício de direitos coletivos por meio de injunção, como sucedeu com o direito de greve dos servidores públicos. Por seu turno, o § 3º, do artigo 9º, do projeto de lei agasalha nova hipótese de extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*, nos moldes do preceituado no artigo 18 da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular)⁵⁷.

A natureza singular do provimento judicial deferitório de ordem de injunção, que, como já se disse, aproxima-se dos juízos de equidade, inspirou a disposição do artigo 10 do projeto, que, em seu *caput*, admite a revisão do julgado, sem prejuízo dos efeitos anteriormente produzidos, “quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito”. A precariedade do suprimento normativo outorgado pela via excepcional da injunção, que não impede, como é cediço, a regulamentação legislativa ulterior da norma definidora de direito fundamental, torna imprescindível a disciplina

por força do veredicto de procedência das ações, anunciado que editará o regramento reclamado para que os impetrantes possam se beneficiar da garantia do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sem adstrição ao mínimo previsto na legislação trabalhista (30 dias).

⁵² Se a disciplina infraconstitucional dissentisse da jurisprudência atual do STF, certamente haveria o agravamento das tensões entre a Corte e o Congresso, pois aquela, provocada a realizar o controle da legislação editada, a declararia inconstitucional. Até mesmo a atuação do legislador ordinário em sintonia com o Tribunal importa em algum risco, na medida em que a jurisprudência sempre pode sofrer reviravoltas, ainda que, na espécie, isso se revele pouco provável.

⁵³ Como consta da exposição de motivos do projeto, a propositura foi encaminhada ao Deputado-autor pelos Ministros Gilmar Mendes (STF) e Teori Zavascki (STJ).

⁵⁴ Reproduzo o dispositivo: “Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.”

⁵⁵ § 2º, do art. 9º, do PL n. 6.128/09.

⁵⁶ Nesse sentido a norma do § 1º, do art. 9º: “Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração.”

⁵⁷ Destarte, de acordo com o § 3º, do art. 9º, do PL n. 6.128/09, “o indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios”.

dos efeitos da atuação do legislador em relação à normatividade transitória, de efeitos concretos, conferida aos interessados por meio do *writ* do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição, o que foi objeto da atenção da propositura em comento no seu artigo 11:

A superveniente norma regulamentadora produzirá efeitos ex nunc em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

De outra parte, dispõe o parágrafo único do mesmo artigo que “ficará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito”. No caso de regulamentação posterior à decisão concessiva, porém antes de seu trânsito em julgado, a solução dependerá da haver sido o recurso recebido com efeito suspensivo ou não: na primeira hipótese, aplicar-se-ia a norma do parágrafo único, ao passo que, na segunda, a norma do *caput* do dispositivo.

4. Conclusão

O instituto do mandado de injunção representou louvável contribuição do Constituinte brasileiro de 1988 ao enfrentamento da omissão do legislador no desempenho do dever de conferir eficácia plena a normas constitucionais carentes de regulamentação legislativa. Após muitos anos de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, assentou o Supremo Tribunal Federal que a concessão da ordem de injunção implica formulação de disciplina normativa para o caso concreto, a princípio com abrangência limitada aos impetrantes. Ainda que não se esteja diante de atividade legislativa, tanto sob o prisma formal quanto sob o prisma material, não se há de negar que a atuação do Poder Judiciário em sede de mandado de injunção afasta-se do padrão clássico de solução de litígios por meio da aplicação do direito posto, na medida em que, para a colmatação da lacuna de legislação *in concreto*, exige-se dose de criatividade (e, *ipso facto*, de discricionariedade) bem maior do que aquela pressuposta em toda e qualquer decisão judicial. Portanto, se não há incompatibilidade visceral entre o mandado de injunção e o princípio da separação de Poderes, é preciso impedir que a garantia constitucional, já de per si fator de estímulo ao ativismo judicial⁵⁸, seja desvirtuada em relação à sua vocação natural, que é a de servir de instrumento de concreção do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Para tanto, é preciso, sobretudo, mantê-la atrelada à norma do § 1º, do artigo 5º, da Constituição brasileira, observando, de igual modo, a limitação que a própria textualidade do inciso LXXI, do artigo 5º, impõe, no sentido de limitar a concessão de ordens de injunção e dos suprimentos normativos precários a ela inerentes às hipóteses de não exercício de direitos fundamentais provocado *apenas* pela ausência de regulamentação legislativa (e não, por exemplo, pela falta de implementação de políticas públicas). A jurisprudência do STF, até o momento, não ultrapassou essa fronteira normativo-cons-

⁵⁸ Sobre o tema dos fatores de impulso do ativismo judicial, dediquei toda uma Seção do livro *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 226-304.

titucional, conquanto continue a admitir que o mandado de injunção tenha por objeto direitos constitucionais em geral, mesmo que não configurem direitos fundamentais, o que não me parece a melhor orientação a seguir, dada a natureza ímpar do instrumento de atuação judicial.

O Projeto de Lei n. 6.128, de 2009, ora em tramitação na Câmara dos Deputados consolida, de vez, a orientação jurisprudencial que diferencia o mandado de injunção da ação direta declaratória de inconstitucionalidade por omissão, delineando-o como instrumento de controle concreto-subjetivo da omissão legislativa inconstitucional. É de se louvar que tenha a propositura prestigiado, ao menos em regra, a diretriz adotada no julgamento do MI n. 721, em 2007, segundo a qual a decisão concessiva de ordem de injunção comporta a outorga de suprimento normativo provisório, na medida da necessidade de viabilização do exercício concreto do direito ou liberdade constitucional, restringindo-se a eficácia subjetiva da decisão aos impetrantes (efeitos *inter partes*).

O Poder Judiciário e as políticas públicas do INSS (análise do RExt. nº 631.240 do STF)

*Heliana Maria Coutinho Hess*¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

*Juscimeira Nunes Machado*²

Escrevente Técnica Judiciária do TJSP

Sumário: 1. Introdução. 2. O Princípio do Acesso à Justiça e o Interesse de Agir. 3. A problemática envolvendo a necessidade de prévio requerimento administrativo nas ações para concessão de benefícios previdenciários e sua aplicação prática. 4. Recurso Extraordinário nº 631.240 e sua repercussão geral. 5. Políticas públicas de assistência e previdência social. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1. Introdução

Sempre houve uma grande discussão, na doutrina e na jurisprudência, quanto à necessidade ou não de prévio requerimento administrativo quando da propositura de ações judiciais para concessão de benefícios previdenciários comuns na Justiça Federal ou Acidentários, estes delegados à Justiça Estadual, nos termos do artigo 109, § 3º, da CF/88.

No momento, uma análise realista do assunto e de suas consequências práticas, tanto para o Judiciário quanto para o próprio Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), se faz necessária, em razão da recente jurisprudência sobre esta matéria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em sessão plenária, no dia 27 de agosto de 2014, na qual foi conferido parcial provimento ao Recurso Extraordinário nº 631.240/MG, com repercussão geral reconhecida. Nesta decisão, o Ministro relator Luís Roberto Barroso decidiu de forma objetiva e clara que a exigência do prévio requerimento administrativo para o Órgão competente do INSS não fere a garantia de livre acesso ao Judiciário, preconizada no art. 5º, inciso XXXV, da CF. A exigibilidade de requerimento administrativo prévio é condição para o regular exercício do direito de ação, antes do ingresso no Judiciário. A pretensão do obreiro por requerimento administrativo equipara-se a todo e qualquer procedimento prévio e preparatório para colheita de provas e exames médicos, que devem ser analisados sob a competência e a legalidade do órgão da administração Pública indireta da União para a concessão de um benefício previdenciário, conforme os requisitos legais da previdência social.

De fato, muitas vezes, quando a abordagem do presente tema é proposta, levando-se em consideração o envolvimento do INSS e a ideia de justiça social, em razão da ineficiência ou omissão do órgão público responsável pelo amparo, poderia ser, à primeira

¹ Mestre e Doutora em Direito do Estado pela USP, Pós-Doutora em Ciência Política na Unicamp. Professora da PUCAMP de 1996 a 2000.

² Procuradora do Município de Santópolis do Aguapei (2007/2013), cursando pós-graduação em Direito Público pela UNIDERP.

vista, considerada uma limitação ao direito fundamental de acesso à justiça, garantido pela Constituição Federal, cuja primazia seria a proteção aos direitos fundamentais no âmbito social.³

Será que esse posicionamento da nossa doutrina jurídica traduz-se hoje como o mais acertado?

Essa é a discussão e a análise que se pretende com o presente estudo, ainda que de forma breve, pois a discussão de políticas públicas de Saúde e Prestação de Benefícios Sociais ao Trabalhador, tanto na aposentadoria quanto nas situações de cobertura de acidentes e doenças relacionadas ao exercício do trabalho pelo INSS, são de suma importância, pois causam reflexos aos beneficiários, à distribuição de renda, ao orçamento do Estado de Direito Social, inclusive, com aumento de demandas e acúmulo de ações judiciais no Poder Judiciário, e também com elevação de custos para os cofres públicos.

Ademais, a preliminar de requerimento administrativo é o requisito mínimo exigido da Administração Pública, que deverá melhor aparelhar seus órgãos de atendimento prioritário ao cidadão, cumprindo políticas públicas que lhe são afetas pela norma constitucional. Pretende-se, também, ampliar a análise da prestação da administração pública eficaz, necessária e adequada ao orçamento disponível para o INSS, responsável primeiro pela realização de direitos fundamentais de saúde e de assistência social ao cidadão.

2. O Princípio do Acesso à Justiça e o Interesse de Agir

Atualmente, tem se tornado muito difícil conceituar e definir a aplicação e abrangência do que seja a expressão “acesso à justiça”, em razão da extensão da matéria e sua complexidade na efetivação da justiça como instrumento de pacificação social.

Apesar de toda discussão que cerca essa temática, ainda a definição mais usual e objetiva de acesso à justiça é a de Mauro Capeletti que, em suma, elucida:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil reparação, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico-sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos⁴.

Apesar das inúmeras alterações que esse conceito sofreu e ainda sofre por causa da dinâmica provocada pela evolução do sistema de direito, com base nessa sensível lição, percebemos que a ideia de acesso à justiça deve ser compreendida muito além dos âmbito do Poder Judiciário para alcançar não só a criação das leis e boas práticas em si, como também para alcançar a efetivação de direitos essenciais para a manutenção da ordem e da paz social, como os direitos à educação, à saúde, à segurança, à cultura, dentre outros.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 63.

⁴ CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8.

Por isso, importante é a consideração de Chichoki Neto:

Nessa perspectiva, a expressão “acesso à justiça” engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que enforça o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico; mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos⁵.

Nesse sentido, a ideia de acesso à justiça, ao longo dos anos, vem acompanhada da evolução do sistema processual, no qual está baseado o direito fundamental, público e subjetivo para a defesa de direitos materiais.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio do acesso à justiça em seu art. 5º, inciso XXXV, dispondo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Segundo o constitucionalista Pedro Lenza,

(...) o art. 5º, XXXV, da CF/88 veio sedimentar o entendimento amplo do termo “direito”, dizendo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, não mais restringindo a sua amplitude, como faziam as Constituições anteriores, ao “direito individual” (...). A partir de 1988, passa a se assegurar, de forma expressa e categórica, em nível constitucional, a proteção de direitos, sejam eles privados, públicos ou transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos)⁶.

Logo, entendendo que se trata de um direito fundamental, público e subjetivo do cidadão, esse dispositivo constitucional garante a todos o livre acesso à justiça, possibilitando que todos postulem e defendam os seus interesses, por meio do amparo do Poder Judiciário, com a garantia de que nenhuma lei ou medida governamental poderá impedir o acesso do cidadão à atividade jurisdicional, quando for lesado o seu direito ou houver resistência para a persecução de pretensão jurídica contrariada pela outra parte ou não cumprida em tempo efetivo.

Contudo, devido à sua abrangência e complexidade, o princípio do acesso à justiça deve guardar alguns parâmetros para que não seja utilizado o custoso e já assoberbado caminho judicial com demandas que podem ser resolvidas em âmbito administrativo ou mesmo por intermédio da conciliação extrajudicial, de forma mais rápida e menos custosa ao Estado-Juiz.

O prévio requerimento administrativo de benefício previdenciário depende de análise de requisitos que devem ser preenchidos pelo interessado para comprovar a necessidade e a medida de sua incapacidade por doenças, acidentes e, por último, na concessão de aposentadorias.

⁵ CICHOKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 61.

⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1074.

Quando não atendido o requisito legal ou se negado o direito do cidadão por resposta fundamentada do órgão competente – INSS – cabe-lhe a via judicial para a discussão da ameaça ou lesão ao seu direito, após a apreciação de indeferimento da prestação administrativa. O Poder Judiciário está acessível, desde que sejam postuladas as questões com base em documentos comprobatórios, tais como a CTPS, com o registro do vínculo empregatício, a emissão da certidão de acidente do trabalho ou de documento médico de afastamento por doença profissional e de demonstração da negativa do direito ao segurado e pelo benefício⁷, que pretende obter.

A prévia e necessária manifestação da Autarquia da União não impede e nem mesmo diminui a importância ou eficácia, no sentido de salvaguardar o direito do cidadão de que sua pretensão, se esta for injustificada ou ilegalmente resistida, para passar à via judicial, como bem elucidado pelo processualista Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

Esse direito sofre limitações que lhe são naturais e restringem sua amplitude, mas nem por isso constituem ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Nem todo aquele que ingressa em juízo obterá um provimento de mérito, porque é preciso o preenchimento das condições da ação. Quem não tem legitimidade ou interesse, ou formula pedido juridicamente impossível, é carecedor de ação e não receberá do Judiciário resposta de acolhimento ou rejeição de sua pretensão. Essas limitações não ofendem a garantia da ação, pois constituem restrições de ordem técnico-processual, necessárias para a própria preservação do sistema e o bom convívio das normas processuais.⁸

Assim, cientes de que o acesso à justiça é garantido pelo exercício do direito de ação, ou seja, na maior parte das vezes efetivado por meio do processo, e que o referido direito não é absoluto por estar condicionado às condições da ação que, por sua vez, como forma de organização técnico-processual, servem estas como um verdadeiro “filtro”, ao custoso e complexo processo judicial, na medida em que é importante, ante o tema proposto, analisar o princípio e requisito processual do *interesse de agir perante o Judiciário*.

Segundo o processualista Fredie Didier Jr.:

O Código de Processo Civil Brasileiro adotou a concepção eclética sobre o direito de ação, segundo a qual o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito da causa, julgamento esse que fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo. São as chamadas condições da ação, desenvolvidas na obra de Enrico Tullio Liebman, processualista italiano cujas lições exercem forte influência na doutrina brasileira. Seriam elas a legitimidade ad causam, o interesse de agir ou interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido⁹.

⁷ Cfr. A Lei que dispõe sobre os Planos de Benefício da Previdência Social – Lei 8.213/1991, artigos 11 dos segurados, artigo 17 das inscrições e artigo 18 das espécies de prestações, etc.

⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. I, p. 50.

⁹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. v. 1, p. 171.

Dessa forma, para que se tenha interesse, conforme elucida o processualista Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

É preciso que o provimento jurisdicional seja útil a quem o postula. A propositura da ação será necessária quando indispensável para que o sujeito obtenha o bem desejado. Se o puder sem recorrer ao Judiciário, não terá interesse de agir¹⁰.

Nesse mesmo sentido é a lição de Marcato:

De acordo com Liebman, o interesse de agir consiste na relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional do pedido. Assim, é preciso que do acionamento do Poder Judiciário se possa extrair algum resultado útil e, mais, que em cada caso concreto a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada. Desse modo, se puder alcançar o resultado útil pretendido sem a intervenção do Estado-juiz, o demandante será carecedor da ação e não obterá um provimento jurisdicional de mérito. Como exemplo de falta de interesse de agir “necessidade” pode ser citado o pedido de habeas data sem que tenha havido a recusa da autoridade administrativa¹¹ (grifo nosso).

Assim, feitas essas breves considerações a cerca dos conceitos do princípio do acesso à justiça e do interesse de agir, passa-se à análise do requisito prévio exigido para a postulação judicial.

3. A necessidade de prévio requerimento administrativo nas ações para concessão de benefícios previdenciários e sua aplicação prática

O procedimento administrativo, segundo nos ensina José dos Santos Carvalho Filho¹², é:

a sequência de atividades da Administração, interligadas entre si, que visa a alcançar determinado efeito final previsto em lei. Trata-se, pois, de atividade contínua, não instantânea, em que os atos e operações se colocam em ordenada sucessão com a proposta de chegar-se a um fim predeterminado. No curso do procedimento, várias atividades são levadas a efeito, inclusive a prática de alguns atos administrativos intermediários. Justamente pelo fato de o procedimento ser constituído pela prática de vários atos e atividades, não somente de administradores públicos como também de administrados

¹⁰ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. I, p. 102.

¹¹ MARCATO, Antonio Carlos et al. *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 813-814.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 166.

e terceiros, sua formalização se consuma, em geral, através de processo administrativo, este indicativo das relações jurídicas entre os participantes do procedimento, tendo, pois, verdadeira natureza teleológica e valendo como instrumento para alcançar o objetivo final da Administração.

Nesse sentido, no âmbito previdenciário, importante também ressaltar, conforme elucidada Ivan Kertzman¹³, “o processo administrativo é utilizado para garantir a ampla defesa e o contraditório aos contribuintes e segurados da Previdência Social, no âmbito administrativo”.

Ocorre que, apesar da clareza e objetividade dos conceitos expostos e amplamente difundidos no meio jurídico acerca da natureza do procedimento administrativo previdenciário, há muito tempo, a doutrina e a jurisprudência discutem a necessidade ou não de prévio requerimento administrativo nas ações para concessão de benefícios previdenciários¹⁴ e as consequências legais, práticas e efetivas de tal medida.

Apesar de em alguns Tribunais Pátrios essa questão estar pacificada, a matéria foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal que, em sessão plenária realizada no dia 27 de agosto de 2014, deu parcial provimento ao *Recurso Extraordinário (RE)* nº 631240, com repercussão geral reconhecida, decidindo que a exigência do prévio requerimento administrativo, necessária como interesse de agir para a via judicial, não fere a garantia de livre acesso ao Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da CF), pois sem pedido administrativo exaurido no âmbito da administração autárquica competente, conseqüentemente, pode o pretendente, demonstrar a injustificada demora além do prazo de 90 dias do protocolo, sem agendamento médico ou o indeferimento ao recurso administrativo de continuidade ou concessão do benefício pleiteado, ficando assim, caracterizada a “lesão ou ameaça a direito.” Dai em diante, surge a pretensão resistida que é a base fundamental para a via judicial.

Ademais, como acrescenta o relator Luis Roberto Barroso, nas hipóteses de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção do benefício anteriormente concedido, porque mais rápido e vantajoso ao obreiro hipossuficiente e desguarnecido de condições mínimas econômicas de sobrevivência, configura-se o não acolhimento da pretensão e abre-se o acesso ao Judiciário¹⁵.

O Ministro Barroso manifestou-se sobre o prévio requerimento ao INSS, alegando não haver interesse de agir do segurado que não tenha inicialmente protocolado seu requerimento junto ao INSS, *pois a obtenção de um benefício depende de uma postulação ativa. Segundo ele, nos casos em que o pedido for negado, total ou parcialmente, ou em que não houver resposta no prazo legal de 45 dias, fica caracterizada ameaça a direito.*

¹³ KERTZMAN, Ivan. Curso prático de Direito Previdenciário. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 287.

¹⁴ Destacando-se, de forma especial, os benefícios previdenciários de natureza acidentária (auxílio-doença acidentário; auxílio-acidente; aposentadoria por invalidez acidentária; pensão por morte. O conceito de acidente de trabalho, por Sérgio Pinto Martins: é a contingência que ocorre pelo exercício de trabalho a serviço do empregador ou pelo exercício de trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (...), exista um nexo entre o trabalho e o efeito do acidente. Esse nexo de causa-efeito é triplice, pois compreende o trabalho, o acidente, com a conseqüente lesão, e a incapacidade, resultante da lesão. (...) Inexistindo essa relação de causa-efeito entre o acidente e o trabalho, não se poderá falar em acidente do trabalho. Mesmo que haja lesão, mas que esta não venha a deixar o segurado incapacitado para o trabalho, não haverá direito a qualquer prestação acidentária. (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 414).

¹⁵ Relator Min. Roberto Barroso, RE 631240/MG, 3.9.2014).

Contudo, muito além de entender que o prévio requerimento administrativo para concessão de benefícios previdenciários não ofende o princípio do acesso à justiça, já que o resultado útil pretendido pode ser alcançado sem a intervenção do Estado-Juiz, antes de se discutir o RE nº 631240 em si, importante se faz analisar a situação atual e as consequências práticas dessa medida como forma de desburocratização e efetivação da justiça, principalmente por ser este o principal objetivo pretendido para diminuir a carga do Poder Judiciário e o estoque de processos repetitivos e de maiores litigantes, entre os quais os da Fazenda Pública, como alerta o Presidente do STF e do CNJ Ricardo Lewandowski¹⁶.

Pois, em 29 de outubro de 2012, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou a pesquisa 100 Maiores Litigantes – 2012, em que o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) figura como maior litigante Nacional¹⁷, senão, vejamos:¹⁸

Tabela 1 - Listagem dos 100 maiores litigantes contendo o percentual de processos em relação aos 100 maiores litigantes da Justiça

Rank	Cem Maiores Litigantes							
	Nacional		Justiça Federal		Justiça do Trabalho		Justiça Estadual	
1	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	22,33%	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	43,12%	UNIÃO	16,73%	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	7,73%
2	CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	8,50%	CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	18,24%	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	6,41%	BANCO DO BRASIL S/A.	7,12%
3	FAZENDA NACIONAL	7,45%	FAZENDA NACIONAL	15,65%	CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	5,29%	BANCO BRADESCO S/A	6,70%
4	UNIÃO	6,97%	UNIÃO	12,77%	GRUPO CEEE - COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA	5,22%	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	5,95%
5	BANCO DO BRASIL S/A.	4,24%	ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO	1,75%	BANCO DO BRASIL S/A.	4,82%	BANCO ITAÚ S/A	5,92%
6	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	4,24%	FUNASA - FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE	0,79%	TELEMAR S/A	4,31%	BRASIL TELECOM CELULAR S/A	5,77%
7	BANCO BRADESCO S/A	3,84%	INCRA - INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA	0,48%	PETROBRÁS - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A.	3,80%	BANCO FINASA S/A	4,08%
8	BANCO ITAÚ S/A	3,43%	EMGEA - EMPRESA GESTORA DE ATIVOS	0,47%	FAZENDA NACIONAL	3,29%	MUNICÍPIO DE MANAUS	3,81%
9	BRASIL TELECOM CELULAR S/A	3,28%	IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS	0,47%	BANCO ITAÚ S/A	2,89%	MUNICÍPIO DE GOIÂNIA	3,76%
10	BANCO FINASA S/A	2,19%	BACEN - BANCO CENTRAL DO BRASIL	0,39%	BANCO BRADESCO S/A	2,81%	BANCO SANTANDER BRASIL S/A	3,14%

¹⁶<<http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2014/11/11/estoque-de-acoes-na-justica-dispara-e-sera-de-114-milhoes-em-2020/>>.

¹⁷ As tabelas apresentadas estão disponíveis na pesquisa 100 Maiores Litigantes -2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/21877-orgaos-federais-e-estaduais-lideram-100-maiores-litigantes-da-justica>>. Acesso em: 27 out. 2014.

¹⁸ A tabela apresentada limita-se a indicar os 10 (dez) maiores litigantes apontados pela pesquisa.

Tabela 3 - Listagem dos cinco maiores litigantes Nacional por Setor Público

Rank	100 Maiores Litigantes Nacionais por setor público					
	Setor Público Federal		Setor Público Estadual		Setor Público Municipal	
1	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	22,3%	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	4,2%	MUNICÍPIO DE MANAUS	2,0%
2	UNIÃO	7,7%	IPERGS - INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	1,1%	MUNICÍPIO DE GOIÂNIA	2,0%
3	FAZENDA NACIONAL	7,4%	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE GOIÁS	0,5%	MUNICÍPIO DE ANÁPOLIS	0,4%
4	FUNASA - FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE	0,4%	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE PERNAMBUCO	0,4%	MUNICÍPIO DE APARECIDA DE GOIÂNIA	0,2%
5	IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS	0,2%	ESTADO DE PERNAMBUCO	0,3%	MUNICÍPIO DE AGUAS LINDAS DE GOIAS	0,1%
6	OUTROS	0,3%	OUTROS	1,3%	OUTROS	0,4%
PERCENTUAL TOTAL		38,5%	PERCENTUAL TOTAL	7,8%	PERCENTUAL TOTAL	5,2%

Fonte: Departamento de Pesquisa Judiciárias/ CNJ.

Tabela 9 - Listagem dos cinco maiores litigantes da Justiça Estadual por Setor Público

Rank	100 Maiores Litigantes da Justiça Estadual por setor público					
	Setor Público Federal		Setor Público Estadual		Setor Público Municipal	
1	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	6,0%	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	7,7%	MUNICÍPIO DE MANAUS	3,8%
2	FAZENDA NACIONAL	0,8%	IPERGS - INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	2,1%	MUNICÍPIO DE GOIÂNIA	3,8%
3	UNIÃO	0,2%	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE GOIÁS	0,9%	MUNICÍPIO DE ANÁPOLIS	0,7%
4	IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS	0,1%	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE PERNAMBUCO	0,7%	MUNICÍPIO DE APARECIDA DE GOIÂNIA	0,4%
5			ESTADO DE PERNAMBUCO	0,5%	MUNICÍPIO DE AGUAS LINDAS DE GOIAS	0,3%
6			OUTROS	2,2%	OUTROS	1,0%
PERCENTUAL TOTAL		7%	PERCENTUAL TOTAL	14%	PERCENTUAL TOTAL	10%

Fonte: Departamento de Pesquisa Judiciárias/ CNJ.

Gráfico 7 - Percentual de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual por setor.

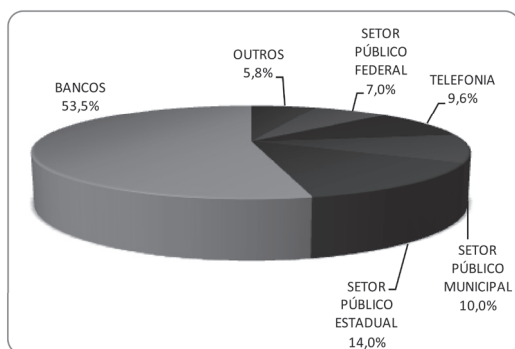
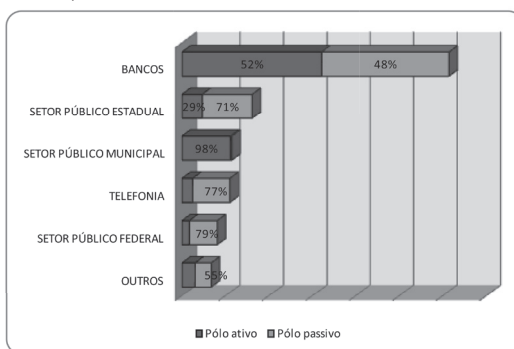


Gráfico 9 - Quantitativo do total de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual com percentual entre os pólos ativo e passivo



Analisando esses dados, constatamos que apesar de o cidadão e de o INSS terem à disposição o procedimento administrativo previdenciário que, por sua vez, é meio idôneo e lícito para que os temas e litígios previdenciários sejam tratados, vistos, revistos e apreciados, o INSS ainda é o maior litigante nacional, conforme bem explanado também pelo Procurador Federal Filipo Bruno Silva Amorim¹⁹:

¹⁹ AMORIM, Filipo Bruno Silva. O prévio requerimento administrativo: ganhos financeiros e sociais no desenvolvimento da política pública previdenciária nacional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3393, 15 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22794>>. Acesso em: 27 set. 2014.

O INSS é o maior litigante na Justiça Federal, com o percentual de 43,12% de todas as ações judiciais que lá tramitam; é o segundo maior litigante na Justiça do Trabalho, com o percentual de 6,41% de todas as ações que lá tramitam; e é o quarto maior litigante na Justiça Estadual, com o percentual de 5,95% de todas as ações que lá tramitam. Esses dados tornam o INSS o maior litigante (seja no pólo ativo seja no pólo passivo) do Brasil com o percentual de 22,33% de todas as ações que tramitam em todo o país. Sem dúvida os números são impressionantes, especialmente os dados referentes à Justiça Federal. Se não houvesse a competência delegada prevista pelo art. 109, §3º da Constituição (e desconsiderando a competência da Justiça Estadual referente aos benefícios acidentários) e o percentual de processos que hoje corre nas varas estaduais fosse redirecionado à Justiça Federal, o INSS seria responsável, seguramente, por quase 50% de toda a sua demanda judicial.

Desse percentual apontado pela pesquisa, crê-se que pelo menos 30% do total das ações em trâmite não tenham comprovado o prévio requerimento administrativo formulado perante o INSS.

Não há dúvidas também que, os custos aos cofres públicos²⁰ não se restringem ao processo em si, como alcançam os custos com a manutenção desse modelo/estrutura de intervenção jurisdicional na política pública previdenciária (Magistrados, Procuradores Federais, Defensores Públicos, serventuários, médicos e clínica de exames).

Essa ideia é corroborada pelas informações disponibilizadas pelo CNJ no Relatório da Justiça em Números referente ao ano-base de 2013²¹.

Dessa forma, mais do que a ideia de desburocratização, a exigência de prévio requerimento administrativo para as ações previdenciárias, importa em desobstrução da justiça e economia de tempo e dinheiro público e poderá contribuir para uma prestação jurisdicional mais célere e para o ajustamento de políticas públicas à Autarquia Previdenciária, a fim de dar cumprimento ao seu papel de agência reguladora e administradora dos recursos governamentais previdenciários, conforme os princípios constitucionais dos artigos 194 a 204 da CF/88.

4. Recurso Extraordinário nº 631.240 e sua repercussão geral

A repercussão geral é um instituto de direito constitucional e processual de máxima importância para o atual estágio de desenvolvimento do estudo de direito social.

Em breves palavras, o recurso extraordinário com previsão no artigo 102, §§ 2º e 3º, da CF, terá efeito vinculante e repercussão geral, quando for admitido por meio do

²⁰ O INSS é o maior “litigante” do país, o volume de gastos/despesas da Autarquia com o pagamento dos benefícios previdenciários implantados em razão de decisões judiciais varia entre 2,5% e 4% do montante total, tendo sido, em 2005, equivalente a 2,81%; em 2006, a 2,61%; em 2007, a 2,78%; em 2008, a 2,76%; e em 2009, a 2,63%. E essa tendência permanece até os dias de hoje. (AMORIM, Filipo Bruno Silva. O prévio requerimento administrativo: ganhos financeiros e sociais no desenvolvimento da política pública previdenciária nacional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3393, 15 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22794>>. Acesso em: 27 set. 2014.)

²¹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 28 out. 2014.

prequestionamento, da ofensa direta e frontal à Constituição e da repercussão geral das questões constitucionais (EC 45/04).

Alexandre de Moraes preleciona que “a repercussão geral somente estará presente quando na pretensão arguida perante o STF houver acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas naquele determinado processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares, pretendendo o texto constitucional fortalecer as decisões das instâncias jurisdicionais ordinárias e preservar o Supremo Tribunal Federal para as matérias de relevância e reflexo à sociedade”²².

A repercussão geral foi regulamentada pela Lei 11.418/2006 e tem como principal escopo a análise de matérias, cujo interesse econômico, social, político e jurídico seja relevante para toda a sociedade e não somente para o caso subjetivo individual. A questão ganha os contornos de ação coletiva e geral, com a suspensão de todos os recursos em graus inferiores de jurisdição que estejam sendo julgados, aguardando o precedente de jurisprudência que se formará com o deslinde dado pelo julgamento do colegiado da Corte Suprema.

A uniformização de jurisprudência pela repercussão geral tem a forma semelhante do julgamento de precedentes das Cortes Alemã e Norte-Americana, ao julgarem as questões de direitos fundamentais segundo os princípios da dignidade humana, adequando-os aos princípios da proporcionalidade e discricionariedade do orçamento estatal, denominado a “reserva do possível” para concretizar políticas públicas de direitos sociais, de saúde e assistência social e previdenciária.²³

Nesse sentido, o RExt. 631.240/Minas Gerais²⁴, traz à discussão os limites que podem ser estabelecidos pela intervenção do Judiciário em políticas públicas de gestão administrativo-orçamentária do INSS de adequarem orçamento e capacitação de recursos humanos, técnicos serventuários e médicos, para a análise prévia dos requerimentos dos beneficiários de direitos sociais, quando estes apresentarem todos os requisitos para a concessão dos benefícios a que postulem direito (Lei 8.213/1991 e demais Regulamentos do INSS)²⁵.

A questão é relevante porque não se trata de impedir o acesso à justiça, pois não requer o “exaurimento das vias administrativas,”²⁶ mas, sim, a comprovação de necessário requerimento e procedimento administrativo junto ao INSS. Após, o indeferimento de recurso administrativo ou a prova de esgotamento do prazo ou prova de precedente de notório e reiterado julgamento de questão contrária à postulação do segurado, abre-se a via judicial, com prova, para comprovar o interesse de agir e a condição da ação (artigo 267,VI, do CPC).

²² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 605.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. A reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13-50.

²⁴ <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3966199>>, publicação de inteiro teor do Acórdão em 10/11/2014 - Data da publicação DJE 10/11/2014 - ATA nº 167/2014, DJE nº 220, divulgado em 7/11/2014.

²⁵ “PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR IDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, À MÍNGUA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA ANULADA.” (...) “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. PRÉVIA POSTULAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO CONDIÇÃO DE POSTULAÇÃO JUDICIAL RELATIVA À BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EXISTÊNCIA.” (Página 1, Acórdão do RE 631.240/MG - vide nota 22)

²⁶ Ministro relator Roberto Barroso, 2 RExt 631.240 do STF, p. 1, DJE de 11.11.14., site citado nota 22.

O procedimento administrativo de competência originária da Autarquia Federal é importante porque o direito à prestação mais vantajosa, justa e legalmente comprovada constitui-se em poder-dever da administração pública em cumprimento dos objetivos estabelecidos de universalidade da cobertura e atendimento, equivalência dos benefícios e serviços à população urbana e rural, seletividade e distribuição na prestação, irreduzibilidade dos valores, equidade na base de participação do custeio, descentralização e regionalização e preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço prestado.²⁷

O Acórdão é elucidativo sobre a pacificação da jurisprudência na matéria, porquanto até o julgamento em plenário (3.09.2014) havia milhares de ações ajuizadas, sem prévio requerimento administrativo, com grande oscilação jurisprudencial dos Tribunais Regionais e Estaduais que julgam a matéria previdenciária e acidentária.

Destarte, há que se observar requisitos elencados no acórdão para amoldar as diversas fases processuais das ações em curso, para ajustar a modulação dos efeitos das ações sobrestadas, regulando-as conforme os itens 1-9 do V. Acórdão, em resumo²⁸: interesse de agir em juízo comprovado pelo requerimento; indeferimento ou entendimento notoriamente contrário já expressado em regulamento interno da Autarquia contra o direito postulado; revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício já postulado e negado o recurso administrativo; ações em juízo itinerante não extinção, mas suspensão com determinação de postulação administrativa; ação já contestada no mérito, caracterizado o interesse de agir pela resistência à pretensão; nas ações sobrestadas o autor deverá dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo, com a intimação do INSS para se manifestar em 90 dias, prazo para produção de provas para proferir a decisão. Se acolhido o pedido ou não puder ser analisado pela ausência do beneficiário, caberá a extinção da ação judicial.

No mérito, o recurso extraordinário interposto contra Acórdão do TRF da 1ª Região foi julgado parcialmente procedente, com determinação de retorno dos autos à origem para a obreira rural dar entrada com o requerimento administrativo e comprovar os requisitos para a aposentadoria, com o prazo de 90 dias para a colheita de prova e decisão do INSS.

Na qualidade de *amicus curiae*, foram deferidos o Ente Federativo União, o Defensor Público Geral Federal e o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP).

A União pelo procurador-geral opinou positivamente pelo provimento do recurso para exigir o prévio requerimento administrativo, com argumentos: i) *redução das demandas judiciais*: melhor adequação e orçamento do Poder Executivo – do INSS – para análise dos pleitos de concessão de benefícios, análise conjunta por técnicos e especialistas médicos da prova apresentada pelo obreiro; ii) *evitar a transferência do ônus para as procuradorias da AGU com reduzido número de advogados públicos para atender as demandas judiciais*: evitar o questionamento seja transferido para as procuradorias dos órgãos, em reduzido número de servidores e procuradores para atender as demandas judiciais contra o INSS; iii) *umentar a celeridade e eficiência da Autarquia* no atendimento e concessão por agentes públicos especializados, de forma regional e descentralizada; iv) *redução de custos e de orçamento* destinados aos órgãos judiciais, contratação

²⁷ Cfr. MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2012, *Princípios da Seguridade Social*, p. 46-61.

²⁸ Cfr. itens 1-9 do REExt.631.240, p. 1-3, no site do STF (nota 23).

de médicos especializados na matéria de doença e acidentes do trabalho e contenção de despesas com concursos para procuradores e advogados públicos, orçamento destinado ao pagamento de precatórios e requisitórios de pequeno valor dos atrasados, com juros e correção monetária.²⁹

Já o IBDP postulou em defesa dos advogados previdenciários e beneficiários, postulando o improvimento do recurso pelo amplo acesso à via judicial pela falta de estrutura da autarquia previdenciária para a celeridade na concessão de benefícios previdenciários e acidentários.

Os argumentos do relator Ministro Luís Roberto Barroso na fundamentação do Voto vencedor do Acórdão³⁰ traz em sucinta análise a questão preliminar de interesse de agir como condição da ação, postulando-se em fase administrativa para o conhecimento do direito, o qual somente poderá ser considerado como “ameaçado ou violado”, com a recusa ou excessiva demora para a análise do recurso do obreiro, atendidos os requisitos da *utilidade, da adequação e da necessidade da postulação em juízo*.

Um dos argumentos colacionados pelo relator é que a postura ativa do postulante obreiro em conseguir o benefício é importante porque cabe a cada cidadão postular o seu direito junto ao INSS. E se houver eventual demora para a análise das provas, não inibi a produção de efeitos financeiros imediatos, já que a data do requerimento traz ínsita a concessão do benefício, como se observa pela Lei 8.213/91. E a mesma regra vale para o benefício assistencial (Lei 8.742/1993).

Na dicção do relator o seguinte excerto³¹:

Assim, se a concessão de um direito depende de requerimento, não se pode falar em lesão ou ameaça a tal direito antes mesmo da formulação do pedido administrativo. O prévio requerimento de concessão, assim, é pressuposto para que se possa acionar legitimamente o Poder Judiciário. Eventual lesão a direito decorrerá, por exemplo, da efetiva análise e indeferimento total ou parcial do pedido, ou ainda, da excessiva demora em sua apreciação (isto é, quando o prazo de 45 dias previsto no artigo 41-A, §5º, da Lei 8.213/1991). Esta, aliás, é a regra geral prevista no Enunciado 77 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais[...]. Esta é a interpretação mais adequada ao princípio da separação dos Poderes. Permitir que o Judiciário conheça originariamente de pedidos cujo acolhimento, por lei, depende de requerimento à Administração significa transformar o juiz em administrador, ou a Justiça em guichê de atendimento do INSS, expressão que já se tornou corrente matéria. O Judiciário não tem, e nem deve ter, a estrutura necessária para atender às pretensões que, de ordinário, devem ser primeiramente formuladas junto à Administração. O Juiz deve estar pronto, isto sim, para responder a alegações de lesão ou ameaça a direito. Mas, se o reconhecimento do direito depende de requerimento, não há lesão ou ameaça possível antes da formulação do pedido administrativo. Assim, não há necessidade de acionar o Judiciário antes desta medida.

²⁹ Cf. Acórdão citado (NOTA 22) - p. 4-8.

³⁰ Idem, ibidem, a fundamentação constitucional do voto do relator Min. Barroso, p. 10-32, vencedor com parcial provimento ao recurso, seguido por Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, vencidos menor Rosa Weber, integralmente Marco Aurélio e Cármen Lúcia.

³¹ Idem, ibidem, Acórdão cit. p.15-16.

Destarte, a postura ativista que o Ministro adota permite tanto ao interessado obreiro quanto ao agente público da Autarquia cumprir o seu papel de cidadão e de Autarquia Federal melhor aparelhada e eficiente para cumprir a política pública de prestação de serviços essenciais de assistência social e previdenciária de original competência, deste órgão. Ao invés de omitir-se e permitir que se descarregue no Judiciário este *múnus público* do Executivo no cumprimento de norma constitucional impositiva que lhe outorga o Estado de Direito Social, cujo fundamento está baseado na *dignidade da pessoa humana* e nos valores do *trabalho* e da livre iniciativa (grifo nosso – artigo 1º da CF).

Por isso, a intervenção judicial por meio de cumprimento de políticas públicas de assistência e de previdência social pelo Executivo.

5. Políticas públicas de assistência e previdência social

As políticas públicas se traduzem em prestações positivas da atividade estatal por meio do exercício das funções do Estado, seja pela construção normativa do Legislativo, pelo ato de governo do Executivo e pela decisão do Judiciário para a consecução dos objetivos e fins sociais do Estado Democrático de Direito.

As interferências recíprocas de um poder em outro visa a reforçar o equilíbrio e a independências dos poderes do Estado, na atual concepção do Estado pós-positivista, com a consecução de objetivos por meio de prestações ativas numa sociedade livre que busca a justiça social, com esforços para promover o bem de todos, reduzir as desigualdades regionais em prol do desenvolvimento nacional (art. 3º da CF/88).

Operacionalizar essa intervenção é possível pelo ativismo judicial, ou seja, a atuação independente e corajosa dos membros do Judiciário, para intervir no controle de atos administrativos, sejam estes vinculados ou discricionários para o cumprimento de preceitos e normas programáticas. Aos Tribunais cabe ingressar no mérito do ato administrativo, quando houver necessidade de preenchimento da norma, seja por um *facere*, *non facere* ou *praestare* do administrador político³².

Há também limites principiológicos e normativos do núcleo do mínimo existencial dos direitos fundamentais individuais e sociais, adequadamente ponderados em face dos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade com a reserva do possível orçamentário da arrecadação tributária, que devem ser direcionados para o cumprimento dos direitos sociais, como normas objetivos da Constituição Federal.

Nesse sentido, Élide Graziane Pinto traz importante contribuição porque descreve a importância do controle da execução orçamentária, que deve ser operacionalizada por atos administrativos, que por discricionariedade podem ser desviados de seus fins precípuos de bem-estar social para outros de interesses políticos. É necessário o controle por meio da resposta judicial de “máxima eficácia dos direitos sociais por meio da legalidade orçamentária e sua adequada execução, com vistas à integridade do ordenamento brasileiro.”³³

³² HESS, Heliana Maria Coutinho. *Políticas públicas e gestão do Judiciário*. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da UNICAMP, set. 2011, publicado no site da UNICAMP e no da Escola Paulista da Magistratura.

³³ PINTO, Élide Graziane. *A eficácia dos direitos sociais por meio de controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução*. Artigo no prelo e apresentado no CAJUFA em 27/8/2014, às 17h.

O controle judicial de políticas públicas deveria ser direcionado para diagnosticar as falhas da cobertura do orçamento público e o planejamento para cumprir os serviços essenciais à população, pela eficiência na prestação de serviços dos órgãos e agências estatais.

Nesse sentido, nossa interpretação dos efeitos que advirão do cumprimento judicial e administrativo do julgamento do R.Ext. 631.240 é de implementação de orçamento público para a Autarquia da União – o INSS – no cumprimento do melhor atendimento e celeridade na análise por seus agentes especializados e corpo médico para a efetiva concessão de benefícios previdenciários e acidentários, já na fase administrativa, para aqueles que fazem jus e que necessitam, mediante o prévio requerimento administrativo.

Nos casos excepcionais, que haja fundada dúvida sobre o benefício a ser concedido e que não tenha ainda sido acolhido recurso de reconsideração de cessação do benefício temporário, o obreiro por seu advogado, já cumprido o prazo de até 90 dias, terá pleno acesso à via judicial para pleitear o seu direito.

Por essa razão, como explicita a procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, Élide Graziane Pinto, há a retroalimentação do sistema de planejamento orçamentário do Executivo por meio de políticas públicas direcionadas por meio de intervenção do Judiciário, para atender os direitos sociais fundamentais³⁴, sem qualquer desvio de verbas públicas para outros fins, deixando de lado a implementação destes direitos.

O tema é trazido à discussão pela importância da análise sob o prisma de intervenção judicial para cumprimento de políticas públicas a cargo do Executivo, tendo como paradigma este acórdão e o protagonista o Ministro Relator Luís Roberto Barroso, por ser um dos defensores do *ativismo judicial*³⁵ no nosso sistema de Justiça.

Ademais, por ser este o caminho a ser trilhado pelo sistema judicial para a resolução extrajudicial, por mediação, conciliação em fase administrativa, como vem sendo implantado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e também com o apoio do CNJ.

6. Conclusão

O Princípio do Acesso à Justiça insculpido nos termos do artigo 5º, inciso XXXV da CF, encontra limites no interesse de agir das partes, seguindo a sistemática de nosso processo civil (artigo 267, IV, do CPC).

Em que pese a interpretação extensiva do princípio constitucional, a complexidade do tema deve ser ampliada para abranger também os procedimentos administrativos em todas as suas espécies e formas, porquanto também está inserido, como fase preliminar para a apuração dos fatos e do direito.

³⁴ Idem, ibidem: *Desse modo, espera-se, na conclusão, associar a instabilidade de custeio dos direitos sociais com aquelas práticas abusivas ocorridas rotineiramente no ciclo orçamentário e pouco contrastadas juridicamente. O esforço que se propõe à comunidade jurídica é do de reclamar a máxima eficácia dos direitos sociais por meio de controle da legalidade orçamentária e sua adequada execução, com vistas à integridade do ordenamento brasileiro. Se o modelo estivesse íntegro e adequado funcionamento, a resposta judicial de houve falha no planejamento estatal (caso concreto de omissão tópica na garantia de direitos sociais) deveria retroalimentá-lo. Com isso o controle não findaria o ciclo, mas retroalimentaria o planejamento de modo a permitir sua correção em prol da progressiva universalização, na lei orçamentária da resposta em favor dos cidadãos que estiverem em igual situação jurídica.* p. 3-4.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 111 e seg.

A “lesão ou ameaça a direito” perpassada por um filtro ou uma peneira na fase administrativa é imprescindível porque há órgãos e agências administrativas que devem cumprir sua competência constitucional para a qual foram criadas e são mantidas.

Não se justifica a falta de recursos humanos e materiais do Executivo para o cumprimento da prestação do exercício de gestão pública para o bom atendimento do cidadão, seja no sistema de saúde ou no sistema previdenciário e social.

De qualquer modo, a omissão ou falta de cumprimento da prestação pública, permite que muitas demandas sejam encaminhadas ao Poder Judiciário, sem antes passar por esta filtragem ou mesmo pela administração pública.

Por isso, a problemática que envolve a prestação de serviços pela Autarquia do INSS é muito complexa e, por falta de estrutura adequada, não se faz a intermediação para a concessão de benefícios de forma adequada àqueles que realmente precisam.

Em razão da imperfeição do sistema de gestão administrativa e da ineficiente prestação de serviços, o interessado é instado a procurar diretamente o Judiciário.

Porém, o custo é elevado no processo judicial, em razão dos exames médicos complementares e da prestação de médicos especializados, os quais são mantidos e custeados de forma mais onerosa pela Autarquia da União, quando examinam os milhares de obreiros com seus pedidos de benefícios previdenciários e acidentários, nas ações judiciais. O processo é lento por asoeramento do sistema judicial. Ademais, gera, ao final, custo de pagamento de precatórios e requisitórios de pequeno valor para o próprio INSS, com correção monetária e juros moratórios.

É por essa razão, que a Autarquia do INSS aparece como o maior litigante nas pesquisas e na listagem apresentada neste estudo. O problema não é somente da Autarquia Federal não prestar o serviço, a problemática envolve o custo alto de manutenção da previdência social para os jurisdicionados, que dela dependem para a sobrevivência digna.

Entendemos que a análise do RExt. 631.240 na exigência do prévio requerimento administrativo, decidida em repercussão geral, atende a critérios de intervenção do Judiciário para o cumprimento de políticas públicas do Executivo em melhor aparelhar e orçar a prestação de serviços à população, cumprindo o interesse do Estado Social e Democrático de Direito.

A demanda serve também como paradigma da intervenção judicial para o cumprimento de orçamento público destinado a cumprir com os direitos fundamentais individuais e sociais, com melhor eficiência e qualidade de gestão pública.

Por isso, a solução extrajudicial vem de encontro ao atual estágio do sistema judicial que pretende ampliar as soluções pacíficas por mediação, conciliação e cumprimento de metas por agências e autarquias do Executivo, evitando a crescente demanda judicial e aliviando a carga excessiva do Poder Judiciário.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPELETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CICHOKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. v. 1.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESS, Heliana Maria Coutinho, *Políticas públicas e gestão para o Judiciário*, pesquisa de pós-doutorado do Departamento de Ciência Política do Instituto de Ciência Política da UNICAMP, defendida em set/2011 e publicada no site da Unicamp - Ficha catalográfica elaborada por Cecília Maria Jorge Nicolau - CRB 8/3387, Biblioteca do IFCH DIGITAL - UNICAMP. - H463P, HESS, Heliana, 1964.

KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de Direito Previdenciário*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 605.

PINTO, Élica Graziane. *A eficácia dos direitos sociais por meio de controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução*. Artigo no prelo e apresentado em palestra pela autora no Centro de Apoio de Juizes da Fazenda (CAJUFA) em 5/9/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. A reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13-50.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

Sites consultados:

www.cnj.jus.br- Portal Justiça em Números, relatório de 2014.

www.stf.jus.br <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3966199>, publicação de inteiro teor do Acórdão em 10/11/2014 - Data da publicação DJE 10/11/2014 - ATA nº 167/2014, DJE nº 220, divulgado em 7/11/2014.

A ideia de separação de Poderes, a cláusula pétrea e as mudanças constitucionais a partir de 1988

*Luiz Alberto David Araujo*¹
Professor

Sumário: I - Introdução; II - O texto de 1988 e os valores petrificados. III - As mudanças constitucionais e o Poder Legislativo (a Emenda Constitucional n. 35). IV - As emendas constitucionais e o Poder Executivo. V - Ainda as Emendas Constitucionais e o Poder Executivo. VI - O Poder Judiciário, as emendas à Constituição e as novas funções; VII - Conclusões.

I. Introdução

O objetivo deste pequeno trabalho é aferir, no decorrer do tempo, tomando-se como base o referencial de 1988, como permaneceu a vedação material do artigo 60, especialmente, a separação de poderes. Não chegaremos a analisar a constitucionalidade ou não das alterações posteriores ao texto promulgado em 5 de outubro de 1988. O trabalho pretende apontar mudanças no ajuste da separação e deixar ao leitor alguns elementos para a sua conclusão. Essa análise panorâmica pretenderá visitar os três Poderes e sua independência e harmonia, nos dizeres do artigo segundo da Constituição Federal e, ao lado destes valores importantes para o sistema constitucional, mostrar como sofreram alterações. E, deixaremos a análise de sua constitucionalidade ao leitor. Foram emendas constitucionais todas votadas de forma regular, dentro do poder de mudança da Constituição. No entanto, pode haver algum elemento que tenha alterado a vontade originária de forma a invadir a ideia de separação de poderes. O leitor decidirá ao final.

II. O texto de 1988 e os valores petrificados

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, cuidou de garantir, seguindo a tradição constitucional brasileira, determinados bens como imutáveis, impedindo a mudança de tais pontos. Entre eles, a separação de poderes. O parágrafo quarto, do artigo sessenta, cuidou de estabelecer as vedações materiais ao poder de reforma da Constituição. Discutiu-se se tais valores estariam a salvo na hipótese da Revisão Constitucional, prevista pelo artigo terceiro, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.² Boa parte da doutrina entendia que as vedações

¹ O autor é Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito Constitucional, Professor Titular de Direito Constitucional da PUC-SP, onde leciona na graduação e na pós-graduação. Foi Procurador do Estado e é Procurador Regional da República aposentado. Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

² Artigo 3º da ADCT: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

persistiriam na revisão; outra parte, minoritária, entendia que a revisão era ampla; e, por fim, havia quem entendesse que a revisão só deveria ocorrer em caso de vitória da tese modificadora no plebiscito, previsto no artigo segundo, da ADCT³. De qualquer forma, a cláusula pétrea não foi objeto da Revisão Constitucional, mantendo-se incólume e presente em nossa Constituição.

Não vamos, neste espaço pequeno, cuidar da extensão do conceito de separação de Poderes. Sabemos que os poderes são exercidos a partir de garantias que recebem e da harmonia com que se relacionam. A dicção do artigo segundo é clara ao garantir independência e harmonia entre os Poderes da União. Assim, cada poder tem garantias próprias e a harmonia entre eles deve ser aquela outorgada pelo constituinte originário, como uma medida de equilíbrio fixado inicialmente no Estado constituído em 5 de outubro de 1988.

Vamos procurar, no decorrer do trabalho, apontar diversas modificações constitucionais que poderiam, de alguma forma, constituir em uma ameaça ao bem preservado “separação de poderes”, deixando ao leitor, no entanto, a sua análise. Não estamos falando em abolição da cláusula, o que não ocorreu certamente. Mas foram diversas modificações, em tempos diferentes, que, se analisadas dentro de um contexto histórico, poder-se-ia entender como uma descaracterização da separação de poderes originariamente adotada.

Não estamos afirmando que a separação de poderes é o valor positivado e, como tal, deve ser mantido. Dessa forma, seria muito difícil que encontrássemos uma emenda constitucional que fosse constitucional. Da mesma forma, outros valores, como a forma federativa de Estado. Qualquer pequena alteração da distribuição de rendas poderia ser considerada uma emenda constitucional inconstitucional, porque estaria ferindo o pacto originariamente estabelecido, quanto à forma federativa. Não buscamos tal interpretação. No entanto, dentro de um ajuste histórico, estabelecido em 1988, tivemos mudanças que poderiam, em tese, configurar uma nova “separação de poderes”. Não estamos tampouco julgando o mérito de tais emendas. Apenas apontando que a separação de poderes estabelecida pelo constituinte de 1988 já não é a mesma. Podemos argumentar que a base da separação continua a mesma, o que é absolutamente correto. No entanto, inegável que no decorrer dos 25 anos do texto e suas mais de 80 emendas, podemos encontrar uma “nova separação de poderes”. Repetimos: os elementos básicos estão presentes, no entanto, o relacionamento entre eles é de forma bem distinta.

Apenas para trazer um argumento, o Supremo Tribunal Federal, quando analisa a “forma federativa de Estado”, cláusula pétrea de mesma hierarquia e peso do que a discutida neste trabalho, entendeu que há princípios constitucionais que devem ser seguidos pelos Estados-Membros e Municípios, engessando, de alguma forma, o federalismo brasileiro. A iniciativa reservada do Poder Executivo, por exemplo, no projeto de lei, é matéria de seguimento obrigatório para os Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. Ou seja, o texto adotado pelo constituinte originário trazia um pacto federativo que não poderia ser alterado, impondo-se, na forma originária, tal valor a todos os Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. E, mesmo se não contivesse tal regra, ela seria tida como presente nas Constituições Estaduais, lei orgânica municipal

³ As teses e argumentações estão expostas em nosso Curso de Direito Constitucional. 18. ed., São Paulo, Verbatim, em coautoria com Vidal Serrano Junior.

e distrital. A Corte entendeu, portanto, que “forma federativa de Estado” era aquela constante do texto originário e não poderia sofrer mudanças. Do contrário, seria possível entender algum ajuste nas iniciativas reservadas, o que não ocorre no entendimento do Supremo Tribunal Federal. Isso sinaliza para uma interpretação centralizadora, fixando o parâmetro imposto pela Constituição Federal de 1988 como regramento a ser seguido, como matriz da simetria federalista.

Em relação à separação de poderes, não há decisões nesse sentido, exigindo-se dos Estados e dos Municípios o seguimento genérico da regra.

De qualquer forma, de que “separação de poderes” estamos falando? Qual é o núcleo essencial que deve ser mantido? As mudanças constitucionais preservaram esse núcleo, que é composto de duas vertentes básicas: independência e harmonia?

Para facilitar, vamos procurar elencar as mudanças constitucionais com reflexos nos Poderes. Portanto, não haverá uma sequência baseada em critério de hierarquia ou mesmo de temporalidade. Vamos separar os temas pelos Poderes.

III. As mudanças constitucionais e o Poder Legislativo (a Emenda Constitucional n. 35)

A tradição constitucional brasileira de um Poder Legislativo bicameral permanece inalterada. No entanto, um dos pontos importantes que assegurava a garantia dos Poderes é o prestígio de seus membros. E esse prestígio deve vir assegurado por força de garantias constitucionais próprias para cada Poder. Se o Poder Judiciário tem como garantia a inamovibilidade de seus membros, o Poder Executivo tem garantido o seu direito de ser julgado pelo Senado Federal, em crimes de responsabilidade, sempre após a aprovação da Câmara dos Deputados; e, em caso de crime comum, pelo Supremo Tribunal Federal, sempre após a autorização da mesma Câmara. São formas de se evitar a tentativa de desestabilização do chefe do Poder Executivo. Assim vem se mantendo desde 1988, seguindo a nossa tradição constitucional.

No entanto, uma emenda constitucional, que atendeu ao anseio popular, cuidou de diminuir as garantias dos parlamentares. Não estamos afirmando, de maneira alguma, que tal emenda não tenha correspondido a um ajuste na forma como se encarava o mandato parlamentar. No entanto, a emenda constitucional foi aprovada e retirou garantia parlamentar originariamente trazida pelo texto. Inegável que havia um excesso de garantias dados aos parlamentares. Mas, de qualquer forma, houve uma mudança nas garantias dos parlamentares. O pacto constitucional de 1988, que entendia que os parlamentares tinham determinadas garantias, foi ferido. Se a emenda era moralizadora ou não, escapa do nosso escopo no momento. Estamos analisando os ajustes constitucionais e o comando originário de 1988. Estamos, certamente, falando da Emenda Constitucional n. 35, de 20 de dezembro de 2001. Ela, entre outras providências, retirou o pedido de autorização feito pelo Supremo Tribunal Federal para a Casa Legislativa para a abertura do processo, alterando, portanto, o artigo 53, da Constituição Federal.

Os parlamentares que poderiam ser processados contavam com um demorado e infundável processo interno que não era concluído e, portanto, não era obtida a autorização para a instauração do processo, paralisando a atividade jurisdicional. A regra, agora, é inversa. Caso a Casa Legislativa entenda que há abuso no processo, utilização política ou outro motivo, poderá, utilizando-se da faculdade prevista nos parágrafos terceiro,

quarto e quinto, do artigo 53, pedir a sustação do processo perante o Supremo Tribunal Federal.

Essa inversão retirou uma garantia parlamentar. Podemos entender que a garantia era excessiva e que não se justificaria e até que veio em boa hora. E que estava sendo usada de forma abusiva e corporativa. De qualquer forma, houve uma alteração constitucional profunda, modificando o sistema de garantias constitucionais. Um parlamentar poderia sentir-se atingido por tal emenda constitucional, porque lhe teria sido retirado direito assegurado originariamente pelo texto. Estamos apenas apontando que a “conveniência” e “oportunidade” estão sendo usadas para justificar uma retirada de garantia originariamente assegurada. Não estamos apontando a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, deixando ao leitor, a sua conclusão. Mas, inegavelmente, sob o argumento do excesso de garantias, das garantias mal utilizadas, da inoperância política da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, retiramos garantia do parlamentar, por força de tal emenda.

IV. As emendas constitucionais e o Poder Executivo

O diploma constitucional anterior trazia o decreto-lei como um instrumento que estava à disposição do Chefe do Poder Executivo para, em caso de urgência e relevância, dispor sobre determinadas matérias. Era o instrumento excepcional para exercício de capacidade legislativa, que seria corroborado pelo Poder Legislativo. O artigo 55 da Constituição de 1967 cuidava da matéria.

O texto constitucional de 1988, fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte, flertava com o parlamentarismo, mas que acabou adotando o Presidencialismo⁴. E entregou ao Presidente da República um instrumento assemelhado ao decreto-lei, agora denominado Medida Provisória. Ela estava prevista originariamente no artigo 62 do texto. Trazia regras de convívio entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, entregando ao Poder Executivo o poder excepcional de legislar em caso de urgência e relevância.

Talvez a Medida Provisória seja a medida exata da separação de poderes. Ela refletiria exatamente a relação entre os dois poderes: Legislativo e Executivo. Este exerceria a função daquele em determinados momentos excepcionais. As regras eram claras para evitar que um Poder se sobrepusesse ao outro e inviabilizasse o comando dos freios e contrapesos.

Assim, a Constituição pensou em uma forma de convívio entre os dois poderes. Havia garantias para cada um⁵ e uma regra clara para exercício de um poder no lugar do outro.

No entanto, esse ajuste inicial, fruto revelador da harmonia entre os Poderes, sofreu mudança. E não foi pequena!

Ora, se a Medida Provisória era a chave do limite de um poder e de outro, um divisor de águas entre as competências do Poder Executivo e do Poder Legislativo, como,

⁴ A decisão final, no entanto, foi postergada para um plebiscito previsto no artigo segundo, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no qual o povo decidiria que regime preferia adotar. O pacto foi firmado com base presidencialista e republicana, deixando a Monarquia e o Parlamentarismo como opção popular pelo plebiscito que, ao final, ratificou o que já havia decidido a Assembleia Constituinte: um Estado presidencialista e republicano.

⁵ Já vimos que a Emenda Constitucional n. 35 cuidou de retirar algumas garantias dos parlamentares.

então, imaginar a sua mudança? Teria mudado o relacionamento constitucional entre os Poderes? O equilíbrio de forças originariamente formulado entre Poder Executivo e Poder Legislativo teria sido alterado por uma Emenda à Constituição? A separação de poderes não teria sofrido uma alteração profunda? Seria suficiente para imaginar-se que estaríamos diante de uma emenda “tendente” a abolir o valorizado bem “separação de poderes”? A Emenda Constitucional n. 32, de 2001, alterou toda a sistemática da Medida Provisória, originariamente disciplinada pela Constituição. A alteração foi profunda, criando novas regras do relacionamento entre os Poderes. A modificação alterou completamente o original artigo 62. Tivemos, portanto, em 2001, uma aproximação muito grande do sistema autoritário fixado pelo decreto-lei. Ou seja, a Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional anterior, chegou muito perto do que se chamava “aprovação por decurso de prazo”, instituto identificado com o regime militar, contra o quê se lutou tanto na Assembleia Nacional Constituinte. Chegamos, portanto, muito perto do instituto indesejado da aprovação por decurso de prazo, disciplinado agora pelo parágrafo 11, do artigo 62. Houve mudança significativa do relacionamento entre Poder Executivo e Poder Legislativo. Certamente, houve alteração da separação de poderes prevista no artigo segundo, da Constituição Federal, que cuidava de estabelecer garantias e harmonia. A harmonia e as garantias, moldadas em sua forma original, sofreram forte abalo. Não estamos criticando a necessidade ou a oportunidade da Emenda. Apenas estamos apontando as mudanças diante do regramento petrificado do artigo sessenta, parágrafo quarto.

V. Ainda as Emendas Constitucionais e o Poder Executivo

Ao lado da profunda alteração da relação entre Poder Legislativo e Poder Executivo, decorrente da nova regulamentação constitucional da Medida Provisória, outros pontos ainda podem ser anotados, que alteram o ajuste constitucional inicial.

Vejamos, por exemplo, a iniciativa reservada. O Supremo Tribunal Federal vem cuidando com muita atenção e dedicação da iniciativa reservada. Elegeu esse momento do processo legislativo como regra de seguimento obrigatório. Assim, em inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal, há a imposição da mesma iniciativa reservada, com os ajustes necessários, para o âmbito estadual, distrital e municipal. Ou seja, trata-se de norma de repetição obrigatória nos dizeres do Supremo Tribunal Federal⁶. O relevo recebido por tal dispositivo, ligado diretamente às funções do Presidente da República, é motivo de cuidado da Corte Suprema. As iniciativas reservadas, portanto, devem constar, obrigatoriamente, dos textos das Constituições Estaduais e das leis orgânicas. Trata-se de harmonia entre os Poderes, nos dizeres do Supremo Tribunal Federal, harmonia esta fixada no patamar federal, que deve se estender aos estaduais, distrital e municipais. Ora, se há relevo no tema, é porque é de destaque. E é importante. Do contrário, o Supremo Tribunal Federal não insistiria em moldar o federalismo brasileiro a partir do modelo federal, deixando pequenos ajustes para os entes federados. Não foi assim que ocorreu, no entanto. O texto vem fechado e obriga aos Estados e Municípios e ao Distrito Federal. Clara, portanto, a sua importância, mostrando o equilíbrio existente entre os entes federados.

⁶ Cf. ADI 637, rel. Min. Sepúlveda Pertence, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>, acesso em: 30 nov. 2014, 7h.

No entanto, houve modificação da competência para a iniciativa reservada por força de emenda constitucional. Ora, se é tão importante o ajuste para a harmonia entre os Poderes (conforme decidido pelo STF), qualquer modificação nas iniciativas reservadas seria motivo de quebra desta harmonia, retirando competência do Poder Legislativo e dando ao Poder Executivo. Ou, ao contrário, retirando do Poder Executivo e entregando ao Poder Legislativo. Não estamos afirmando que é inconstitucional: apenas afirmamos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não permite que o Estado-Membro decida de forma distinta em sua auto-organização. E a razão disso é o equilíbrio e harmonia entre os Poderes. Se é um valor tão importante no plano federal (impondo-se como regra obrigatória para Estados e Municípios), poderia sofrer alteração no plano constitucional federal, modificando-se, portanto, a harmonia entre os Poderes?

Já vimos que a nova Medida Provisória não provocou nenhuma reflexão sobre a mudança do parâmetro de separação de poderes.

Vejamos o que ocorreu como a iniciativa reservada.

A Emenda Constitucional n. 18, de 1988, tratou de alterar a iniciativa reservada do Presidente da República. E, como consequência, por força da decisão do Supremo Tribunal Federal, alterou também todas as competências das Constituições Estaduais, Lei Orgânica Distrital e Leis Orgânicas Municipais. Houve, portanto, uma alteração profunda, envolvendo todo o país e suas unidades federativas. Se as iniciativas reservadas mereceram tanto respeito do Supremo Tribunal Federal, como já vimos, é porque elas representam importante fonte de fundamento da separação de poderes e sua harmonia.

Ao permitir a alteração constitucional, acabamos por alterar toda a estrutura de poder que era revelada pela iniciativa reservada. Se havia um equilíbrio dentre os Poderes, dando a cada um iniciativa reservada, esta foi alterada, mostrando, portanto, que teria havido um desajuste (não importa se para centralizar no Executivo ou para descentralizar do Executivo). A mudança é que causa a situação de alteração da separação de poderes como plasmada pelo texto original de 1988.

Assim, houve modificação das competências do Poder Executivo. Se acumulou tarefas, retirou de algum outro poder; se diminuiu, acresceu a outro poder. Sob qualquer ângulo, podemos afirmar que houve uma mudança na separação de poderes. Seria ela suficiente para afirmar que houve violação à cláusula pétrea? Quanto de mudança seria suficiente para configurar violação à cláusula pétrea? Qual o sentido de separação de poderes buscado pelo intérprete para o caso?

VI. O Poder Judiciário, as emendas à Constituição e as novas funções

O Poder Judiciário não ficou imune às modificações feitas pelas emendas constitucionais. Muitas vezes, essas modificações vieram por leis ordinárias, e, em outros casos, por emendas à Constituição. Para o escopo do trabalho, vamos nos concentrar nas emendas à Constituição.

Talvez a primeira surpresa daqueles que defendem os valores e equilíbrio do texto original, tenha sido a Emenda Constitucional n. 3, de 1993. Pela referida mudança, teria sido introduzida uma nova forma de controle concentrado da constitucionalidade: a ação declaratória de constitucionalidade. Os autores (limitados, inicialmente, em relação à ação direta de inconstitucionalidade), a limitação aos atos normativos federais

(e não estaduais e nem distritais), a ausência de defesa do Advogado-Geral da União e, especialmente, o efeito vinculante das decisões de mérito, criaram um grupo de opositores bastante grande. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, entendeu que era constitucional a emenda. E permitiu que o Poder Judiciário passasse e ter efeito vinculante em decisões de mérito das ações declaratórias de constitucionalidade. Certamente, a Emenda Constitucional 03-1993, alterou o equilíbrio entre os Poderes, entregando novos poderes ao Poder Judiciário, que, até então, possuía apenas decisões com efeito *erga omnes*. O efeito vinculante foi trazido por emenda. E alterou a separação de poderes original, entregando mais poder ao Poder Judiciário, especialmente, para o Supremo Tribunal Federal. Mas, certamente, foi a reforma do Poder Judiciário, que introduziu o Conselho Nacional de Justiça, que provocou grande discussão. Houve uma verdadeira mudança efetiva na separação de Poderes. E, dentro do Poder Judiciário, criou-se um novo órgão que poderia ser considerado como uma retirada da autonomia do juiz em relação ao padrão inicial de 1988.

Certamente, o Poder Judiciário, visto sob o prisma do juiz individual de primeira instância, teve seus poderes diminuídos pelo Conselho Nacional de Justiça. Não estamos, repetimos, criticando a formulação que, em linhas gerais, veio atender aos anseios dos críticos da independência do Poder Judiciário. No entanto, inegavelmente, tivemos uma grande mudança no equilíbrio inicialmente proposto pelo constituinte originário.

Portanto, o Poder Judiciário, quer pela Emenda Constitucional n. 3, quer pela Emenda Constitucional n. 45, recebeu grande alteração. Tudo sem falar das possibilidades entregues aos membros do Supremo Tribunal Federal pelas Leis 9.868 e 9.882, de 1998. Assim, o Poder Judiciário também sofreu alterações e teve modificado seu relacionamento inicial com os outros Poderes.

VII. Conclusões

O artigo não pretende propor alguma solução. Tem como escopo apenas propor uma reflexão à importância dada pela Suprema Corte a valores presentes no texto originário como a iniciativa reservada ou a independência entre os Poderes e sua harmonia. E, ao lado dessa independência e esta autonomia, sempre com a harmonia presente, tivemos mudanças constitucionais tão significativas. Alteramos a Medida Provisória, alteramos a autonomia dos juízes, as garantias do parlamentares, entre outros valores. Não queremos afirmar que houve ferimento à cláusula pétrea “separação de poderes”. Por outro lado, não podemos dizer que tais mudanças não tocaram o cerne do princípio. Se para o passado, não tivemos a atenção necessária para as mudanças, podemos usar essas mudanças como forma de alerta para tentar deter mudanças que seriam implementadas e que poderiam estar ferindo o sistema da separação de poderes. O debate do tema, certamente, não está encerrado. O presente artigo pretende apenas uma reflexão. As menções históricas apenas tiveram a finalidade de elencar o rol de mudanças, que envolveram os três poderes. E, no fim, temos ainda uma separação de poderes (que, certamente, não é a mesma da fixada originalmente). Há limites para tais mudanças? É a provocação que o artigo pretende apresentar.

Bibliografia

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Atlas.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vital Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma da constituição*. Salvador.

A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional¹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Professor

Introdução

A separação dos poderes foi erigida pela Constituição de 1988 numa de suas bases inabaláveis, numa cláusula pétrea, como se usa dizer. É o que deflui do art. 60, § 4º, III, da Lei Magna.

Entretanto, é de indagar-se o que abrange esse conceito no texto vigente. Com efeito, nos dois séculos e meio que se passaram desde publicado o *Espírito das Leis*, em que essa doutrina foi afirmada, diversas concepções dessa ideia vieram à luz e foram consagradas pelo direito constitucional positivo.

Por outro lado, é preciso ter presente que as constituições evoluem – “crescem”, disse Wheare – e a Carta Magna em vigor não é disso exceção. Muito ao invés, ela – tudo sugere – passou, nalguns pontos, numa verdadeira mutação entre 1988 e 2014.

Em vista disto, o presente estudo desenvolver-se-á em três momentos. Num, examinará a **formulação clássica da doutrina da separação dos poderes**; noutro, a **concretização da separação dos poderes no direito constitucional brasileiro, em particular no texto de 1988**; enfim, a **sua significação essencial, numa visão atualizada**, que leva em conta o modelo democrático consagrado no pensamento e na prática contemporânea.

I. A doutrina da separação dos poderes

A controvérsia cerca a origem da separação dos poderes. Uns a encontram já na antiguidade, outros somente a veem na modernidade, mas entre os adeptos de uma ou outra tese várias correntes se digladiam.

Há os que afirmam ser, naquela idade, obra de Aristóteles², enquanto não faltam os que a entendem um arranjo empírico que este sistematizou. Sustentam numerosos juristas que surgiu, em tempos modernos, na obra de John Locke, a que se opõem os que adotam a ideia de ter sido formulada pela primeira vez por Montesquieu, no *Espírito das Leis*.

¹ Tratei muitas vezes deste assunto. Permito-me remeter o leitor ao meu livro *Princípios fundamentais do direito constitucional* (3. ed., São Paulo, Saraiva, 2012), cap. 13, p. 259 e s. Não cito outras obras minhas que abordam aspectos do presente estudo, porque, ao menos em resumo, estão expostas na obra mencionada.

² Dispensou-me de citar livro e obra de autores, como Aristóteles, cujas ideias são muito conhecidas e facilmente controláveis. Somente indicarei as coordenadas de livros recentes ou mal conhecidos no Brasil.

Em Aristóteles, na *Política*, há a distinção de três funções exercidas na *polis*, ou no Estado *lato sensu*. São uma função *deliberativa*, uma função *executiva* e uma função *judicial*. Nisto, ele se inspira na organização da república ateniense, em que, grosso modo, a Assembleia dos cidadãos deliberava sobre as grandes questões, como paz e guerra; magistrados desempenhavam as tarefas concretas que são inerentes a uma unidade política; e os tribunais julgavam os litígios e puniam os criminosos. A função deliberativa, contudo, não se limitava a estabelecer “leis”, embora o pudesse fazer, sempre respeitando o Direito – este visto como supremo e imutável. Era evidentemente mais ampla. Ademais, em nenhum momento ele recomenda a separação no exercício das três funções que identifica.

Na verdade, a ideia de dividir o exercício do Poder em prol da boa governança parece provir da república romana, com o seu sistema de contraposição de poderes – o do Senado, o dos cônsules, o do povo nos *comitia*.

Locke, no Segundo Tratado do Governo Civil, no final do século XVII, inspirado pelas instituições inglesas, distingue também três funções: a *legislativa*, a *executiva* e a *federativa*. Na primeira, inclui ele não apenas a obra do legislador, mas igualmente a do juiz. Isto corresponde à criação do *statute law* por aquele, do *common law* por este. E a função federativa? Esta tem por mira as relações internacionais, que normalmente se entabulam por meio de alianças – aliança, em latim *foedus*, *foederis*. E se ele recomenda a separação entre exercício da função legislativa e o das duas outras funções, entende que estas últimas devem ser confiadas ao mesmo órgão, pois ambas importam na força armada e a divisão desta é perigosa fonte de conflitos. Muito ele contribuiu para a formulação da doutrina da separação dos poderes, mas lhe cabe a honra de haver estabelecido a doutrina clássica. Inclusive, é a ele devida a ênfase na indelegabilidade das funções.

É com Montesquieu e o *Espírito das Leis* que efetivamente nasce a doutrina da separação dos poderes. Marca-a a ideia de uma divisão funcional do Poder em vista da liberdade e segurança individuais.

No capítulo VI – *Da Constituição da Inglaterra*, do Livro XI dessa obra, intitulado – *Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição* –, claramente expõe-se a ideia de que três são as funções que se identificam no Estado: a de estabelecer leis – função *legislativa*; a de executar “o que depende do direito das gentes” – função executiva (chame-se abreviadamente); e a de julgar (executar o que “depende do direito civil”) – função judiciária. Funções estas cujo exercício deve caber a Poderes diferentes, como condição da liberdade e da segurança dos seres humanos. De fato, essa separação produziria um sistema de freios e contrapesos, um sistema de equilíbrio, em que o Poder deteria o (outro) Poder, impedindo o abuso. Mais, pelo “movimento natural das coisas”, obrigá-los-ia a atuar de acordo – “*aller de concert*”. Indubitavelmente, aí está o cerne da doutrina da separação dos poderes.

Essa formulação, Montesquieu encontra na Inglaterra. Ela, porém, não é coetânea do livro (1748), mas, sim, do início do século XVIII, depois que o *Act of Settlement* de 1701 assegurou a independência dos juizes, tendo sido a do Parlamento consagrada pelo *Bill of Rights* de 1689. Isto sugere que ele, conforme autorizados intérpretes – entre os quais Jean-Jacques Chevallier – entendem, põe o que veio a ser conhecido por separação dos poderes como uma receita de arte política, tendo em vista a transformação política desejável para a França.

Enfatize-se, ademais, que, no *Espírito das Leis*, é uma visão política que é dada à ideia de separação dos poderes. Isto, com efeito, transparece da necessidade de entendimento, de conciliação, entre os Poderes, o que evidentemente exclui a prevalência de qualquer destes sobre os demais. Ele aponta que os Poderes teriam de caminhar “de concerto”, pois do contrário ocorreria um “repouso ou inação” que se chocaria com “o movimento necessário das coisas.”³ Ora, essa paralisia não ocorreria numa concepção jurídica em que a legislação tem primazia e determina a ação dos demais Poderes.

Na verdade, pode-se salientar, com Mauro Barberis⁴, que três ideias são inerentes à concepção da separação dos poderes tal qual a exprime Montesquieu. São elas: 1) no Estado, três funções são essenciais – a de dar a lei, a exercer a governança dentro da lei, mormente executando a lei, e a de julgar a conduta dos indivíduos e os litígios em geral, segundo a lei e de modo objetivo e imparcial. Ou seja, a legiferação, a administração e a jurisdição – **distinção de funções**; 2) estas funções não devem estar nas mãos de um só órgão ou poder, mas devem estar distribuídas entre ao menos três Poderes diferentes – **divisão de funções**; 3) Estes Poderes devem estar em condições de **independência** (e relativo) **equilíbrio**, para que cada Poder possa deter, se preciso for, outro ou outros Poderes – são os freios e contrapesos – a “*balance of power*” dos doutrinadores anglófonos.

Acrescente-se, ademais, que, ao contrário do que muitos pretendem, inclusive para criticar a doutrina, Montesquieu não supõe que as três funções sejam cientificamente distintas – elas não o são, como tantos já o demonstraram – nem que cada Poder tenha a exclusividade no exercício de uma delas. Ao contrário, está claro no livro que podem colaborar numa função, do que é exemplo a elaboração da lei, em que ele distingue a *faculté de statuer* da *faculté d’empêcher*. Aquela é reservada ao Poder Legislativo, esta cabe ao Executivo, contudo não haverá lei sem com o estatuído não estiver de acordo este último Poder.

O objetivo da separação dos poderes é o estabelecimento de um governo limitado, moderado, respeitoso dos direitos fundamentais e apto à realização do interesse geral. Por isso, como está no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, é ela inerente à (verdadeira) Constituição, portanto, imprescindível ao constitucionalismo.

Entretanto, a aplicação da separação dos poderes não foi, na França pós-1789, a do concerto, do entendimento, mas do conflito entre o Executivo, então o monarca, e o Legislativo, com a preponderância da representação popular. Em vista disso, é que Constant, pouco mais tarde, entendeu preciso acrescentar aos Poderes previstos por Montesquieu, um quarto, o Poder Neutro, que iria marcar a Constituição brasileira de 1824, nela designado de Poder Moderador. Este um árbitro de conflitos entre Poderes, um guia para mantê-los na direção do bem comum.

Sempre, portanto, uma visão política da separação dos poderes.

³ “*Ces trois puissances devraient former un repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles seront contraintes d’aller, elles seront forcées d’aller de concert*” (Livro XI, cap. VI).

⁴ Cf. TROPER, Michel; CHAGNOLLAUD, Dominique (Ed.). *Traité international de droit constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2012. t. 1, p. 705 e s.

No curso do século XIX, uma concepção jurisdicista da separação de poderes veio, todavia, a prevalecer. Esta foi desenvolvida pelo positivismo jurídico, para o qual todo o direito se resumiria ao direito positivo. Ou seja, todo o direito proviria da lei, lei esta que o Legislativo criaria. Trata-se, como adiante se apontará, de uma interpretação estreita e bitolada do direito em geral e da doutrina da lei, adotada por essa corrente. Seu êxito em parte é devido a ajustar-se a preeminência do único Poder de origem popular que foi, nos primeiros tempos do constitucionalismo, o Legislativo.

Reflexo dessa doutrina é o entendimento de existir uma diferença substantiva entre as três funções, legislação, administração e jurisdição. Por isso, na determinação desta diferença, gerações de juristas se esmeraram, desenvolvendo sutilezas dignas da escolástica.

A doutrina positivista da separação dos poderes sobrevive até os nossos dias. Ainda é a que marca o Estado de Direito, presidido pelo princípio de legalidade, quando estreitamente concebido. Verdade é que, pelo mundo afora, esse princípio não mais significa a prevalência da lei formal, mas admite em lugar desta os atos com força de lei – ou seja, atos normativos primários provenientes do Executivo.

Avança, ademais, uma tendência à transformação “neoconstitucionalista” do Estado de Direito, a enfatizar a prevalência do Direito – visto como Moral – sobre os instrumentos formais de sua expressão. Ou seja, que é o justo que deve determinar para todos as ações e proibições. Isto se reflete num papel “criador” do Judiciário, criando a regra a partir dos princípios para os casos concretos sobre os quais debruça. Disto há um inequívoco risco, seja para a democracia, seja para o próprio Estado de Direito, como adverte em recente e brilhante trabalho de Jorge Lavocat Galvão.⁵

Essa tendência se exprime nas ideias de Constituição aberta e da preeminência dos princípios sobre as regras, atualmente destacados por uma doutrina “substancialista”, que se pretende pós-positivista (o que é) e pós-moderna (o que é duvidoso). Na verdade, a ideia de prevalência do justo (*jus quia justum*) sobre o direito legislado (*jus quia jussum*) profundas raízes que se manifestam desde a Antiguidade e estão presentes quando do nascimento do constitucionalismo. Não invoca este a qualidade de direitos naturais àqueles que incumbe ao Estado garantir?

II. A separação dos poderes no direito constitucional brasileiro

a) Nas Constituições brasileiras anteriores

Vale traçar, de modo extremamente sucinto, o perfil da separação dos poderes nas Constituições anteriores à que vigora, antes de abordar o exame desta. De fato, esse perfil ilumina vários aspectos da presente institucionalização.

Um primeiro ponto a assinalar é o de que, se a separação dos poderes está presente em todas as Constituições brasileiras, nem sempre foi ela posta em termos ortodoxos. Ou seja, com os três Poderes clássicos, independentes e harmônicos, vedada de modo absoluto a delegação de atribuições.

⁵ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Esta versão ortodoxa não prevaleceu senão na vigência da Constituição de 1891 e sob a Lei Magna de 1946. Dizia o art. 15 daquela serem “órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”. *Ipsis litteris*, o art. 36, caput, da segunda repetia esse texto, mas acrescentava em parágrafos, por um lado, que o cidadão investido num deles não poderia exercer função noutro, por outro, ser vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

Ressalve-se, porém, que, no período que vai da Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, à de nº 6, de 23 de janeiro de 1963, ou seja, no período parlamentarista, a separação dos poderes deixou de lado a ortodoxia, já pela índole do regime, já por haver previsto a delegação do poder de legislar ao Executivo

Sob as duas Constituições, todavia, houve a prevalência do Presidente da República, portanto do Executivo, mais atenuada ao tempo da segunda, mais intensa ao tempo da primeira.

Todas as outras Constituições brasileiras adotaram fórmulas heterodoxas de separação dos poderes, salvo a Carta de 1937, que adotou o seu oposto.

A Carta Imperial de 1824 seguia a lição de Constant e previa, além dos três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – um quarto, o Poder Moderador (art. 10). Dizia deste ser ele “a chave de toda a organização política”, sendo “delegado privatamente ao Imperador” (art. 98). A este era também dado o Poder Executivo, que o exercitaria por seus ministros (art. 102).

Na vigência dessa Carta, no Primeiro Império, o Imperador reinou e governou. No Segundo, a partir de 1840, instaurou-se um parlamentarismo, em que, todavia, o poder moderador é que determinava a alternância dos gabinetes.

A Constituição de 1934, logo no art. 3º, consagrou a separação dos poderes, em termos muito próximos do que fizera a de 1891. Entretanto, sob essa aparência ortodoxa, previa um papel heterodoxo para o Senado Federal. Este, além de colaborar com a Câmara dos Deputados (art. 22), seria um órgão de coordenação entre os Poderes. Com efeito, segundo o art. 88, caber-lhe-ia “promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis”... Assim, era-lhe destinado um papel, atenuado embora, de Poder moderador.

Breve demais foi a vigência dessa Constituição para que se possa avaliar seus méritos ou deméritos. Certamente, porém, não eliminou a prevalência do Executivo sobre os outros Poderes. Tal preponderância, aliás, se acentuou depois das Emendas de 1935 que conferiram extraordinários, “poderes de guerra” ao chefe do Governo.

A Constituição de 1967 e sua revisão pela Emenda nº 1/1969 adotou a separação dos poderes, mas abandonou a indelegabilidade do poder de legislar (art. 6º). Com efeito, admitiu-se nelas a lei delegada, bem como o decreto-lei, inspirando-se nitidamente na Constituição italiana (art. 46).

Recobrem esses textos o chamado período militar, em que a costumeira prevalência do Presidente da República era acentuada pelo gozar este de poderes excepcionais, como chefe da revolução. Isto, na verdade, se iniciou antes da edição da Constituição de 24 de janeiro, com o Ato Institucional de 9 de abril de 1964. Interrompida brevemente essa situação anômala, entre 15 de março de 1967 e 13 de dezembro de 1968, data do Ato Institucional nº 5, ela voltou, e com mais força depois deste. O quadro se atenuou

com a revogação dos Atos Institucionais pela Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, entrada em vigor em 1º de janeiro de 1979, mas de fato perdurou até a posse do Pres. Sarney, em 15 de março de 1985. Abriu-se com esta o período de transição, que levaria à Constituição em vigor, obra do Congresso constituinte, operante em 1987/1988.

A Carta outorgada de 1937 não teve efetividade, nem tendo ocorrido o “plebiscito” ratificatório que previa, embora fosse declarada em vigor desde sua promulgação (art. 187), nem havendo sido constituído o Parlamento nacional que previa. Foi, na terminologia de Loewenstein, uma Constituição “semântica”, mera capa para um poder pessoal. O seu exame, porém, merece atenção por adotar exatamente a posição oposta à da separação.

Se o texto distinguia Legislativo e Judiciário, não falava de Executivo, e, sim, do Presidente da República. Este seria a “autoridade suprema do Estado”, tendo as tarefas de coordenar “a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, de dirigir “a política interna e externa”, de promover ou orientar a “política legislativa de interesse nacional” e de superintender “a administração do país” (art. 73). Em matéria de legislação, gozava do poder de iniciativa geral, o que os membros do Parlamento só teriam condição de fazê-lo em ato coletivo, subscrito por um terço dos integrantes de uma de suas câmaras. Tal iniciativa seria exclusiva no tocante a leis que importassem em despesa pública ou normas tributárias. E ainda possuía o veto, superável embora por dois terços dos membros de cada uma das casas do Parlamento. Gozava do poder de editar decretos-leis, desde que autorizado pelo Parlamento (art. 12), bem como de regulamentar as leis. É preciso, todavia, apontar que o art. 11 prescrevia que a lei, “quando de iniciativa do Parlamento”, disporia apenas sobre sua matéria, substância e princípios, devendo ser complementada pelo regulamento a ela relativo. E, mais, poderia, em caso de declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário, solicitar a reapreciação da lei pelo Parlamento que pela maioria absoluta de votos de cada câmara, caso em que a declaração ficaria sem efeito (art. 96, parágrafo único). Decorre claramente deste exame que a “constituição” concentrava nas mãos do Presidente da República o cerne do poder.

Na realidade política, o Presidente da República possuía, durante o Estado Novo que essa Carta pretendia institucionalizar, um poder absoluto. Não tendo sido realizado o plebiscito, não tendo sido eleito o Parlamento, o Presidente da República, com base no art. 180, dispunha do poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência legislativa da União. Era ele o Executivo, o Legislativo e podia suplantar declarações judiciais de inconstitucionalidade por meio de ato seu, dada a inexistência de fato do Legislativo. Destarte, era também senhor da Constituição. Seguramente, era um ditador, na acepção moderna e plena do termo.

b) A separação dos poderes na Constituição em vigor

O cerne deste trabalho, do qual as partes anteriores constituem premissas, é a análise da separação dos poderes tal qual está na Constituição em vigor. Entretanto, dois ângulos impõem-se em tal estudo. Um, mais fácil, é a exegese de seu texto no que interessa à separação dos poderes; outro, mais arriscado, é apontar a realidade, ou seja, a separação dos poderes em face da ordem constitucional que se efetiva nos dias que

correm. Esta última preocupação exprime a ideia de que as Constituições se modificam com o tempo, em função da jurisprudência, das leis infraconstitucionais, da doutrina jurídica, das ideologias políticas, da cultura, do “ar do tempo”...

a) A separação dos poderes no texto constitucional

A Constituição vigente, no que tange à separação dos poderes, pouco difere dos textos anteriores. Num ponto, entretanto, ela se destaca das demais, em ponto já assinalado de início, na medida em que inclui a separação dos poderes entre as matérias, cuja abolição não pode sequer ser objeto de deliberação, mesmo em sede de Emenda constitucional (art. 60, § 3º).

A significação e o alcance dessa proibição podem provocar celeuma do ângulo doutrinário. De fato, é incerta a delimitação do que seja separação dos poderes na Constituição em vigor. Como aliás já se depreende dos textos constitucionais anteriores, a delegação do poder de legislar sobre matéria determinada pelo Legislativo em favor do Executivo, ou seja, a lei delegada – o que foi admitido mesmo na vigência da Constituição de 1946, pela Emenda parlamentarista, a Emenda nº 4/1961 – ou atribuição de poder normativo com força de lei, como já estava na Constituição de 1967 e na sua reformulação pela Emenda nº 1/1969, ou seja, o decreto-lei, não eram tidos como contrários a esse princípio. Assim, desde logo é forçoso admitir que a separação dos poderes, na Constituição em vigor, que prevê lei delegada e, em substituição, sobretudo, de designação, a medida provisória, não é a da doutrina clássica. É certamente um arranjo em que, em princípio, cabe ao Legislativo gerar atos normativos com força de lei, ao Executivo, administrar, e ao Judiciário, julgar, salvo prescrição constitucional – que não deve ser presumida – em contrário. Ademais, importa, em nome da tradição republicana, que haja certos controles por parte do Legislativo sobre o Executivo relativamente a atos de importância política primordial – do nível de instauração do estado de guerra ou da suspensão de garantias individuais. Mas isto é fluido, como ocorre com todos os princípios que são, no entender de Alexy e outros, mandados de otimização. Referindo ainda opinião deste, deve-se apontar que um princípio não é ferido, enquanto seu núcleo essencial é preservado (o que supõe ser possível com relação a princípios frequentemente compreendidos de modo muito diferente conforme a cultura do povo, e as diversas ideologias). É deste ângulo de visão que o Supremo Tribunal Federal entendeu, pela voz do Min. Sepúlveda Pertence, que a inabolibilidade prevista no art. 60, § 3º, admite a mudança dos preceitos que se desenvolvem a partir das cláusulas “pétreas”, mesmo quando constitucionalizados.

Retrocedendo na análise da Constituição em vigor, o art. 2º já enuncia o perfil da separação de poderes, tal qual ela é usualmente entendida: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. É exatamente a redação do art. 36 da Lei Magna e quase igual à de 1967 e 1969, art. 6º.

Não se repete a proibição de delegação de atribuições, o que é coerente, em face da lei delegada, mas estava expresso nas Leis Magnas anteriores, mesmo quando admittam tal espécie de lei – a de 1946, enquanto vigente a Emenda nº 4/1961 – a de 1967 e o texto de 1969. Nem se reproduz a de que o integrante de um dos Poderes se invista em função de outro, o que estava nos diplomas de 1946 (art. 36, § 1º), 1967 (art. 6º,

parágrafo único), 1969 (idem). Isto é da lógica, porque o deputado ou senador pode ser investido da função de Ministro e outras – obviamente integrantes do Executivo – sem perder o mandato (art. 56, I), o que, aliás, já era autorizado pelos textos anteriores.

Consagra – é certo – uma separação de poderes heterodoxa. No que concerne à distribuição de competências, como sempre, o Legislativo tenha em mãos, de modo geral, a função legislativa, a ele são atribuídas muitas outras que, por sua natureza preponderante, seriam da órbita administrativa, como autorizações e aprovações (vejam-se os artigos 48 e 49 da Constituição, por exemplo). Igualmente, possui ele a competência para, por meio do Senado Federal, processar e julgar crimes, no caso os de responsabilidade. Ademais, ele exerce a função administrativa, relativamente à sua organização interna e seus serviços.

É também cediço observar que o Executivo, conquanto exerça as tarefas inerentes à função de administrar, não a abrange por inteiro, eis que o Legislativo administra e o Judiciário também o faz quanto a seus serviços. Ele legifera, ao menos quando autorizado pelo Legislativo, caso da lei delegada, afora a hipótese de organizar a administração e regular-lhe o funcionamento, inclusive extinguindo cargos públicos vagos por decretos autônomos (art. 84, VI, “a” e “b”). Igualmente, edita medidas provisórias com força de lei (art. 62). Certamente ele só não julga, na medida em que o contencioso administrativo, no quadro brasileiro, como o fazendário, não decide definitivamente os litígios.

O Judiciário, a seu turno, possui como já se indicou, competências administrativas.

Vale, analisando sumariamente o texto sobre o processo legislativo, sublinhar alguns pontos.

O primeiro concerne à iniciativa. Esta é, de modo geral, partilhada entre o Executivo, o Presidente da República, e os membros do Congresso Nacional, ou suas comissões. Também a possuem, mas no âmbito de sua estruturação interna e a de seus serviços, o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça (art. 96, II) e o Ministério Público quanto à sua organização, atribuições e estatuto (art. 128, § 5º). Também é admitida a iniciativa popular (art. 61, § 2º). O que de se sublinhar não esse fenômeno que é antigo e bem conhecido, mas a peculiaridade de que o Executivo tem competência em matérias a ele privativas, o que, portanto, exclui iniciativa dos membros do Legislativo (art. 61, § 1º). Note-se, ainda, que a Constituição dá ao Presidente da República a iniciativa de Emendas constitucionais, o que só veio a ser permitido no direito brasileiro pelos Atos Institucionais e, depois, pela Constituição do período militar.

Quanto à deliberação, esta cabe exclusivamente ao Congresso Nacional, titular do Poder Legislativo. Nela, todavia, pode influir o Executivo, por meio da solicitação de urgência para projetos de sua iniciativa (art. 64, § 1º e seguintes). Isto adstringe as Câmaras a se manifestarem em prazo limitado, na deliberação geral em quarenta e cinco dias. Caso contrário, ficarão sobrestadas todas as deliberações legislativas da Casas, salvo as que tiverem prazo constitucional prefixado, até que sejam votadas.

Ademais, cabe ao Presidente da República o poder de vetar, no todo ou em parte, os projetos aprovados pelo Congresso Nacional, com fundamento em inconstitucionalidade ou inconveniência (contrariedade ao interesse público). Esse veto, porém, é superável em nova deliberação das Casas de Congresso Nacional, desde que tal rejeição conte com o voto da maioria absoluta dos membros e cada uma delas (art. 64).

Merecem menção à parte as Medidas Provisórias. Foram elas adotadas em substituição ao decreto-lei da Constituição anterior, vistas como um dos “entulhos autoritários”. Quanto a elas, entretanto, é preciso registrar o texto primitivo e o texto novo, decorrente da Emenda Constitucional nº 32, de 2001.

Em ambos os textos, a medida provisória é um ato normativo editado pelo Presidente da República, que tem de ser submetido a uma conversão em lei pelo Congresso Nacional. Pode-se dizer que seu perfil seria o de um projeto de lei de eficácia antecipada. Em ambos, de fato, tem ela eficácia imediata, prevendo-se a perda desta, de modo retroativo desde sua edição (desfazimento *ex tunc*), se não for convertida em lei em prazo determinado. Era este, na redação primeira, de trinta dias, na atualmente vigente de sessenta dias, prorrogáveis uma única vez.

Acrescente-se que, nas duas redações, a sua edição é sujeita à condição de “relevância e urgência. Enfim, o texto de 1988 não enumerava matérias a ela proibidas, enquanto o texto em vigor as veda em relação a vários temas.

O texto promulgado em 1988 não previa a hipótese de sua reedição, caso não aprovada a medida no prazo de trinta dias. Foi aceita, todavia, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prática dessa reiteração sem limite de oportunidades – o que as tornava como que permanentes – às vezes com pequenas modificações, outras vezes com modificações profundas, a dano da segurança jurídica. Outrossim, de modo geral, a jurisprudência não examinava a ocorrência da urgência e da relevância, considerando-as de avaliação política e discricionária do chefe do Governo.

A prática das medidas provisórias, editadas sobre as mais variadas matérias, reiteradas uma infinidade de vezes, ferindo, no plano jurídico, a segurança, no plano político, a função legislativa do Congresso Nacional, provou fortes críticas, bem como inúmeras tentativas de restringir o seu uso. Isto é que levou à Emenda Constitucional nº 32/2001. Esta, além das diferenças já apontadas e outras de menor importância, proibiu a renovação da medida após o decurso do prazo de prorrogação, na mesma sessão legislativa. Em contrapartida, determinou fossem sobrestadas as deliberações legislativas até sua apreciação na Casa em que estiver tramitando. Certamente, tudo isto veio a restringir o alcance deste instrumento normativo, não seu peso político, a que adiante se voltará.

b) A separação dos poderes na ordem constitucional efetivamente vigente

Na realidade brasileira, a separação dos poderes praticada é marcada pela preponderância do Executivo, isto é, do Presidente da República, isto é, do Executivo. Sem dúvida, a preeminência deste Poder é um fenômeno presente na atualidade, pelo mundo afora. Entretanto, essa preeminência não chega à proeminência que tem em nosso país. É verdade que isto não é de hoje, pois, nos anos 30 do século passado, um autor estrangeiro intitulou um livro de *Sua Majestade, o Presidente do Brasil*.

Essa proeminência do Executivo é a proeminência do Presidente da República. Esta lhe advém de várias razões. Uma, certamente, é a sua legitimidade democrática, encarregada pela eleição direta em dois turnos: aparece assim como o escolhido da maioria absoluta do povo brasileiro. Outra, da cultura política nacional, pois para essa maioria, em que preponderam os carentes, ele é o taumaturgo, se não o demiurgo, que poderá trazer para todos o bem-estar.

Essa visão cultural tem sua razão de ser, quando se examinam os papéis que, na realidade, são confiados ao Presidente da República, pelo direito brasileiro. Não será de bom gosto a comparação, mas é forçoso apontar que a Carta de 1937 bem caracterizou o Presidente como agente político. Ela, no art. 73, o dizia “autoridade suprema do Estado”, e ele o é hoje em diante, para todos os efeitos práticos. Caber-lhe-ia dirigir “a política interna e externa” do país, e ele o faz; promover ou orientar a “política legislativa de interesse nacional”, ele o tem feito, como autor da esmagadora maioria das leis que vem sendo promulgadas; teria a tarefa de superintender “a administração do país”, e a Constituição a ele a confere. E a Carta do Estado Novo, na sua letra, lhe atribuía o poder de editar decretos-leis, desde que autorizado pelo Parlamento (art. 12), o que hoje se dá pela chamada lei delegada, e, sem autorização, pela medida provisória.

O que então não se mencionava, nem se imaginava, é que fosse também o Presidente da República o comandante da economia nacional. Sim, porque ele o é, na medida em que a política financeira é capitaneada pelo Banco Central que ele rege ainda que indiretamente; que a política econômica depende da política financeira quanto aos juros, de estímulos, que vêm ou não de sua boa vontade, e dependem de financiamentos que procedem muitas vezes do BNDES ou do Banco do Brasil, que são “seus”. Some-se a este último ponto o peso que têm a Petrobrás e as usinas de energia nuclear, ou hidráulica que controla. Certamente, a desestatização, com a privatização da Vale do Rio Doce, da Siderúrgica Nacional, reduziu um pouco, mas pouco, a sua esfera de atuação econômica.

Ademais, mencione-se que é ele o provedor dos mais pobres. Tem nas mãos o sistema previdenciário, o sistema unificado de saúde, programas assistenciais, como a bolsa-família, etc.

É, em última análise, o “patrão” de todos os que emprega a imensa máquina estatal e paraestatal. Os seus salários dependem dele...

A esta indisfarçável preponderância soma-se o aporte das medidas provisórias, que tende a operar uma concentração em suas mãos de dois Poderes, o Legislativo, além do Executivo

Realmente, ao editar a Medida Provisória, o Presidente da República altera, segundo sua discricção, a ordem jurídica. Com isto, ele a amolda segundo melhor lhe parece com vistas aos objetivos e políticas que pretende instaurar. Somente depois de produzir efeitos, e de estar produzindo efeitos, é que o Legislativo a examina, para convertê-la ou não em lei. Ora, este *controle a posteriori* depara com fatos consumados que pesam decisivamente em favor de sua aprovação. Trata assim o Legislativo, não de um projeto, uma lei *in fieri*, mas uma lei *facta*. A Emenda nº 31/2001 certamente aprimorou o controle que caía anteriormente no vazio, dada a possibilidade de reiteração ilimitada da Medida.

Inverte-se em resumo o modelo de processo legislativo desenhado por Montesquieu. Em vez de *faculté de statuer*, ou seja, ter a faculdade de estatuir, estabelecer o conteúdo normativo da lei, o Legislativo fica com uma *faculté d’empêcher*, um veto bem menos eficaz, porque *a posteriori*, do que o que cabia e cabe ao Executivo. Este, embora superável, ao menos afasta a vigência e eficácia do conteúdo normativo.

Ademais, os trabalhos legislativos do Poder Legislativo ficam na dependência das Medidas Provisórias e no ritmo destas. Têm elas, com efeito, prazos obrigatórios de tramitação, sob pena do sobrestamento de outras “deliberações legislativas”. Isto significa

uma prioridade para as Medidas Provisórias em relação aos projetos de lei que, estes, podem ser de iniciativa parlamentar. E como as Medidas Provisórias são muitas, pouco resta para o exame destes projetos.

Pode-se dizer que o Legislativo, enquanto poder de legislar, fenece. Seu papel, no campo que foi sua razão de ser, torna-se apagado, reduzido a um controle às vezes inviável pela consumação dos efeitos da Medida Provisória.

Os parlamentares atuais bem o sentem, de modo que procuraram outra atividade que não a de legisladores, a fim de terem sobrevida política. Esta é a de inquérito, com a instituição das CPIs, as Comissões Parlamentares de Inquérito. Estas não visam mais, como está nos livros, a colher subsídios para a atuação do Parlamento, em suas tarefas próprias, sendo a essencial evidentemente a de legislar; voltam-se para a apuração de atos ilícitos, assumindo um papel policesco. Nisto, não raro invade o terreno atribuído ao Judiciário. Mas este papel, que idealmente configura controle, dá notícia, é acompanhado pelos meios de comunicação de massa e, por intermédio destes, salienta este ou aquele deputado, este ou aquele senador.

Fica destarte muito claro que o Legislativo brasileiro se tornou essencialmente um poder de controle do Executivo.

Se o Legislativo fenece, o Judiciário se expande. Sem dúvida, em tempo algum de nossa história, se deu tanta atenção a este Poder que deve ser o mais discreto de todos.

No desempenho de suas tarefas tradicionais, dirimir litígios surgidos nas relações sociais, essencialmente entre particulares, punir delitos, esse Poder, todavia, não brilha. É banalidade reconhecer a lentidão dos processos – justiça tardia não é justiça – com a consequência da (relativa) impunidade para os criminosos e a demorada reparação das eventuais lesões patrimoniais sofridas pelos indivíduos. Disto, aliás, o Estado muito se beneficia pelo verdadeiro “calote” no não pagamento dos precatórios, inclusive de alimentos, ou de modo mais leniente, pela demora interminável no seu pagamento.

O destaque atual do Judiciário vem das funções políticas que vem assumindo. Isto certamente é ensejado por instrumentos previstos na Constituição e pelas particulares desta, entretanto, já foi muito além do que os constituintes ou os exegetas do texto de 1988 imaginaram. Ocorre uma “judicialização da política” que leva a uma “politização”, em mais de um sentido, do próprio Poder Judiciário.

Analise-se este ponto.

O Judiciário, em todas as suas instâncias, tem-se substituído ao Executivo na determinação de políticas públicas, ou na orientação destas. Sob o acicate principalmente do Ministério Público, tornado plenamente autônomo pela Constituição em vigor, em resposta a ações civis públicas, às vezes em mandados de segurança coletivos, etc., vem ele obrigando o Executivo a desencadear políticas públicas. Isto é, globalmente falando, positivo, mas é preciso observar que o magistrado, habituado ao julgamento singelo – *tem direito, não tem direito* – defere pedidos, sem levar em conta o possível, sem avaliar oportunidade e conveniência, que levam à definição de prioridades, sem estar preso a limitações orçamentárias, ou sujeito à lei de responsabilidade fiscal...

Igualmente, pode-se dizer sem maior dúvida que o Judiciário também está substituindo o Legislativo na formulação de normas que deveriam ser objeto de lei. A Constituição vigente, preocupada, sem dúvida, com a omissão legislativa, no tocante

à regulamentação de preceitos constitucionais, previu a ação de inconstitucionalidade por omissão. Esta, porém, revelou-se inócua, eis que apenas permite seja dada ciência ao Legislativo da omissão, em qualquer consequência efetiva. Entretanto, por meio do mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal tem corrigido essa inércia em muitos casos, com ainda fez em 2007, a propósito da regulamentação do direito de greve do servidor público. Suprir omissões é ponto positivo, contudo significa o Judiciário assumir a legiferação.

Acrescente-se que o mesmo se pode dizer do Tribunal Superior Eleitoral. Este, em 2007, ao responder a consultas, fixou, numa interpretação constitucional ousada, o relacionamento entre eleito e o partido que o elegeu. Entendeu o eleito preso a esse partido por uma sorte de fidelidade partidária. Corroborada essa interpretação, que como tal não saía do âmbito natural de um tribunal no sistema difuso, pelo Supremo Tribunal Federal, deu um passo adiante. Editou uma resolução disciplinando a matéria, resolução que tudo tem de lei salvo o nome.

Também no que toca ao desdobramento de normas constitucionais, num terreno de transição entre o infraconstitucional e o propriamente constitucional, o Supremo Tribunal Federal, com base no art. 103-A da Constituição, passou a legiferar por meio das súmulas vinculantes. Estas, como a resolução acima mencionada, são leis, e leis com força (quase) de normas formalmente constitucionais. De fato, elas prescrevem, com força vinculante, para o Estado brasileiro em todas as esferas federativas, uma interpretação cogente para os preceitos formalmente constitucionais, o que não seria inovação. O instituto é apresentado como consolidação de jurisprudência. Entretanto, a prática recente mostra que o Supremo Tribunal Federal vem usando o instituto para desdobrar ou complementar a Constituição, certamente indo além da mera exegese do texto de 1988. E, ao fazê-lo, não se preocupa com a existência de reiteradas decisões sobre a matéria e toma decisões de apreciação política, de aferição de conveniência. Com efeito, por exemplo, onde na Constituição está a limitação do nepotismo ao 3º grau de parentesco? Por que não ao 4º? Veja-se bem que o Supremo Tribunal Federal, quanto às súmulas, usando de um poder político que a Constituição lhe dá. Trata-se de uma decisão sujeita à maioria de 2/3, o que mostra bem não ser uma decorrência de declaração de inconstitucionalidade, pois para esta basta a maioria absoluta. E, mais, de uma deliberação que pode ser justificada pela “grave insegurança jurídica” ou “relevante multiplicação de processos”. Ora, gravidade e relevância são de apreciação subjetiva e concernem ao que o administrativista chamaria de mérito – oportunidade e conveniência.

Indo além. O Supremo Tribunal Federal recebeu da Lei nº 9.868/1999 poder de constituinte de revisão. O art. 27 de tal lei – repetido pelo art. 11 da Lei nº 9.882 do mesmo ano – confere a esse Egrégio Tribunal a atribuição de “modular” os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Para a doutrina tradicional, com Rui Barbosa à frente e para a própria jurisprudência desse Tribunal, o ato inconstitucional sempre foi um ato nulo e írrito, cujos efeitos devem ser desfeitos retroativamente, *ex tunc*. Hoje, porém, embora, em princípio, isso não mude, o Supremo Tribunal Federal pode, ao declarar a inconstitucionalidade, “restringir os efeitos” da declaração “ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Ora, restringir os efeitos da declaração só tem sentido se se entender que se mantém em vigor o que contraria Constituição. Tal decisão muda a Constituição no

ponto específico. E o mesmo se dá, conquanto numa modificação transitória, se a desconstituição do ato for fixada para qualquer outro momento que não o de sua entrada para o mundo do direito positivo. Trata-se de uma apreciação política, pois depende da concordância de dois terços do Tribunal, nem se repita que basta a maioria absoluta para a decretação da inconstitucionalidade. Mais, é fundada ou “em razões de segurança jurídica” que, como tais, estão no plano do direito, ou por “excepcional interesse social”. Este último conceito abrange, na verdade, tudo aquilo sobre o qual se debruça o Estado e é excepcional o que a maioria qualificada entender sê-lo. A realidade é que, na atualidade, o ato inconstitucional é, como decorre das lições de Kelsen, um ato anulável, conforme o grau de intensidade da infração da Constituição, conforme a ponderação da maioria qualificada dos membros do Supremo Tribunal Federal. E, tome-se, o depoimento. Ao apreciar o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de lei do Estado de Tocantins, não houve qualquer debate sobre a temática jurídica – que era pacífica – mas se discutiu se a inconstitucionalidade, que afetava o *status* de numerosos servidores do Estado – deveria ter efeito *ex tunc* ou não. Decidiu então o Tribunal que deveria ter efeito *ex tunc*, para fim pedagógico, servir de exemplo. Não está nisto crítica. É um exemplo de “excepcional interesse social”.

É imaginável que a judicialização da política importe num risco de politização do Judiciário. Chamado a apreciar questões políticas, o magistrado tende a deixar manifestarem-se as suas convicções e seu senso moral. Aquelas podem desviar-se para o desiderato de favorecer uma ideologia, ou até um partido, este pode levá-lo a um papel de vingador do bem contra o mal. Perdoem-me a comparação, a fazê-lo sentir-se um super-herói.

Esse fenômeno, que se teme para o futuro, sem referências ao presente, é, ademais, incitado pelos meios de comunicação de massa, particularmente pela televisão. A mídia tem seus critérios de julgamento que não são os do direito, tende a ver no suspeito, que não raro é ela que apontou, um delinquente comprovado, quer a punição do crime de imediato, sem as necessárias delongas de um processo. Vê neste um ardiloso meio pelo qual os advogados bem remunerados conseguem a impunidade de seus clientes ricos, por meio de uma Justiça formalista. E, por isso, aplaude todas as ações, sem forma nem figura de direito, que pareçam corrigir o que pensam errado. Com isto, premiam com a imagem santificada os que a atendem, vilipendia e aponta à execração pública os que seguem a lei.

III. A significação essencial da separação dos poderes

Em face dos posicionamentos assumidos no curso deste trabalho, cabe esboçar uma síntese da significação – essencial – da separação dos poderes.

O primeiro ponto a salientar é o da relatividade da separação dos poderes. Isto quer do ângulo doutrinário, quer do ângulo da concretização do princípio nas Constituições do passado e, sobretudo, do presente.

Realmente, no plano doutrinário, ela foi posta por Montesquieu como uma “receita” de arte política. Seu objetivo não foi o de estabelecer uma doutrina científica da organização do Estado – mesmo porque isto não se coaduna com a ciência – mas, sim, instituir um sistema de freios e contrapesos, no qual cada Poder pode atuar a fim de

impedir o abuso dos outros. Para isto, ele entendeu, sem dúvida inspirado em Locke e no direito constitucional inglês, convir a separação (relativa) dos órgãos superiores de governança, segundo as três funções primordiais que exerce o Estado. Funções estas que não pretende de natureza diversa, como está na própria letra do capítulo VI do livro XI do *Espírito das Leis*. Foi o positivismo jurídico que radicalizou a separação, resumindo à lei formal estabelecida pelo Legislativo o direito e fazendo estritamente subordinados a esta o Executivo e o Judiciário, como meros aplicadores da lei. Essa tese prosperou, não só pela adesão da comunidade jurídica a essa escola, mas também porque ela convinha, nos primeiros tempos do constitucionalismo, a enfatizar a representação popular e, por intermédio desta, a favorecer a democracia.

Na realidade, o direito constitucional brasileiro, como o estrangeiro, cada qual na sua medida, nunca separou de modo absoluto as três funções primordiais. Sempre, por exemplo, confiou ao Legislativo a aprovação ou a autorização para o Executivo tomar decisões políticas capitais.

Essa relatividade permitiu que o relacionamento entre os dois Poderes propriamente políticos – Legislativo e Executivo – se adaptassem a novos tempos, em razão de fatores como a extensão do sufrágio, a democratização, o intervencionismo econômico e social. Ensejou, assim, o desenvolvimento do parlamentarismo, em lugar de se aferrar a uma separação mais rígida, como a da monarquia constitucional, ou do presidencialismo. Igualmente, conciliou-se com a delegação do poder de legislar, e mesmo o poder autônomo de legislar, para o Executivo, o que se tomou comum nos últimos sessenta anos, pelo menos. A separação dos poderes sobrevive no mundo contemporâneo em razão das provas que deu e dá de dificultar o abuso, protegendo a liberdade individual.

Um outro ponto a salientar exprime que, no direito brasileiro, a separação dos poderes foi concebida pela doutrina em paralelo ao ensinamento pelo mundo afora. Quando prevalecia o positivismo, prevaleceu aqui a versão positivista; hoje, quando este perdeu força, uma nova concepção pós-positivista tende a prevalecer. Vê-se isto na ênfase nos princípios em detrimento das regras (e da segurança jurídica). Isto se reflete na Constituição de 1988, uma Constituição “aberta” que multiplica os princípios explicitados e com isto flexibiliza o primeiro dos princípios do Estado de Direito, o princípio de legalidade. Abre, ademais, o campo para o desenvolvimento em prol do Judiciário um papel político, porque, em última análise, é este quem concretiza tais princípios.

No plano dos fatos, a institucionalização da separação dos poderes sempre deu preeminência, se não preponderância ao Executivo. E isso num grau muito superior ao das experiências estrangeiras, salvo as latino-americanas. Isto, sem dúvida, mais se deve a nossos costumes políticos do que à letra das leis e da Constituição.

É preciso considerar na mensuração concreta não apenas os poderes jurídicos com que ele conta – como o de administrar e de “legislar” direta ou indiretamente – mas outros aspectos como ser ele o Poder que garante a segurança interna e externa, o gestor da economia, o protetor dos carentes, etc.

No quadro atual, essa prevalência continua acentuada e, em contrapartida, se amesquinha o papel do Legislativo, cuja função essencial – a legiferação – foi absorvida pelo Executivo.

O Judiciário, entretanto, aparece fortalecido, no que tange a um papel político. Ele muitas vezes determina e amolda políticas públicas, legífera, inclusive em matéria constitucional, pode modular a inconstitucionalidade, no fundo mudando a Constituição. Não o faz por usurpação, mas motivado por instrumentos previstos na Lei Maior e, não raro, em razão da omissão dos outros Poderes, mormente do Legislativo.

Tal judicialização da política não é, todavia, fenômeno exclusivamente brasileiro. Noutros países, ele se registra. Talvez esteja, aqui e agora, mais exacerbado do que além fronteiras.

Quanto à politização da Justiça – ainda incipiente – é preciso prevenir que se desenvolva entre nós, dado os males que acarreta. Uma opção a discutir relativamente a isto seria a institucionalização de uma Justiça Constitucional, nos moldes seguidos em geral na Europa, com a especialização da função, a estipulação de mandato de tempo certo, a participação nas indicações dos três Poderes e não só do Executivo, bem como da sociedade civil.

No limite jurídico, a separação dos poderes significa Poderes autônomos com atribuições próprias – definidas na Constituição ou decorrentes desta – que não podem ser usurpadas por um deles, nem disfarçadamente.

No limite político, exige não apenas a independência dos Poderes na sua composição e no exercício de suas funções – estas relativa e ponderadamente especializadas – numa equação de forças que enseje um sistema de freios e contrapesos.

SP 26/10/14.

Judicialização da política: o Judiciário exerce poder sobre o processo político?

Marco Antonio Martin Vargas¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1 - Introdução

Ao longo da história, a tripartição de poderes foi objeto de estudo de grandes pensadores e juristas, entre os quais podemos citar Platão, Aristóteles, Locke, Montesquieu, vindo a culminar na atribuição a três órgãos independentes e harmônicos das funções de legislar, executar e julgar. Contemporaneamente, os principais mestres em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado também reconhecem a origem da divisão funcional de poder, mais conhecida como “separação de poderes”.

Não é demais lembrar que o alicerce da maioria das organizações de governo das democracias ocidentais está moldado na citada tripartição, o que consta, inclusive, do consagrado art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)².

De igual modo, o modelo tripartite foi adotado por nosso Constituinte, havendo previsão expressa no art. 2º da Carta Magna, segundo o qual: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Entretanto, não raras vezes, um poder adentra no campo de atuação do outro, advindo daí o *checks and balances of power*, ou seja, os freios e contrapesos, com o objetivo de proteger e resguardar os direitos e liberdades do indivíduo.

Em uma democracia madura, o Legislativo tem o papel de fiscalizar o Executivo, determinar o destino dos nossos impostos por meio do Orçamento da União, estabelecer pauta de prioridades nacionais, promover as reformas necessárias e referendar (ou rejeitar) as escolhas para cargos estratégicos como ministros do Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional da Justiça, Superior Tribunal de Justiça, além de presidentes do Banco Central e outras agências reguladoras. Servem de exemplos de ações do Congresso a promoção do *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor de Mello, a criação da Lei da Ficha Limpa e a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal e do Marco Civil da *Internet* – para ficarmos apenas em uns poucos exemplos. Não há democracia que se preze sem um legislativo atuante.

Entretanto, na prática, nosso Poder Legislativo não vem exercendo com eficácia seu papel básico, qual seja, o de “legislar”. O tormento da questão evidencia-se no fato de o Judiciário constantemente se deparar com uma legislação omissa e retrógrada quando do julgamento dos casos concretos, ou mesmo com situações postas sem a necessária e adequada legislação.

¹ Juiz Assessor da Corregedoria do Tribunal Regional Eleitoral e Conselheiro da Escola Judiciária Eleitoral Paulista.

² Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

A outro passo, nossa população não se comporta mais como a “Velhinha de Taubaté”, personagem do cronista e romancista Luis Fernando Veríssimo², famosa por ser “a última pessoa no Brasil que ainda acreditava no governo”, como definido pelo próprio autor³. Em junho do ano passado tivemos uma prova disso. O povo brasileiro foi às ruas para protestar contra os políticos, por não se sentir representado por estes. Assim, na tentativa de atender aos anseios sociais, a Justiça vem exercendo atividade regulamentar de forma ostensiva e, por diversas vezes, ultrapassa as fronteiras e limites do Judiciário para inovar em matéria legislativa. Essa atividade provoca verdadeiro deslocamento de poder, hipótese de neoconstitucionalismo que vem sendo tratado por muitos autores como “Judicialização da Política”⁴.

Também pudera, o órgão responsável pelo processo de extinção do “ato de tirar a caneta do bolso, preencher a cédula de papel e colocá-la na urna de lona”, substituindo-o pela urna eletrônica, sinônimo de transparência, confiança e competência, vem mostrando conduta proativa em assuntos diversos de sua alçada, entre os quais destacaremos três temas: infidelidade partidária, verticalização das coligações e invalidação dos votos de legenda.

Contudo, em todos esses casos a Justiça aparentemente extrapolou o poder regulamentar, criando regras e restrições além daquelas já existentes, advindo daí a indagação: o Judiciário exerce poder sobre o processo político? Veríssimo contava que, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, sempre se pensava antecipadamente em como a velhinha iria responder, o que serviria de alicerce para as ações do Legislativo. Com a morte da velhinha em 25 de agosto de 2005, comunicada pelo seu criador e, diante da inexistência de qualquer cidadão com plena confiança no governo, indaga-se: poderia a Justiça Eleitoral em hipóteses pontuais assumir o papel de órgão diverso? Não haveria desequilíbrio nos alicerces que sustentam nossa democracia?

Como se vê, após conceituar o poder político, a separação de poderes, a função jurisdicional, o poder regulamentar e questões correlatas, este artigo perquirirá as três hipóteses em que a Justiça Eleitoral praticamente assumiu o papel de legislador positivo. É certo que a ansiedade dos netos, amigos, vizinhos e simpatizantes da velhinha de Taubaté servirá de justificativa para muitas ações de nossa Justiça Especializada, proativa na sua essência. Mas até que ponto isso é saudável para nossa democracia? Essa e outras indagações nos perseguirão no tramitar deste artigo e servirão de alicerce para questionarmos determinadas ações, resoluções e julgamentos da Justiça Eleitoral.

² Luis Fernando Veríssimo (Porto Alegre, 26 de setembro de 1936) é um escritor brasileiro. Mais conhecido por suas crônicas e textos de humor, mais precisamente de sátiras de costumes, publicados diariamente em vários jornais brasileiros, Veríssimo é também cartunista e tradutor, além de roteirista de televisão, autor de teatro e romancista bissexto (http://pt.wikipedia.org/wiki/Luis_Fernando_Verissimo).

³ VERÍSSIMO, Luis Fernando. *A velhinha de Taubaté*. Porto Alegre: L&PM, 1983. p. 35.

⁴ O direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nas últimas duas décadas que podem ser relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como “neoconstitucionalismo”. Essas mudanças envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (...) e - judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 9-10).

2 - Poder político e separação de poderes

Objeto de considerações por grandes autores em clássicas obras no decorrer da história, a separação de poderes surgiu com o objetivo fundamental de limitar o poder do homem. Decorrência natural do aperfeiçoamento e organização das sociedades, determinados homens assumiram as funções de poder, unindo-se em grupos nos quais os mais fortes sempre prevaleciam contra os mais fracos, sendo assim, sucessivamente, substituídos por seus herdeiros, o que deu origem às monarquias absolutas.

Como se vê, o poder⁵ é algo natural e implícito da convivência social, viés que firma as bases da obediência civil e do poder. Por sua vez, o Estado é a institucionalização do poder político para a realização do bem comum. O poder político – ou poder estatal – é a possibilidade coercitiva que o Estado possui para se auto-organizar, formar sua estrutura, disciplinar regras de direito, equilibrar o poder social, bem como definir relações entre particulares e administrados, sempre objetivando o bem comum.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho preleciona que “não há, nem pode haver, Estado sem poder. Este é o princípio unificador da ordem jurídica e, como tal, evidentemente, é uno”⁶. Assentada a lição do preclaro doutrinador, denota-se ser necessária a existência do poder político como braço coercitivo do Estado, sobretudo para impor determinados atos ao conjunto social.

Todavia, o que deve ser verificada é a forma de distribuição desse poder. Concentrado nas mãos de uma pessoa? Sem dúvida esta não seria a melhor opção, sobretudo quando analisada sob a ótica das históricas monarquias absolutas que, sem freios ou paliativos, se mostraram corruptas e tiranas. Ao contrário, a distribuição de funções a órgãos independentes e harmônicos mostrou-se a melhor alternativa na busca da igualdade social e do pleno exercício do governo, vez que somente um poder freia outro poder, e assim estruturado o Estado mostrava-se mais equilibrado e justo.

Não obstante, evidencia-se que as funções estatais deveriam ser separadas, evitando o excesso de poder nas mãos de apenas um indivíduo, e, dessa forma, é necessário estabelecer como se daria esta separação, quais seriam os critérios e atribuições de cada esfera de poder. Afinal, a que princípios esta divisão respeitaria? Como seria o relacionamento de um poder em relação ao outro? Seria um poder superior aos demais ou haveria uma independência harmônica entre eles?

Oportuna a lição de Aristóteles, Locke e Montesquieu, conforme preleciona Alexandre de Moraes em seu livro Direito Constitucional:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre ‘separação de poderes’, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade,

⁵ Afonso da Silva define poder como: “(...) um fenômeno sócio-cultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros: 2008. p. 106-107).

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 131 p.

*foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal.*⁷

No Brasil, como mencionado anteriormente, a Constituição de 1988 adotou expressamente a separação dos poderes, constando do seu art. 2º que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Ademais, trata-se de princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, consagrado pelo constituinte originário como cláusula pétrea no art. 60, § 4º, inc. III, da Constituição Federal, a lição: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) a separação de poderes”.

Em lapidares palavras, não compete ao Poder Judiciário editar leis. Ocorre que, no uso do poder regulamentar, o c. TSE tem invadido a seara do poder legislativo, vislumbrando-se equívoco no direito eleitoral regulador.

3 - Direito eleitoral regulador: poder regulamentador, uso indevido e seus reflexos no processo eleitoral

Sob o aspecto formal, os regulamentos são atos administrativos, não baixados pelo Poder Legislativo, mas, sim, por autoridades administrativas do Poder Público. Nas palavras de Esmein, “o poder regulamentar é totalmente distinto do poder legislativo, pois regulamento não é lei. O regulamento na execução da lei é completamente subordinado a esta. Assim, para o autor, o regulamento só pode desenvolver e completar os detalhes das normas postas. Ele não pode revogar, nem contrariar, deve, sim, respeitar a sua letra e seu espírito.”⁸

No Brasil, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello divide os regulamentos da seguinte forma: (i) executivos, ou de execução; (ii) autorizados ou delegados; (iii) independentes ou autônomos.⁹

Regulamentos de execução são aqueles que desenvolvem os textos legais, constituindo os preceitos para a sua melhor eficácia possível, isto é, são regras técnicas de boa execução da lei, para a sua melhor aplicação.

Por sua vez, os regulamentos autorizados ou delegados são aqueles que o Executivo edita “em razão de habilitação legislativa, que lhe é conferida pelo Legislativo”, porém

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 133.

⁸ ESMEIN, Adhémar. *Éléments de droit constitutionnel et comparé*. 5. ed. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 475, p. 610.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1, p. 342 et seq.

nos termos dessa determinação de competência, desenvolve os preceitos constantes da lei de habilitação, que delimita o seu âmbito a respeito.

Os regulamentos independentes ou autônomos, isto é, que têm força de lei, constituem faculdade regulamentar *praeter legem* e mesmo *contra legem* para regular qualquer matéria que constitucionalmente não tenha sido reservada aos órgãos legislativos, pertinentes às relações do Estado-Poder com terceiros, e subdividem-se em orgânicos e regimentais (como regulamentos internos), além dos policiais (como externos).

Feitas essas considerações, em especial no que toca aos regulamentos independentes ou autônomos, indaga-se: o Judiciário poderia inovar em matéria legislativa? Quais os limites formais ou materiais desse poder legiferante? Quais mecanismos poderiam ser utilizados para controlar o exercício dessa função atípica?

Nos dias atuais, a atividade normativa do TSE está positivada na legislação eleitoral brasileira, que atribui a esse órgão competência para expedir instruções de caráter normativo com o objetivo precípuo de regulamentar, organizar e executar as eleições, com toda dinâmica que requer o processo eleitoral. O art. 1º, parágrafo único, combinado com o art. 23, IX, ambos do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), o art. 105 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) e o art. 61 da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995) estabelecem competência privativa ao TSE para expedir as instruções que julgar convenientes à fiel execução dos referidos diplomas normativos.

Convém analisar três hipóteses em que as resoluções eleitorais foram editadas e validadas ao arrepio das leis e da Carta Magna, a saber: (1) infidelidade partidária; (2) verticalização das coligações; (3) invalidação dos votos de legenda.

3.1 - Infidelidade Partidária

A Carta Magna prevê no art. 17, § 1º, que o estatuto do partido deve estabelecer “normas de disciplina e fidelidade partidária”. Por certo, o art. 25 da Lei nº 9.096/95 estatui:

O estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários.

Ainda, prevê o art. 26 da citada lei, que perderá “automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito”. Como se vê, da leitura conjugada da constituição e da lei ordinária, não se vislumbra hipótese de infidelidade que possa gerar perda de mandato.

Nesse contexto, verifica-se que a infidelidade partidária se restringiu ao campo administrativo, isto é, regulou apenas as relações entre filiado e partido. Na prática,

durante muitos anos, o mandatário podia contrariar a orientação da grei ou abandoná-la, verdadeiro troca-troca fisiológico, sem qualquer sanção. A propósito, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que a Constituição não adotava o princípio da fidelidade partidária, o que se depreende de trecho do Mandado de Segurança n.º 20.927-5, relatado pelo Ministro Moreira Alves (DJ 26-3-1993, p. 5002), a saber:

Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de Partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças ao voto de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (arts. 5º, LXX, a; 58, §§ 1º e 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o art. 55.

Em razão de posicionamentos como o acima exposto, tornou-se prática recorrente em nossa democracia a troca desenfreada de partidos, fato que foi destacado com ênfase na mídia.

A propósito, Jairo Nicolau, em artigo publicado no Jornal do Brasil, ressaltou:

Uma boa forma de dimensionar o fenômeno das trocas de partido no Brasil é observar a Câmara dos Deputados. A soma de todos os deputados federais das três últimas legislaturas (1987-1991, 1991-1995, 1995-1998) totaliza 1.503. Destes, nada menos do que 467 (31%) abandonaram o partido pelo qual foram eleitos durante a legislatura.

Alguns deputados protagonizaram casos bizarros. O deputado Onaires Moura (PR), eleito em 1990 pelo PMDB, trocou sete vezes durante o mandato, até que voltou ao partido para se recandidatar na eleição seguinte. O deputado João Mendes, eleito pelo PPB do Rio de Janeiro, mudou para o PMDB na manhã de um dia, e na tarde desse mesmo dia já estava de volta ao PPB.

Outro dado importante é que as trocas se concentram nos meses próximos a setembro dos anos ímpares. Desta forma, o político garante sua elegibilidade nas eleições seguintes, já que a legislação exige pelo menos um ano de filiação partidária para se candidatar a qualquer cargo.

As evidências de que partidos contam pouco para os eleitores são muitas. Pesquisa feita pelo IUPERJ, na cidade do Rio de Janeiro, em 1994, revelou que 74% dos eleitores escolhem seus deputados federais independentemente do partido. Pesquisa feita pelo IBGE, em 1996, mostrou que 68% dos entrevistados consideram, para a escolha eleitoral, o candidato mais importante do que o partido.

Algum mecanismo precisa ser adotado para desestimular as trocas de partido. Há os que defendem que o político perca o mandato, caso abandone a legenda pelo qual foi eleito. Tal proposta é acompanhada por um debate interminável sobre o mandato pertencer ao partido ou

ao parlamentar. Considerando o nosso sistema eleitoral de lista aberta – que combina o esforço individual dos candidatos nas campanhas com a distribuição das cadeiras levando em conta a soma dos votos partidários – os dois lados têm uma certa razão.¹⁰

No julgamento conjunto dos Mandados de Segurança 22.602, 22.603 e 22.604, a Corte Superior decidiu que a regra de fidelidade partidária é “um corolário jurídico lógico e necessário do sistema constitucional positivado” (MS 26.604, rel. Min. Cármen Lúcia). Lastreado nesse entendimento, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução 22.610 de 2007, que disciplina o processo de *perda de cargo eletivo* por desfiliação sem justa causa. Assim, o mandatário infiel, que é eleito *graças ao partido* e com verbas públicas do fundo partidário e propaganda eleitoral gratuita, perde o mandato *caso não prove* a existência de hipóteses especialíssimas de justa causa. A saber: I) incorporação ou fusão do partido; II) criação de novo partido; III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; e IV) grave discriminação pessoal.

No entanto, como bem observado pelo doutrinador José Jairo Gomes,

a Resolução nº 22.610/2007 apresenta nítido caráter jurisdicional, e não meramente administrativo, pois o Estado não poderia intervir ex auctoritate propria no patrimônio jurídico de alguém para dele sacar um bem e atribuí-lo a outrem, máxime se houver discordância do prejudicado. Isso só poderia ocorrer sob a égide do exercício do poder jurisdicional, e ainda assim com estrita observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Ademais, diferentemente do que ocorre no exercício de função administrativa, não se prevê a atuação espontânea do Estado-Administração (aqui representado pelo órgão judicial eleitoral), devendo haver provocação da parte interessada (princípio dispositivo: ne procedat iudex ex officio). Deveras, somente as pessoas arroladas naquela norma (partido político, alguém com interesse jurídico e Ministério Público) detêm legitimidade ativa para pleitear a perda do mandato. Evidencia-se, pois, que o exercício do direito de ação deverá suscitar a atuação da jurisdição. Como se sabe, o art. 22, I, da Constituição reservou à União (e não ao TSE) competência privativa para legislar sobre direito processual; e também, nos termos do art. 5º, LIV, desse mesmo diploma, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Assim, somente ao Parlamento é dado inovar na ordem jurídica, instituindo regras atinentes ao exercício do direito fundamental de ação, tais como competência, legitimidade ativa e passiva, prazo, defesa, prova e recurso.¹¹

É curioso examinar que a Resolução TSE nº 22.610/2007, baixada pelo TSE no uso de suas atribuições (art. 23, inc. XVIII, do Código Eleitoral), na verdade, por seu conteúdo abstrato, inovou em matéria legislativa, criando regras e prazos processuais, razão pela qual sua constitucionalidade foi levada ao Supremo Tribunal Federal pelo

¹⁰ NICOLAU, Jairo. *Jornal do Brasil*, 10 jun. 2001.

¹¹ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 96-97.

Procurador-Geral da República, tendo sido ajuizada ADI nº 4.086, distribuída ao Ministro Joaquim Barbosa. A inconstitucionalidade também foi objeto da ADI nº 3.999 impetrada pelo Partido Social Cristão – PSC, ocasião em que o requerente afirmou que a resolução violou reserva de lei complementar para definição das aptidões de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição), usurpou competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84 da Constituição) e, por estabelecer regras de caráter processual, como o modelo de petição inicial e das provas, o prazo para resposta e as consequências para a revelia, os requisitos do direito de defesa, o julgamento antecipado da lide, a disciplina e o ônus da prova, a resolução do TSE afrontou a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV, da Constituição, bem como invadiu competência legislativa, desgastando o princípio da separação dos Poderes (arts. 2º, 60, § 4º, da Constituição).

Ao final, as ações diretas de inconstitucionalidade foram julgadas improcedentes, considerando, pois, válidas as resoluções adotadas pelo TSE até que o Congresso Nacional disponha sobre a matéria.

Nesse proceder, constata-se que o Poder Judiciário extrapolou seu poder regulamentar para, em julgamento eminentemente político definir, a partir da análise do sistema proporcional e princípios constitucionais como defesa do direito das minorias parlamentares e a própria democracia partidária, a titularidade do mandato eletivo pelo partido político.

3.2 - Verticalização das coligações

Às vésperas das eleições de 2002, precisamente sete meses antes do pleito, na sessão de 26 de fevereiro, o TSE enfrentou a Consulta 715/DF formulada em agosto de 2001 pelos deputados federais do Partido Democrático Trabalhista – PDT Miro Teixeira (RJ), José Roberto Batocchio (SP), Fernando Coruja (SC) e Pompeo de Mattos (RS), que indagava: “Pode um determinado partido político (partido A) celebrar coligação para eleição de Presidente da República com alguns outros partidos (partidos B, C e D) e, ao mesmo tempo, celebrar coligação com terceiros partidos (E, F e G, que também possuem candidato à Presidência da República) visando à eleição de Governador?”.

Após parecer do Procurador-Geral Eleitoral Geraldo Brindeiro, que possibilitava coligações sem vinculações, sobreveio relatoria do Ministro Garcia Vieira que, acolhendo parecer da Assessoria Especial da Presidência do c. Tribunal Superior Eleitoral, fundado em precedente do próprio Tribunal (Res. TSE nº 20.121/98), respondeu negativamente à consulta.

Em que pese vencido, de bom alvitre ressaltar o posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence, que discordava do relator por entender que a questão central envolvia a compreensão do sentido da expressão “dentro da mesma circunscrição”, do art. 6º da Lei das Eleições: “Art. 6º. É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário”. O conceito de circunscrição, por sua vez, encontra-se no art. 86 do Código Eleitoral: “Nas eleições presidenciais, a circunscrição será o país, nas eleições federais e estaduais, o Estado; e nas municipais, o respectivo Município”.

No entender do citado Ministro, o relator estava equivocado ao considerar o conceito de circunscrição no sentido geográfico e assim transpor a vedação de formação de mais de uma coligação para a eleição majoritária e proporcional, na circunscrição “País” (eleição presidencial), para as demais circunscrições, no caso, para a circunscrição “Estado” (eleição de governadores, deputados e senadores), impondo a coerência de cima para baixo, isto é, a verticalização de coligações, ao argumento de que a circunscrição país engloba a circunscrição dos estados federados.

Decisivo para a formação da maioria no Tribunal foi o voto proferido pelo então Presidente da Corte, Ministro Nelson Jobim, que adotou como critério central de interpretação o “caráter nacional dos partidos políticos no Brasil”, definido pela Constituição (art. 17, I).

Nas palavras do Ministro Nelson Jobim: “(...) Admitir coligações estaduais assimétricas com a decisão nacional é se opor ao caráter nacional e à ação de caráter nacional, que a Constituição e a lei impõem aos partidos. A condição do caráter nacional, tanto da Constituição como da lei é incompatível com coligações híbridas, que não respeitem o paradigma nacional”.

Assim, visando à coerência partidária ideológica, sob a presidência do Min. Nelson Jobim, o TSE respondeu à referida consulta negativamente, assentando que “os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de Estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial”.

Como bem observado por Manoel Carlos de Almeida Neto, em obra de excelência à análise do poder regulador, vencido na assentada, o Min. Sepúlveda Pertence lançou a seguinte advertência:

O juízo de conveniência, confiado ao TSE, tem por objeto a expedição ou não de instrução, não o seu conteúdo. Este, destinado à execução do Código – e, obviamente, a todo o bloco da ordem jurídica eleitoral, está subordinado à Constituição e à lei. É verdade – além de explicitar o que repute implícito na legislação eleitoral, viabilizando a sua aplicação uniforme – pode o Tribunal colmatar-lhe lacunas técnicas, na medida das necessidades de operacionalização do sistema gizado pela Constituição e pela lei. Óbvio, entretanto, que não as pode corrigir, substituindo pela de seus juizes a opção do legislador. Por isso, não cabe ao TSE suprir lacunas aparentes da Constituição ou da lei, vale dizer o ‘silêncio eloquente’ de uma ou de outra¹².

O Tribunal Superior Eleitoral transformou em norma geral e abstrata a deliberação administrativa, de modo que inseriu o entendimento exposto na Consulta 715/DF, de espécie “consultiva”, para outro processo administrativo julgado na mesma sessão: a Instrução 55/DF, rel. Min. Fernando Neves - Res. do TSE 20.993, de 26.02.2002, da espécie “normativa”, com força de lei em sentido material.

¹² NETO, Manoel Carlos de Almeida. *Direito Eleitoral Regulador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 180.

A resposta da Consulta 715/DF resultou no art. 4º da Res. TSE 20.993, *in verbis*: “Art. 4º (...) § 1º Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de Estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei 9.504/1997, art. 6º, Consulta 715, de 26.02.2002)”.

A decisão de verticalização proferida pelo TSE foi alvo de Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.626 e 2.628 propostas pelos partidos PT, PSB, PC do B, PL (atual PR), PPS e PFL (atual DEM).

Ocorre que, quando do julgamento das citadas ações, prevaleceu o entendimento de que não seria cabível ação direta de inconstitucionalidade contra uma resolução proveniente de consulta, em tese, nem para interpretar norma infraconstitucional (art. 6º da Lei das Eleições), conforme ementa que segue:

Ação direta de inconstitucionalidade. § 1º do art. 4º da Instrução 55, aprovada pela Res. 20.993, de 26.02.2002, do TSE. Art. 6º da Lei 9.504/1997. Eleições de 2002. Coligação partidária. Alegação de ofensa aos arts. 5º, II e LIV, 16, 17, § 1º, 22, I e 48, caput, da CF. Ato normativo secundário. Violação indireta. Impossibilidade do controle abstrato de constitucionalidade. Tendo sido o dispositivo impugnado fruto de resposta à consulta regularmente formulada por parlamentares no objetivo de esclarecer o disciplinamento das coligações tal como previsto pela Lei 9.504/1997 em seu art. 6º, o objeto da ação consiste, inegavelmente, em ato de interpretação. Saber se esta interpretação excedeu ou não os limites da norma que visava integrar, exigiria, necessariamente, o seu confronto com esta regra, e a Casa tem rechaçado as tentativas de submeter ao controle concentrado o de legalidade do poder regulamentar. Precedentes: ADI 2.243, rel. Min. Marco Aurélio, ADI 1.900, rel. Min. Moreira Alves, ADI 147, rel. Min. Carlos Madeira. Por outro lado, nenhum dispositivo da Constituição Federal se ocupa diretamente de coligações partidárias ou estabelece o âmbito das circunscrições em que se disputam os pleitos eleitorais, exatamente, os dois pontos que levaram à interpretação pelo TSE. Sendo assim, não há como vislumbrar, ofensa direta a qualquer dos dispositivos constitucionais invocados. Ação direta não conhecida. Decisão por maioria.

Portanto, não foi aceito pela Corte Suprema o argumento despendido pelas agremiações partidárias de que o TSE teria “legislado” sem ter competência para tanto.

Nesse sentido, como bem apontado por Manoel Carlos de Almeida Neto¹³:

evidente o equívoco do entendimento sufragado uma vez que a Instrução 55 não se tratava de mera consulta administrativa. O plenário não soube diferenciar duas resoluções formalmente distintas: (i) a

¹³ NETO, Manoel Carlos de Almeida. *Direito Eleitoral Regulador*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 181.

Res. 21.002 (Consulta 715): meramente “consultiva”; e a Res. 20.993 (Instrução 55); ato normativo impregnado de generalidade, abstratividade e impessoalidade, com força de lei em sentido material, como uma Instrução para as Eleições 2002. A tese vencedora apoiou-se em uma premissa falsa: de ser a norma impugnada mera consulta administrativa e em outra questionável: de que as resoluções eram atos regulamentares secundários e, portanto, imunes ao controle de constitucionalidade perante o STF.

Sem dúvida alguma, ao baixar a instrução regulando a formação das coligações partidárias, exerceu a Corte Eleitoral ato normativo e autônomo e por isso atacável em ação direta de inconstitucionalidade, a teor do art. 102, inc. I, alínea “a”, da Constituição Federal, já que evidente ofensa ao princípio da legalidade, tendo sido usurpada a competência privativa do Congresso Nacional.

Ante o ocorrido, coube ao Congresso Nacional impor limite ao ativismo judicial eleitoral promulgando a EC 52, que deu nova redação ao § 1º do art. 17 da CF para disciplinar as coligações eleitorais, conforme regra que segue:

É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária (EC 52, de 08/03/2006).

Nessa linha, denota-se inequívoca inconstitucionalidade da Res. TSE 20.993/2002 que inovou em matéria constitucional, tanto que somente uma emenda à Constituição desconstituiu seus efeitos, qual seja, EC 52/2006, que pôs fim à obrigatoriedade de verificação das coligações.

3.3 - Invalidação dos votos de legenda

O Tribunal Superior Eleitoral implementou modificação no sistema político-eleitoral ao prever anulação, para todos os efeitos, inclusive para a legenda, do cômputo dos votos atribuídos a candidatos que tiveram o registro de candidatura indeferido após o dia da eleição.

A referida modificação foi incluída na seara jurídica por meio do art. 147 da Resolução TSE nº 23.218/2010, bem como pelo art. 136 da Resolução TSE nº 23.372/2011. Mostra-se pertinente a transcrição dos artigos:

Resolução TSE nº 23.218/2010 - Art. 147. Serão nulos, para todos os efeitos, inclusive para a legenda, os votos dados a candidatos ilegíveis ou não registrados (Código Eleitoral, art. 175, § 3º, e Lei 9.504/1997, art. 16-A). Parágrafo único. A validade dos votos dados a candidato cujo registro esteja pendente de decisão, assim como o seu cômputo para o respectivo partido ou coligação, ficará condicionada ao deferimento do registro (Lei 9.504/1997, art. 16-A).

Resolução TSE nº 23.372/2011- Art. 136. Serão nulos, para todos os efeitos, inclusive para a legenda: I – os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados (Código Eleitoral, art. 175, § 3º, e Lei 9.504/1997, art. 16-A); II – os votos dados a candidatos com registro cassado, ainda que o respectivo recurso esteja pendente de apreciação; III – os votos dados à legenda de partido considerado inapto. Parágrafo único. A validade dos votos dados a candidato cujo registro esteja pendente de decisão, assim como o seu cômputo para o respectivo partido ou coligação, ficará condicionada ao deferimento do registro (Lei nº 9.504/1997, art. 16-A).

Sem dissenso, o exemplo acima é mais uma hipótese em que o c. Tribunal Superior Eleitoral invadiu competência legislativa ao condicionar o cômputo dos votos de legenda ao deferimento do registro, de forma genérica e sem marco temporal, a despeito do que impõe o art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral, *in verbis*:

Art. 175. (...)

§ 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados. (Parágrafo remunerado pelo art. 39 da Lei 4.961, de 04/05/1996).

§ 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro. (Incluído pela Lei 7.179, de 19/12/1983).

Como bem observado por Manoel Carlos de Almeida Neto¹⁴,

ignorou-se, solenemente, o § 4º do art. 175 do Código Eleitoral que assegura a validade e o cômputo dos votos para o partido ou coligação, quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro foi proferida após a realização da eleição. (...) o mencionado dispositivo teve em mira proteger o sufrágio universal e a vontade do eleitor que, de boa-fé, no dia da eleição, deposita o seu voto em candidato com registro deferido pela Justiça Eleitoral, ainda que esteja sub judice por eventual recurso das partes. (...) Ora, se no dia da eleição o candidato está com registro deferido, ou seja, com a chancela da Justiça Eleitoral, esse voto, caso seja posteriormente anulado, não pode ser tratado como se absolutamente nulo fosse, sob pena de afronta a inúmeros vetores constitucionais como a segurança jurídica, proteção da confiança e o dispositivo vigente do Código Eleitoral. Portanto, caso esse voto seja anulado pelo Judiciário após a eleição, o candidato fica inelegível ou perde o seu mandato, mas o sufrágio vale para o partido conforme impõe o § 4º, do art. 175 do Código Eleitoral.

¹⁴ NETO, Manoel Carlos de Almeida. *Direito Eleitoral Regulador*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 190-191.

Entretanto, o TSE firmou entendimento de que o parágrafo único do art. 16-A da Lei nº 12.034/2009 revogou o § 4º do art. 175 do Código Eleitoral. Nesse proceder, esta Justiça Especializada baixou e aplicou a sua própria resolução que, a toda evidência, invadiu seara legislativa, desprezando o valor do sufrágio universal, a segurança jurídica e o princípio da fidelidade partidária.

A propósito, pertinente a citação do art. 16-A da Lei das Eleições:

O candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior. (Incluído pela Lei 12.034/2009).

Parágrafo único. O cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja sub judice no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro de candidato. (Incluído pela Lei 12.034/2009).

Da análise conjunta do parágrafo único do art. 16-A da Lei das Eleições e do § 4º do art. 175 do Código Eleitoral, verifica-se que referidos mandamentos legais coexistem e se complementam, visto que o primeiro trata de candidatos com registro indeferido e sub judice no dia da eleição, já o segundo diz respeito ao candidato que tiver o seu indeferimento após o pleito. Assim, em nenhum momento extrai-se da interpretação sistemática dos artigos a conclusão de que seriam nulos os votos dados àquele candidato cujo registro foi indeferido posteriormente à eleição.

Por isso, é seguro dizer que a Resolução TSE nº 23.218/2010 ao anular os votos dados a candidatos que tiveram o registro de candidatura indeferido após o pleito, na verdade, legislou e impôs efeito não previsto propositadamente pelo legislador, razão pela qual a questão é objeto das ações diretas de inconstitucionalidade nº 4.513 e 4.542 e das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 223 e 238, sem previsão para julgamento.

Salta aos olhos a inadequação do regramento da validade do voto de legenda por meio de resolução. Assim, caberá ao Poder Legislativo elaborar nova redação ao parágrafo único do art. 16-A da Lei das Eleições, impondo expressamente seu posicionamento acerca da validade ou não dos votos de legenda.

4 - Conclusão

Os limites “do regular ao legislar” e “do legislar ao regulamentar” nem sempre são claros e entre as duas competências medeia uma zona de fronteira, indecisa, porventura comum. Muitas vezes a Justiça Eleitoral, em resposta aos anseios sociais, praticamente criou leis independentes, assumindo função de poder diverso.

Esta não se mostra a melhor alternativa. Ao assumir a função legiferante, o Judiciário afrontou princípios e teorias desenvolvidas há séculos, abandonando os ensinamentos de Platão, Aristóteles, Locke e Montesquieu, além de ofender texto expresso da Constituição, visto que a separação de poderes é cláusula pétrea de nossa democracia.

Veja-se que, na verdade, toda problemática advém da falta de amadurecimento de nosso eleitorado. Ora, de nada adiante queixar-se do Congresso, reclamar dos políticos e criticar a falta de representatividade de nossa democracia, se não sabemos escolher bem nossos “homens das leis”. A escolha de bons parlamentares é tão ou mais importante que a do presidente da República, haja vista que são eles que redigem as leis, que deveriam atender aos interesses sociais. Infelizmente, no primeiro domingo de outubro de 2014, vimos um eleitorado ainda imaturo ou revoltado (essa questão merece análise detida de cientistas sociais) eleger, com milhões de votos, artistas, humoristas, cantores, entre outras figuras despreparadas para o exercício do “ofício de legislar”.

Ante a inoperância legislativa, e em consideração à memória da “Velhinha de Taubaté”, não existe outra alternativa à Justiça Eleitoral senão regulamentar pontos cruciais do processo eleitoral, ainda que tais atos sejam posteriormente contestados sob o fundamento de que inconstitucionais. Sem dúvida, de um modo geral, os efeitos benéficos advindos da judicialização da política, ainda que temporários e posteriormente declarados inconstitucionais, prevalecem sobre os malefícios da invasão dos poderes.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. vol. 1, p. 342 et. seq..
- ESMEIN, Adhémar. *Éléments de droit constitutionnel et comparé*. 5. ed. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 475, p. 610.
- CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Bauru: Edipro, 2010. p. 548-549.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 363.
- LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 9-10.
- LENZA, Pedro. *Direito eleitoral esquematizado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. p. 477-479.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 133.
- NETO, Manoel Carlos de Almeida. *Direito eleitoral regulador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 59.
- NICOLAU, Jairo. *Falta de fidelidade partidária anula o voto*. *Jornal do Brasil*, 10 jun. 2001.
- PEREIRA, Luiz Márcio. *Propaganda política*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 257-258.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 445- 486.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- VERÍSSIMO, Luis Fernando. *A velhinha de Taubaté*. Porto Alegre: L&PM, 1983. p. 35. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Luis_Fernando_Verissimo>.

Precedentes judiciais e separação de poderes

*Thiago Baldani Gomes De Filippo*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. Aspectos gerais sobre o princípio da separação dos poderes. 2. Neoconstitucionalismo e insegurança. 2.1. Compreensão e características do neoconstitucionalismo. 2.2. Neoconstitucionalismo e insegurança jurídica. 2.3. Precedentes no Novo Código de Processo Civil. 3. Precedentes obrigatórios e separação de poderes. Conclusão.

Introdução

Após o período da ditadura militar (1964-1985), promulgou-se a Constituição de 1988, que significou um novo recomeço democrático ao País, cujo Estado foi constitucionalmente estruturado com base no princípio da separação dos poderes e, principalmente, no respeito aos direitos fundamentais, visando à concretização, na maior medida possível, do postulado da pessoa humana.

A partir desses paradigmas, o Brasil vem atravessando transformações profundas, que afetam diretamente o nosso sistema jurídico. Busca-se a efetividade das normas constitucionais, a tutela intransigente dos direitos básicos do indivíduo e a transformação social pela via do processo, surgindo como consequência natural desse cenário o protagonismo do Judiciário na implementação de valores, ainda que suas decisões aparentemente se contraponham às leis.

O cenário posto traz as marcas do neoconstitucionalismo que, em princípio, é benéfico, porque apresenta os instrumentos necessários para a realização da justiça por meio do processo, assegurando o ativismo judicial. Todavia, ele acarreta inegável insegurança, na medida em que, ainda que todos os juízes estejam imbuídos do mesmo ideal, entendimentos mais díspares podem surgir acerca de temas idênticos.

Para se corrigir esse problema, vivenciamos uma tendência em nosso Direito de se conferir deferência às posições consolidadas pela jurisprudência, principalmente aquelas de nossa Corte Suprema e tribunais superiores, como maneira de se assegurar certo grau de previsibilidade e uniformidade às decisões judiciais. Assim, os casos originariamente decididos, respeitadas as regras de competência recursal e algumas peculiaridades, passam a ser obrigatoriamente seguidos nos julgamentos de questões idênticas pelos demais órgãos judiciários que estivessem vinculados àquele que foi o responsável pela edição do precedente.

Desse modo, algumas decisões, ou as regras que podem ser extraídas de um conjunto delas, deixam de ser necessariamente atomizadas, jungidas às partes em litígio,

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Comparado pela Samford University (EUA). Juiz Formador da Escola Paulista da Magistratura.

para produzirem efeitos vinculantes externos, com aplicabilidade aos casos idênticos ou muito semelhantes. Essa implicação conduz a um debate acerca da supressão da função do Legislativo, na medida em que o Poder Judiciário passaria a editar regras gerais, papel tradicionalmente relegado às leis.

Situada a questão, neste trabalho, de início, pretendemos realizar certos apontamentos sobre o princípio da separação dos poderes e, após explicarmos os motivos que nos têm conduzido à adoção de um sistema de precedentes obrigatórios, expor os motivos pelos quais acreditamos inexistir invasão alguma às competências do Poder Legislativo.

1. Aspectos gerais sobre o princípio da separação dos poderes

A separação dos poderes compõe a própria *ratio essendi* do Estado, tratando-se de princípio estrutural conformador do domínio político, de modo a estabelecer os órgãos encarregados do exercício de cada poder (plano institucional), as funções desempenhadas por cada órgão (plano funcional) e as articulações existentes entre eles e as estruturas sociais: grupos, classes e partidos (plano sociocultural).²

Historicamente, ele surgiu como um mecanismo de limitação do poder real, de contenção das arbitrariedades e preservação das liberdades individuais,³ sem representar, contudo, um esquema rígido, um dogma intemporal. Para ser adequadamente compreendido, ele deve ser analisado à luz da ordem constitucional a que pertence, conformando-se a ela.⁴ Na verdade, ele é componente cultural, variando de país para país.⁵

A ideia de contenção de arbitrariedade como forma de preservação da liberdade não é nova. Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.), em sua obra *Política*, já ressaltava a inconveniência de se concentrar todo o poder político nas mãos de um só homem, *sujeito a todas as possíveis desordens e afeições da mente humana*.⁶

Todavia, construções mais sólidas do princípio foram formuladas vários séculos depois por John Locke (1632-1704) e por Montesquieu (1689-1755). A defesa da liberdade individual era objetivo coincidente em ambas as teorias, cujas estruturas, todavia, apresentavam-se diversas.

Locke arquitetou os poderes políticos a partir da compreensão de que todos os homens gozam de liberdade perfeita para as suas ações, com os limites impostos pelo direito natural, e também de igualdade, que lhes garante a mais perfeita reciprocidade.⁷ Para ele, os poderes seriam o legislativo, o executivo, o federativo e o prerrogativo. O legislativo seria o *supreme power* e exercido pelo Parlamento, composto pela Câmara Baixa (membros eleitos) e pela Câmara Alta (*Lords* da alta nobreza). Por outro lado, o executivo seria afeto às tomadas de decisões internas; o federativo, exercido nas relações externas e para o direito internacional; e o prerrogativo, encarregado de deliberar em casos de guerra e situações emergenciais; todos eles seriam entregues à Coroa, a quem estariam também subordinados todos os tribunais. Por influência de Locke, ainda

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 556.

³ LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976. p. 57.

⁴ CANOTILHO, ob. cit., p. 557.

⁵ STRECK, Lênio; OLIVEIRA, Fábio. *Comentários à Constituição do Brasil*. CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145.

⁶ Livro III, Capítulo XI, In: *Aristóteles*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 230-234.

⁷ LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Indianapolis: Hackett, 1980. p. 8.

hoje, na Inglaterra, um dos órgãos da Câmara dos Lordes é a *Lords of appeal in ordinary*: onze Lordes nomeados pela Rainha formam uma espécie de corte de cassação, um tribunal de revisão em causas cíveis e criminais.⁸

Por seu turno, Montesquieu, também um liberal ferrenho, lutou contra a realidade política do *Ancien Régime*, acreditando que somente a separação de poderes poderia conferir aos governados a garantia séria de que os poderes estatais seriam legalmente exercidos, sem abusos, assegurando-lhes a sagrada liberdade. Sem nunca ter defendido a ideia de uma separação absoluta e rígida entre os órgãos incumbidos de cada uma das funções estatais, no Livro XI do *Esprit des Lois*, ele diferenciou os poderes legislativo, executivo e judiciário.⁹ Consequentemente, de maneira diversa de Locke, previa a independência do poder judiciário, além da incorporação das funções federativa e prerrogativa para o âmbito do poder executivo.

Muito antes mesmo de Locke e Montesquieu, a necessidade de limitação do poder real foi enfatizada pela *Carta de Liberdades* (1100), documento que serviu de inspiração para a *Magna Carta* do Rei João Sem-Terra (1215), mas foi apenas no último quarto do século XVIII que passou a haver a encampação formal do princípio em sucessivos documentos políticos fundamentais, tais como a *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia* (1776), a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789) e as Constituições dos Estados Unidos (1789),¹⁰ da Polônia (1791), da França (1791) e de Portugal (1822).

No Brasil, à exceção da “Constituição Polaca”, outorgada por Getúlio Vargas em 1937, todas as demais referendaram o princípio da separação dos poderes. A curiosidade é que a Constituição de 1934 foi a única a preferir a expressão *poderes coordenados*, em vez de *poderes harmônicos*.¹¹

Na Constituição atual, o princípio está previsto em seu art. 2º e erigido à condição de cláusula pétrea pelo art. 60, § 4º, inciso III. Sem embargo da impossibilidade de sua abolição, não há meios para se analisar adequadamente a separação de poderes no Brasil, assim como em qualquer outro lugar, sem considerarmos as vicissitudes de cada sistema jurídico e seus mecanismos constitucionais próprios de freios e contrapesos. Textualmente, nossa Constituição estabelece em várias passagens uma cedência recíproca entre os órgãos e todo esse arcabouço marca a nossa concepção de poderes separados e harmônicos,¹² o que não significa que o quadro não possa ser alterado, principalmente por meio de emendas constitucionais.¹³

⁸ CANOTILHO, ob. cit., p. 580-584.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 133.

¹⁰ O mais longo desenho constitucional e quizá a mais bem sucedida aplicação história do princípio da separação dos poderes foi fruto da obra incansável de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, que expuseram fundamentos firmes para a ratificação da Constituição dos EUA, por meio dos 85 artigos (*Federalist Papers*), que mais tarde compuseram o livro “O Federalista”. Observamos também que, contemporaneamente à ratificação da Constituição, John Adams, um dos “pais fundadores” dos EUA, publicou uma obra densa intitulada *Defence of the Constitution of the United States*, defendendo o fortalecimento do Executivo, a necessidade de um Legislativo bicameral e o princípio dos freios e contrapesos. V. ELLIS, Joseph J. *Founding Brothers: The Revolutionary Generation*. New York: Vintage Books, 2002. p. 165.

¹¹ Art. 3º - “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.” (grifo nosso).

¹² Mencionemos algumas hipóteses: o veto (art. 66, § 1º, e 84, V), o *impeachment* (arts. 52, 85 e 86), o controle de constitucionalidade (arts. 102, I, a e 103), as medidas provisórias (art. 62), as leis delegadas (art. 68), o poder do Legislativo sustar atos normativos do Executivo e de fiscalizar e controlar os demais atos (art. 49, V e X), o controle das contas públicas pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas (arts. 70 e 71), o Conselho da República (art. 89), o poder de o Presidente da República conceder indulto e comutar penas (art. 84, XII).

¹³ Observe-se a polêmica Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 33/2011 que, entre outras providências, condiciona o efeito vinculante das súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à chancela do Poder Legislativo, além de submeter ao

Feitas essas considerações iniciais, pretendemos agora apontar o foco deste trabalho: os precedentes judiciais obrigatórios implicariam lesão ao princípio da separação dos poderes, por substituírem a função tradicionalmente ocupada pelas leis de normatização da vida em sociedade?¹⁴ O Poder Judiciário, ao ditar os modos pelos quais certas questões deverão ser resolvidas, arvorar-se-ia na competência reservada ao Poder Legislativo de estabelecer regras gerais de conduta?

Acreditamos que a pertinência do estudo resida na ênfase atual de nosso Direito de atribuir efeitos vinculantes a várias modalidades de decisões judiciais, que determinarão o julgamento de casos idênticos ou muito semelhantes. Essa tendência passou a se evidenciar há pouco mais de uma década, mediante alterações pontuais no Código de Processo Civil¹⁵ e, principalmente, com o estabelecimento em nível constitucional das súmulas vinculantes.¹⁶ O Novo Código de Processo Civil, já em sua exposição de motivos, revela uma preocupação extrema com a necessidade de serem observadas as decisões consolidadas na jurisprudência para o julgamento de casos semelhantes, como meio de se atribuir maior *coesão, organicidade e segurança ao sistema*.¹⁷

Pensamos que a necessidade de serem estabelecidos efeitos vinculantes aos precedentes judiciais seja reflexo da insegurança jurídica promovida pelo neoconstitucionalismo. A seguir, aprofundaremos esse raciocínio para então analisarmos se essa vinculação representa lesão ao princípio da separação dos poderes.

2. Neoconstitucionalismo e insegurança

2.1. Compreensão e características do neoconstitucionalismo

Em linhas gerais, o neoconstitucionalismo pode ser entendido como um novo paradigma surgido após a Segunda Guerra Mundial, como resposta aos movimentos nazista e fascista. No contexto internacional, seus alicerces se assentam na Carta das Nações Unidas (1945), que já apresentava a sua crença nos *direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano* e na subsequente Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), cujo espírito repousa no atributo da *universalidade dos direitos humanos*. Internamente, ele foi deflagrado na Alemanha com a Lei Fundamental de Bonn (1949) e a implantação de seu Tribunal Constitucional Federal (1951), bem como na

Congresso Nacional a apreciação das decisões de inconstitucionalidade de emendas à constituição. Texto da PEC disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E1512C9FB39232601AA9C416D4BD33C7.node2?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011>. Acesso em: 7 out. 2014. Apesar de os contornos do princípio poderem ser moldados pelo Poder Constituinte Derivado Reformador, a constitucionalidade da proposta é duvidosa, na medida em que implicaria no esvaziamento da função precípua conferida ao STF de guardião da Constituição (art. 102, *caput*).

¹⁴ De maneira simples, podemos conceituar os precedentes como as orientações judiciais originárias que podem ser utilizadas para a solução de outros casos, que versem sobre os mesmos assuntos ou assuntos parecidos. Sua aplicação pode ser obrigatória, ou não.

¹⁵ Citemos algumas alterações mais emblemáticas: (a) Lei 10.352/2001: tornou desnecessário o reexame necessário quando a decisão estiver de acordo com a orientação jurisprudencial de Tribunal Superior (art. 475, § 3º); (b) Lei 11.276/2006: o juiz deve deixar de receber o recurso quando a decisão for conforme súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 518, § 1º); (c) Lei 11.418/2006 e Lei 11.672/2008: estabelece o instituto da repercussão geral para os recursos a serem julgados pelo STF e STJ, respectivamente (arts. 543-B e 543-C, respectivamente).

¹⁶ Art. 103-A da Constituição, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004.

¹⁷ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2014.

Itália, com sua nova Constituição (1947) e sua Corte Constitucional (1951). Mais tarde, ele passou a compor os sistemas jurídicos da Grécia (1975), de Portugal (1976) e da Espanha (1978).¹⁸

No Brasil, houve campo propício para a sua adoção somente após a Constituição de 1988. Sem ela, seria inviável a sua invocação, mas o texto se constituiu ato deflagrador necessário para que se forjasse uma hermenêutica peculiar e seus preceitos pudessem ser concretizados pela jurisdição constitucional.

Grosso modo, o neoconstitucionalismo é caracterizado pelo *sentimento de importância exacerbada do texto constitucional, pela ênfase aos princípios que ele veicula, pela proteção máxima aos direitos fundamentais e expansão da jurisdição constitucional, além da aproximação do Direito a preceitos éticos e morais*.¹⁹

Contudo, inexistente unanimidade quanto às suas características. Porém, podemos ressaltar três de seus atributos básicos: (a) a normatização dos princípios; (b) a constitucionalização do Direito; e (c) o protagonismo do Judiciário.

Sob a perspectiva neoconstitucionalista, os princípios deixam de ser meros conselhos, meras opiniões de boa conduta, para apresentarem verdadeira natureza normativa e, ao lado das regras,²⁰ gozarem da aptidão para comporem os fundamentos de decisões judiciais, concretizando-se a partir de julgamentos de casos particulares, sem a necessidade de as regras serem usadas como *pontes ou veículos de princípios*.²¹

Por outra banda, o neoconstitucionalismo também implica reconhecer que todo o sistema jurídico esteja constitucionalizado, situação que muito mais significa que simplesmente se admitir que a Constituição seja hierarquicamente superior a qualquer outra lei. Impõe-se considerar, intransigentemente, a força vinculante da Lei Maior, reconhecendo-se eficácia a todas as normas constitucionais, que passam a ocupar todos os espaços do ordenamento jurídico, impregnando-o, independentemente de autorizações legislativas, ditando condutas também aos órgãos políticos, sem que coisa alguma seja infensa ao controle de constitucionalidade.²²

O neoconstitucionalismo também resulta no protagonismo do Poder Judiciário, que passa a ser o órgão da vez na concretização dos direitos fundamentais, já que o juiz passa a desempenhar a função de *conferir significado concreto e aplicação aos valores*

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 309-345.

¹⁹ DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes*. Porto Alegre: saE, 2012. p. 59-60.

²⁰ Assentado entre nós que regras e princípios são espécies de normas. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91). Por outro lado, há a proposta de Antonie Jeammaud de se substituir essa *teoria deôntica* por uma teoria funcional da normatividade do direito, que leva em conta a vocação de um enunciado (texto normativo) para determinar como as coisas devem ser e, não necessariamente, impor ou proscrever condutas. Sob esse enfoque, os princípios seriam espécies de regras, marcados pelo *alto grau de generalidade* e por sua proximidade aos valores. (GRAU, Eros R. *Por que tenho medo dos juizes*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 105).

²¹ "O ideal (...) seria uma norma que contasse com a rigidez de uma regra e, ao mesmo tempo, uma intensidade valorativa tal qual um princípio. Isto é muito difícil de ocorrer, contudo, pois uma alta carga axiológica não é compatível com uma grande densidade normativa." (DE FILIPPO, ob. cit., p. 88).

²² Apresentam-se os seguintes sintomas da constitucionalização: (a) rigidez constitucional; (b) garantia jurisdicional da Constituição; (c) força vinculante da Constituição; (d) sobreinterpretação da Constituição; (e) aplicação direta das normas constitucionais; (f) interpretação das leis conforme a Constituição; (g) influência da Constituição sobre as relações políticas. Todos os sintomas são vistos hoje no Brasil. (CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definição. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.).

²³ FISS, Owen. *Um novo processo civil*: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 36.

constitucionais.²³ O quadro é também reflexo da crise da democracia representativa, rompendo-se a crença de que as leis promoveriam a igualdade dos indivíduos,²⁴ além da inércia do Executivo na realização de políticas públicas, gerando a desneutralização política do Judiciário.²⁵

Respeitada a independência funcional e o livre convencimento de cada juiz,²⁶ nem sempre as decisões terão a marca do neoconstitucionalismo. No Brasil, porém, verifica-se a plena possibilidade de sua implementação, tratando-se de tendência forte do atual Supremo Tribunal Federal.²⁷

2.2. Neoconstitucionalismo e insegurança jurídica

O neoconstitucionalismo reúne fervorosos defensores e verdadeiros entusiastas, que o admitem como meio de verdadeira transformação social pela via do processo, por meio da concretização dos mandamentos constitucionais.²⁸ Contudo, ele não é infenso a críticas, das mais ferrenhas, inclusive, havendo quem o enxergue como um meio de aniquilação à própria ideia de Estado de Direito, já que poderia ensejar um decisionismo judicial demagógico, que não confere a deferência necessária à capacidade deliberativa dos cidadãos e revela uma faceta autoritária.²⁹

Talvez um de seus reflexos mais negativos seja a insegurança jurídica. A Constitui-

²⁴ “[E]xistem regras de justiça geral, existe uma ordem que está por cima tanto de todas as vontades individuais particularmente consideradas, quando do acordo delas expressado pelo princípio da maioria, uma ordem que deva ser perseguida como tal. As normas de justiça das Constituições atuais estabelecem uma distinção, que pode se converter em contradição, entre interesses individuais e interesses gerais qualitativamente distintos da pura e simples soma dos indivíduos (tradução livre).” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 2009. p. 94).

²⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 193.

²⁶ Art. 93, IX, da Constituição e art. 131 do Código de Processo Civil. “A doutrina processual moderna vem enfatizando que o juiz, embora *escravo da lei* como tradicionalmente se diz, tem legítima liberdade para interpretar os textos desta e as concretas situações em julgamento, *segundo os valores da sociedade*.” (DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 206.).

²⁷ Algumas decisões recentes podem ser lembradas, tais como as que reconheceram caráter concretista às decisões proferidas no bojo de mandados de injunção, conferindo-se eficácia plena às normas constitucionais, independentemente da edição de leis (Mandados de Injunção (MI) 721 e 758); a decisão que, em atenção ao postulado da dignidade humana, admitiu o aborto de feto anencefálico como fato atípico (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54-DF); decisões que conferiram interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil para reconhecer a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277 e ADPF 178), entre tantas outras.

²⁸ CARBONELL, ob. cit., p. 203.

²⁹ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 229. Mesmo nos EUA, onde não se vivencia propriamente o neoconstitucionalismo, há críticas severas sobre o ativismo judicial, característica que marcou a Corte de Earl Warren (1953-1969), pela edição de decisões vanguardistas, tais como: (a) *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), que considerou inconstitucional a separação de crianças brancas e negras nas escolas públicas e determinou a adoção de uma política de integração, afastando-se a regra dos “separados, mas iguais”, adotada em *Plessy v. Ferguson* (1896); (b) *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), que proibiu a utilização de provas obtidas por meios ilícitos por violar a 4ª Emenda, que proíbe buscas e apreensões irrazoáveis; (c) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), que reconheceu o direito constitucional de o sujeito se consultar com um advogado e o de permanecer calado, enfrentando a onda de caça aos comunistas em plena Guerra Fria (1945-1991); (d) *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) e *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), que fortaleceram a liberdade de expressão; (e) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1969), em que cancelaram a existência do direito fundamental à privacidade e reconheceram existirem outros direitos não enumerados na *Bill of Rights*. O ativismo é criticado tanto pela direita conversadora, simpática à autocontenção judicial, quanto por setores de esquerda que defendem o constitucionalismo popular (BARROSO, ob. cit., p. 322-345).

³⁰ Por exemplo, ao mesmo tempo que a Constituição garante o direito de propriedade (art. 5º, XXII), ela determina que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII). Em outra hipótese, esclarece-se que a livre concorrência seja um dos pilares da ordem econômica (art. 170, IV), admitindo-se, contudo, excepcionalmente, a exploração direta pelo Estado de atividade econômica, quando necessária à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173, *caput*).

ção brasileira consagra inúmeros valores, por vezes até contraditórios,³⁰ revelando-se sua heterodoxia, conformando-se a diversas formas de pensamento,³¹ como expressão do regime democrático, quando então a hermenêutica não pode se apartar do princípio da unidade da Constituição, que recomenda ao intérprete que busque a *harmonização possível entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham*.³²

Inseridos no contexto da pós-modernidade, deflagrada a partir da desdogmatização da ciência,³³ experimentamos a derrocada de conceitos absolutos, a partir de transformações velozes e do amplo acesso à informação,³⁴ que fazem esmorecer *interpretações teóricas de larga escala pretensamente de aplicação universal*,³⁵ ensejando inegável insegurança aos mais diversos contextos em nossa sociedade.

Além disso, na seara estritamente jurídica, a insegurança também se evidencia pelo fato de todo o juiz possui o poder de reconhecer a inconstitucionalidade incidental de qualquer lei ou ato normativo³⁶ sem, como regra, suportar o dever de obediência aos entendimentos consolidados pelos tribunais superiores e, sequer, pelo Supremo Tribunal Federal. É o efeito de nosso sistema jurídico assentar raízes no *Civil Law*, que desde a Revolução Francesa (1789) baseou-se na crença, hoje insuficiente, de que as leis bastariam para garantir as mesmas decisões aos julgamentos de casos idênticos ou muito semelhantes, já que aos juízes caberia simplesmente a função de aplicá-las dedutivamente, em exercício silogístico puro, despido de qualquer conteúdo criativo.³⁷

Diferentemente, os juízes dos Estados Unidos, por exemplo, afeiçoados ao *Common Law*,³⁸ nunca se sentiram absolutamente vinculados aos atos do Poder Legislativo³⁹ e tradicionalmente embasavam suas decisões nos valores consagrados pela tradição e

³¹ A heterodoxia é evidente na consagração das *formas de expressão e dos modos de criar, fazer e viver* como componentes do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, I e II).

³² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 372.

³³ SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. São Paulo: Graal, 1989. p. 23.

³⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. A pós-modernidade do direito constitucional: da gestação em Weimar à queda do Muro de Berlim e subsequente colapso das Torres Gêmeas. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 633-655.

³⁵ HARVEY, David. *Condição Pós-moderna*. 17. ed. São Paulo: Loyola, 2008. p. 19.

³⁶ Já não mais se discute acerca da possibilidade de qualquer juiz de primeiro grau, estadual ou federal, exercer controle difuso de constitucionalidade (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 119.).

Os tribunais também podem fazê-lo, observado, contudo, o princípio da reserva de plenário previsto no art. 97 da Constituição. Uma lei pode facilmente ser tachada por inconstitucional se, na opinião do juiz, ela for irrazoável, invocando-se a cláusula do devido processo legal substancial (art. 5º, LIV, da Constituição), ao passo que no Brasil não há nada parecido à construção jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA relativa ao denominado *teste de constitucionalidade de leis*, segundo o qual a análise dessa razoabilidade é mais ou menos rigorosa, dependendo da natureza dos direitos em jogo, como forma de se diminuir a discricionariedade judicial (NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 7. ed. Illinois: Thomson and West, 2004. p. 460). No Brasil, acreditamos que o reconhecimento de ampla discricionariedade judicial para se reconhecer a solução *razoável* ao caso concreto represente excessiva insegurança jurídica, inexistindo margem de segurança para prevermos a solução aplicável ao caso.

³⁷ “A teoria de Montesquieu, no sentido de que não haveria superconcentração de poderes na mão de um só indivíduo, foi combinada com a visão de Rousseau, no sentido de que a lei escrita deveria ser a expressão da vontade da nação francesa. A ideia de que o poder central era legitimado pela vontade do povo foi uma das concepções que inspirou a Revolução Francesa. Os juízes tinham que obedecer à lei. Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem a ‘boca da lei’.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito Civil Law e Common Law. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 387, p. 53-62.).

³⁸ Na verdade, os EUA podem ser considerados um país principalmente de *Common Law*, mas não puramente, na medida em que algumas antigas possessões espanholas, como a Califórnia e o Texas, têm muito de *Civil Law*, por exemplo, em direito de família, ao passo que o Estado de Louisiana é puramente *Civil Law* (SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52).

³⁹ CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 4.

consciência da sociedade,⁴⁰ relevando-se a importância dos tribunais do júri popular. Principalmente por não ter havido movimentos de codificação, as regras jurídicas passaram a ser forjadas a partir dos julgamentos de casos concretos. Eis o motivo principal porque os EUA, já no século XIX, sentiram a necessidade de serem atribuídos efeitos vinculantes às decisões judiciais, como forma de se uniformizar os entendimentos acerca de casos idênticos ou muito semelhantes, compondo-se o sistema conhecido por *stare decisis*.⁴¹

Mauro Cappelletti, após apontar didaticamente as principais diferenças entre os sistemas, constata existir uma tendência de aproximação entre ambos.⁴² Realmente, observamos que, a partir dessa abertura do sistema gerada pelo neoconstitucionalismo, tem havido uma aproximação do Direito brasileiro ao *Common Law*, ocasionada pela necessidade de se conferir maior segurança e previsibilidade às decisões judiciais, medida que de fato se afina ao princípio da isonomia⁴³ e de inegável importância para outros setores, atendendo, por exemplo, aos reclames do desenvolvimento econômico, justamente pela minimização dos riscos e consequente estímulo aos investidores.⁴⁴ Precedentes obrigatórios conferem estabilidade às relações e, simultaneamente, permitem que as interpretações judiciais sejam globalmente atualizadas, contextualizando-as de maneira abrangente aos novos contornos sociais. Conforme já reconheceu Cardozo, citando Pound, *o Direito deve ser estável e, contudo, não pode permanecer imóvel*.⁴⁵ Sandra O'Connor, membro da Suprema Corte dos EUA, já observou que *nenhum sistema judicial poderia atender aos anseios sociais se examinasse cada caso de maneira original*.⁴⁶

Sob a atual perspectiva, o Brasil se ressentido dessa segurança e, por esse motivo, vem atravessando uma transformação radical que brinda a importância de se conferir deferência às decisões já firmadas pela jurisprudência. Por óbvio, seria inconveniente simplesmente importarmos o sistema de precedentes obrigatórios dos EUA ou de qualquer outro país, já que devemos promover as alterações legislativas necessárias para

⁴⁰ FRIEDMAN, Lawrence. *Law in America: a short history*. New York: Modern Library, 2002. p. 8.

⁴¹ ZYWICKI, Todd J. The rise and fall of efficiency in the Common Law: a supply-side analysis. *Northwestern L. Rev.*, n. 97, p. 16, p. 1551, 2003. Sabemos que, no século XV, os juizes ingleses tinham o costume de se reunirem para o julgamento de casos mais complexos. A maior parte dessas reuniões ocorria na chamada "Câmara Exchequer" (*Exchequer Chamber*), cujas decisões eram tomadas pela maioria. Em 1483, o Juiz-Chefe, ao decidir um caso, esclareceu que seria necessário adotar a posição da maioria, ainda que fosse contrária à dele própria, o que acabou sendo um marco para o sistema. Todavia, o sistema de precedentes vinculantes, tal qual o conhecemos hoje nos países de *Common Law*, estabeleceu-se no século XIX, a partir do desenvolvimento dos Relatórios de Casos, em que escritos particulares procuravam sistematizar os julgados. Um dos maiores relatores da época foi Coke (WARD, Richard. *Walker's & Walker's English Legal System*. 8. ed. London: Butterworths, 1990. p. 83, p. 347).

⁴² Destacadamente, o autor aponta cinco diferenças principais: (1) reduzido número de membros nas cortes supremas e superiores em países de *Common Law* e elevado número nos de *Civil Law*; (2) histórica descrença acerca da discricionariedade administrativa em países de *Civil Law*, o que inviabilizaria mecanismos como o *writ of certiorari*, que admite a *discretionary review* pelo Judiciário; (3) os juizes em países de *Civil Law* são, em regra, aprovados por concurso público e tendem a ser menos criativos que seus colegas do *Common Law*; (4) nos países de *Civil Law* não há algo semelhante à doutrina do *stare decisis*; (5) tendência de se considerar a lei como fonte principal do Direito nos países de *Civil Law* (CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: safE.1993. p. 116-124.).

⁴³ As decisões judiciais, como atos de Estado, não devem tratar desigualmente os casos iguais.

⁴⁴ Estudos do Banco Mundial atribuem 61,60% da riqueza dos EUA ao seu sistema de justiça. Além disso, os países do *Common Law* representam 7% da população mundial e 35% da economia mundial. Isto significa que o sistema do *stare decisis* atende aos anseios econômicos (dados fornecidos em sala de aula pelo Prof. Debow, durante o Programa de Mestrado em Direito Comparado pela *Cumberland School of Law da Samford University* (EUA), em junho de 2010).

⁴⁵ CARDOZO, Benjamin N. *Evolução do Direito*. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004. p. 7.

⁴⁶ Trata-se de trecho de sua opinião majoritária no julgamento de *Planned Parenthood v. Casey* (505 U.S. 833 (1992)), no qual se firmou a essência do teste de constitucionalidade acerca de leis que regulamentam aborto estabelecido na célebre decisão de *Roe v. Wade* (505 U.S. 833 (1992)). A opinião majoritária de lavra da Justice O'Connor foi seguida pelos *Justices* Blackmun, Stevens, Kennedy e Souter.

que forjemos as regras que melhor se adequem ao nosso Direito. Consideradas as peculiaridades de nosso sistema, é importante que as decisões solidificadas pelos tribunais venham a ser seguidas nos julgamentos de casos semelhantes, independentemente da opinião pessoal dos julgadores, situação que, absolutamente, não implicará em supressão do poder decisório, já que continuará a haver liberdade para a apreciação das provas e formação do convencimento, a par da análise crítica acerca da aplicação dos precedentes invocados pelas partes, que podem ser afastados desde que pretendam regular situações diversas (*distinguishing*), ou porque estão superados (*overruling*).

Conforme dissemos, um dos pontos revolucionários do Novo Código Civil reside justamente nos diversos mecanismos previstos para a estabilização da jurisprudência. Passemos a abordá-los brevemente.

2.3. Precedentes no Novo Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil dedica uma atenção especial aos precedentes. O art. 926 impõe aos tribunais o dever de uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, incentivando a edição de súmulas. O art. 927, par. 4º, estabelece uma série de regras a serem observadas em atenção não apenas à necessidade de uniformização da jurisprudência, mas também aos *princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia*. Finalmente, o art. 928 esclarece que os julgamentos de casos repetitivos dar-se-ão mediante o incidente de resolução de demandas repetitivas e o recurso especial e extraordinário repetitivos. Em síntese, portanto, podemos dizer que a sistematização dos precedentes ocorrerá por meio das súmulas, dos incidentes de assunção de competência e dos julgamentos de casos repetitivos.

Quanto às súmulas, conforme apontamos acima, o art. 926 confere-lhes a feição de valioso instrumento para a uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.⁴⁷ O texto, na prática, confere efeitos vinculantes a todas as súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.⁴⁸ Parece-nos, todavia, que se perdeu uma boa hora de ser atribuída eficácia vinculante também às súmulas dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais aos juízes que lhe são vinculados.⁴⁹

De fato, as súmulas são ferramentas importantíssimas e de inegável viés prático, porque muitas vezes representam a síntese de juízos complexos de ponderação entre valores constitucionais, de tal modo que o julgador, ao aplicar o enunciado, não precisará

⁴⁷ Art. 926: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º. Na forma e segundo os pressupostos fixados no regime interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º. Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.” O incentivo às súmulas é sentido no próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, que editou sua primeira súmula apenas recentemente, em 2010, e atualmente conta com 147 enunciados. Os últimos 31 foram publicados em 19.12.2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/downloadNormasVisualizar.do?cdSecaodownloadEdit=8&cdArquivodownEdit=90>>. Acesso em: 19 out. 2014.

⁴⁸ Art. 927, IV: “Os juízes e os tribunais observarão: (...) IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.”

⁴⁹ Já tivemos a oportunidade de defender a atribuição de efeitos vinculantes a todas as súmulas de todos os tribunais para os juízes que lhe são vinculados, à semelhança do sistema de precedentes dos EUA, que não se vale de súmulas, mas segue a mesma lógica (DE FILIPPO, ob.cit., p. 122-125). Porém, como reconhece Mitidiero, se comparadas às Cortes Supremas, o dever de uniformização das Cortes Superiores é meramente instrumental, já que possuem o escopo primordial de controle da legalidade das leis (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 44).

tecer fundamentação extensa sobre essas questões, que já foram objeto de deliberação pelo órgão colegiado. Ele deverá, é verdade, dedicar sua atenção para verificar se o enunciado se encaixa à situação, consideradas as vicissitudes fáticas e jurídicas que envolveram os julgamentos que serviram de base para a sua edição. Porém, uma vez constatada essa adequação, o juiz pode aplicá-la, silogisticamente, sem grandes delongas sobre controvérsias já debeladas.

Por sua vez, as assunções de competência, técnica inédita em nosso Direito, são incidentes que podem ser utilizados por qualquer tribunal, desde que o caso envolva *relevante questão de direito*, ocasionando *grande repercussão social*. O objetivo é evitar ou afastar a divergência interna do tribunal. Nesses casos, o relator natural do caso, de ofício ou mediante provocação da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, poderá propor que o julgamento do caso seja transferido ao órgão colegiado indicado pelo regimento. A decisão do órgão colegiado vinculará todos os juízes e órgão colegiados afetos àquele tribunal.⁵⁰

Lado outro, em linhas gerais, o julgamento de casos repetitivos compreende o: (a) incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987) e (b) o recurso extraordinário e o recurso especial repetitivos (arts. 1.036 a 1.041).

Grosso modo, o incidente de resolução de demandas repetitivas será apreciado pelos tribunais de justiça ou tribunais regionais federais, podendo ser suscitado ao presidente do tribunal pelas partes, pelo Ministério Público ou *ex officio* pelo relator ou órgão colegiado. O incidente, se admitido, será julgado pelo órgão colegiado indicado pelo regimento interno, implicando sua admissão na suspensão de todos os processos do respectivo estado ou região federal até o julgamento do incidente ou pelo prazo de um ano.⁵¹ Ao cabo, a tese vencedora da controvérsia *deverá* ser aplicada a todos os casos daquele estado ou região que versem sobre as mesmas questões.

Por fim, sucintamente, o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos ocorrerá nas hipóteses de *multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito*, quando então o presidente ou vice-presidente de qualquer tribunal de justiça ou tribunal regional federal poderá selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia para serem afetados a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça,⁵² determinando a suspensão dos demais processos na origem. O relator do tribunal superior, se admitir o incidente, proferirá *decisão de afetação* que compreenderá: (a) a identificação precisa da questão a ser submetida a julgamento; (b) a suspensão de todos os processos pendentes no território nacional, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão; e (c) requisitará aos presidentes

⁵⁰ Art. 947: “É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, da remessa necessária ou de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repercussão em múltiplos processos. § 1º. Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, seja o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar. § 2º. O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência. § 3º. O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos colegiados, exceto de houver revisão de tese. § 4º. Aplica-se o disposto neste artigo quando houver relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.”

⁵¹ Art. 980: “O incidente será julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.”

⁵² Art. 1.036, § 4º: “A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.”

ou vice-presidentes de todos os tribunais de justiça ou tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia (art. 1.050). Da mesma forma, eles deverão ser julgados no prazo de um ano, quando então os processos deverão retomar sua regular tramitação, independentemente de julgamento.⁵³ Decidido o incidente, o entendimento do *acórdão paradigma* deverá ser observado em todos os processos que envolvam a mesma questão (art. 1.053).

Portanto, é evidente a importância que terá a jurisprudência consolidada no Novo Código de Processo Civil, cuja inobservância poderá acarretar, inclusive, a *nulidade* da decisão judicial por ausência de fundamentação.⁵⁴ Por outro lado, a jurisprudência consolidada também poderá representar o *fumus boni iuris* da tutela da evidência,⁵⁵ conduzir à improcedência liminar do pedido,⁵⁶ dispensar o reexame necessário,⁵⁷ relevar a caução para o cumprimento provisório da sentença⁵⁸ e ensejar julgamento monocrático no tribunal,⁵⁹ entre outros.

Com isso, além da obtenção de segurança aos jurisdicionados, as medidas almejadas caminham ao encontro da praticidade, reconhecido o seu caráter pragmático, porque atendem às exigências da celeridade da prestação jurisdicional, haja vista o número aviltante de feitos que tramitam no País,⁶⁰ sem contar a conformidade à própria atividade jurisdicional, de natureza prática. O juiz não é necessariamente um acadêmico. Sua atividade rotineira é voltada ao julgamento de *casos reais* e, por isso, ele tende a adquirir sensibilidade ímpar para enfrentar as agruras humanas que lhe são diariamente postas à apreciação, possibilitando-lhe o desenvolvimento da *aplicação instintiva do Direito*,

⁵³ Assim como o simples incidente de resolução de demandas repetitivas, eles somente não terão preferência sobre processos de réu preso e *habeas corpus* (art. 1.050, § 4º).

⁵⁴ Art. 489, § 1º, VI: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

⁵⁵ Art. 311: “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando: II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.”

⁵⁶ Art. 332, *caput*: “Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.”

⁵⁷ Art. 496, § 4º: “Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.”

⁵⁸ Art. 521: “A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que: (...) IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.”

⁵⁹ Art. 932: “Incumbe ao relator: (...) IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.”

⁶⁰ No ano de 2013 tramitavam no País 95 milhões de feitos e havia 16.400 juízes (dados extraídos do jornal oficial da Associação dos Magistrados Brasileiros, edição n. 161 de setembro de 2014, p. 8).

como notou Francesco Ferrara.⁶¹ Portanto, sem qualquer desmerecimento à doutrina, que exerce papel crítico indispensável ao Direito, nada melhor que o juiz socorrer-se da jurisprudência consolidada, *banco de dados* elaborado pelo próprio Judiciário com base em diversos julgamentos, para obter a resposta mais adequada à demanda que lhe é posta.

3. Precedentes obrigatórios e separação de poderes

Conforme expusemos no início deste trabalho, o princípio da separação dos poderes não condiz com uma situação estanque e independente da ordem constitucional, mas a ela deve se amoldar, segundo a ideia de freios e contrapesos (*check and balances*), necessária para repudiar atos de tirania e brindar a liberdade do indivíduo.⁶² Por esta razão, não devemos aprioristicamente concluir pela (in)existência de lesão ao princípio da separação dos poderes pela adoção de precedentes obrigatórios, sem nos atentarmos para as vicissitudes constitucionais brasileiras, à luz das necessidades sentidas do povo.⁶³

Ponderadas essas questões e respeitadas as posições contrárias,⁶⁴ temos que a edição de precedentes obrigatórios tal como existente no Novo Código de Processo Civil, independentemente da roupagem que assumam,⁶⁵ não implica qualquer lesão ao princípio

⁶¹ “[A atividade do magistrado] exige aptidões ou disposições de que nem todos os juristas são dotados. pois não basta conhecer, ainda que profundamente, o direito para o saber traduzir em realidade, e há teóricos distintos que não são capazes desta elasticidade mental que os torne mestres no manejo dos princípios na arte de decidir. Existe ainda uma capacidade espiritual, um sentimento próprio, e assim se explica como, ao lado da técnica na aplicação, há também uma aplicação instintiva do direito, por via da qual, sem mais, o prático sente a decisão justa e a segue.” (FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2005. p. 78.).

⁶² “[N]o power upon earth is so worthy of honor for itself, or of reverential obedience to the rights which it represents, that I would consent to admit its uncontrolled and all-predominant authority. When I see that the right and the means of absolute command are conferred on a people or upon a king, upon an aristocracy or a democracy, a monarchy or a republic, I recognize the germ of tyranny, and I journey onward to a land of more hopeful institutions.” ([N]ão há poder terreno que seja digno de honra por si próprio, ou de obediência reverencial aos direitos que representa, que eu possa admitir a inexistência de controle sobre sua autoridade sem limites. Quando eu vejo que o direito e os meios de comando absoluto são conferidos ao povo ou ao rei, à aristocracia ou à democracia, à monarquia ou à república, eu reconheço o germe da tirania e prossigo viagem a uma terra de instituições mais esperançosas.” Tradução livre) (TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracy in America*. Tradução Henry Reeve. New York: Bantam Dell, 2004. p. 302-303).

⁶³ “[O] princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes teorias constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. Nesse contexto de ‘modernização’, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se dentro da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas *com força de lei* – bem assim para a *legislação judicial*, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas *sentenças aditivas* proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.” (MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 156) (grifo nosso).

⁶⁴ Ingo W. Sarlet, por exemplo, sustenta o seguinte: “[A] eficácia futura, geral e abstrata, prevista no *Projeto*, transforma o Judiciário em legislador, em afronta ao princípio da separação dos poderes. Recorde-se, a propósito, que a súmula vinculante foi introduzida no Brasil por emenda constitucional, o que poderá ser um argumento a reforçar tal entendimento. Por outro lado, é possível argumentar que se o problema é o de atribuição de funções de legislador positivo ao Poder Judiciário, este problema se verifica igualmente no caso da súmula vinculante do STF instituída por emenda constitucional que, por violar ‘cláusula pétrea’ (separação dos poderes) também seria inconstitucional, embora isso não tenha sido reconhecido pelo STF, a despeito de ventilado por setores da doutrina por ocasião da discussão e aprovação da assim chamada Reforma do Judiciário, no bojo da qual foi criada a súmula vinculante.” (SARLET, Ingo W. et al. *Instrumentos de uniformização da jurisprudência e precedentes obrigatórios no projeto do novo Código de Processo Civil*. Páginas de Direito. Disponível em: <http://tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4751-instrumentos-de-uniformizacao-da-jurisprudencia-e-precedentes-obrigatorios-no-projeto-do-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 20 out. 2014.

⁶⁵ Os precedentes podem ser monoprocessuais, quando se originam do julgamento de um único caso, como as hipóteses de assunções de competência ou a decisão em controle abstrato de constitucionalidade, ou *pluriprocessuais*, quando se formam a partir do julgamento de uma série de casos, como as súmulas e os julgamentos de causas repetitivas (TARANTO,

da separação dos poderes porque, malgrado a sua força vinculante, eles não possuem o condão de substituir a função das leis. Apenas se fosse verificada essa superposição total de funções é que, em nosso sentir, poderia se cogitar de lesão ao princípio. Ilustrativamente, eis o motivo por que foram textualmente proibidas nos EUA as *bills of attainder*, assim entendidas como atos legislativos de qualquer natureza *que se aplicam a indivíduos identificados ou a membros de um grupo facilmente determinados de forma a impô-los punições independentemente de processos judiciais*,⁶⁶ já que claramente tomariam o lugar das decisões judiciais, tipicamente destinadas a produzir efeitos para sujeitos individualizados, após lhes ser franqueada a possibilidade de defesa, nos termos do devido processo legal. Sob o mesmo enfoque, Canotilho⁶⁷ adverte que leis interpretativas, em si, não são automaticamente inconstitucionais, mas deve haver muita cautela para se verificar se, sob o pretexto de simplesmente interpretar as normas, o legislador não pretende orientar a justiça no sentido por ele desejado.

Essas situações servem para demonstrar que as leis, atos normativos aptos à produção de efeitos gerais e abstratos, não poderiam desvirtuar-se de sua essência, voltando-se para a regulamentação de questões específicas. Todavia, não podemos fazer o raciocínio inverso e sustentar a inconstitucionalidade dos precedentes obrigatórios, sob o argumento de que as decisões judiciais serviriam para disciplinar casos concretos, situações casuísticas, mas não para produzir efeitos gerais. Na verdade, os precedentes obrigatórios, ao contrário de infringirem a separação de poderes, representam medida que se conformaria a esse princípio, resultando em valorização da função do Legislativo e provável contenção judicial.

Ora, contemporaneamente, sob a perspectiva neoconstitucionalista, verificamos que as leis apresentam tessitura aberta, influenciada pelos princípios que veicula ou, mesmo no caso das regras, que teriam, em tese, maior densidade normativa, a abertura se dá pela presença de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados.⁶⁸ Essas circunstâncias fazem aguçar o poder criativo dos juízes, que passam a interpretar livremente esses enunciados ou, até mesmo, dispõem-se a afastá-los, por reputá-los inconstitucionais, decidindo os casos que lhes são submetidos a julgamento sem que existam as “amarras” trazidas por enunciados de *conteúdo fechado*. Os precedentes vinculantes passariam a ocupar justamente esses *vácuos legislativos*, imprimindo maior previsibilidade às decisões, ao mesmo tempo que inibiriam um sem-número de interpretações que poderiam ser afrontosas ao texto de lei. Guardadas as devidas proporções, apenas sob a perspectiva funcional, eles se equiparariam aos decretos regulamentares editados pelos

Caio Márcio Gutterres. *Precedente Judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Forense, 2010. p. 211-213).

⁶⁶ “[A legislative act that applies] either to named individuals or to easily ascertainable members of a group in such a way as to inflict punishment on them without a judicial trial.” O conceito foi utilizado pela Suprema Corte, em *United States v. Brown* (381 U.S. 437, 448 (1965)). A Constituição dos EUA estabelece vedação expressa para esse tipo de lei, tanto em nível federal (Art. I, par. 9º) quanto estadual (Art. I, par. 10).

⁶⁷ Ob. cit., p. 647.

⁶⁸ Tanto as cláusulas gerais, quanto os conceitos legais indeterminados são elementos normativos de conteúdo vago e impreciso, carecendo de integração pelo intérprete. A diferença é que, no caso dos conceitos legais, a consequência jurídica é prevista pela norma, ao passo que as cláusulas gerais permitem ao juiz *preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta*. (NERY JUNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil*. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003. p. 398-444, p. 407-409).

chefes do Executivo, atos normativos previstos pelo próprio poder constituinte originário (art. 84, IV, da Constituição).⁶⁹

Alguns poderiam objetar dizendo que o precedente vinculante, em si, poderia realizar uma interpretação desarrazoada do texto da lei, quando então haveria lesão ao Legislativo no *atacado* e não no *varejo*. Existe essa possibilidade, evidentemente, porém não podemos perder de vista que, sob a sistemática do Novo Código de Processo Civil, como vimos, os precedentes vinculantes adviriam de deliberações tomadas pelo tribunal pleno ou por órgão regimentalmente competentes para esse mister, situação que, em tese, diminuiria os riscos de interpretações flagrantemente dissonantes da realidade social ou do espírito constitucional. Ainda assim, na eventualidade de desacertos, haveria muito mais facilidade de reversão da situação, mediante pedido de revisão do precedente a um único órgão.

Desse modo, os precedentes vinculantes, compostos a partir de julgamentos reais e não das liberações das casas do Legislativo, passariam a condicionar as interpretações judiciais sobre questões de direito, apenas, funcionando como instrumentos de *fechamento* do sistema jurídico, que se encontra aberto pela heterodoxia dos poros constitucionais, que se reflete na abertura textual das regras normativas ou também na possibilidade sempre presente de concretização de valores constitucionais em qualquer decisão judicial, ainda que não se trate de demanda que traga em si questões de natureza eminentemente constitucional.

Uma atenção especial, contudo, o Poder Judiciário deve se dedicar à redação dos enunciados das súmulas, para que eles não apresentem conteúdo demasiadamente aberto, acabando por se equiparar às leis e, com isto, lesarem o princípio da separação dos poderes. Para atuarem nesses espaços deixados pelas leis, as súmulas devem contemplar expressões fechadas, minimizando o risco de interpretações diversas.

Tomemos como exemplo a súmula vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal: “*Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito...*” (destaque nosso). Ora, as expressões *fundado receio*, *perigo* e *excepcionalidade* encerram noções demasiadamente fluidas para constarem de um enunciado de súmula, cuja pretensão é conferir segurança ao sistema. Cremos que a redação seria perfeita para um artigo de lei, mas não para uma súmula, sob pena de ser frustrada a sua finalidade e infringência à separação dos poderes.

Por outro lado, a vasta maioria dos demais enunciados de súmulas vinculantes cumpre bem o seu papel, deixando de conferir margem a interpretações diversas.⁷⁰ Tomemos como exemplo o enunciado que cuida da ilicitude da prisão do depositário infiel. Eis a redação da súmula vinculante 25: *É ilícita a prisão do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*. É penoso extrairmos do enunciado interpretações diversas, já que sua redação é clara e suas expressões encerram noções fechadas. Nesses casos, todas as ponderações de valores foram realizadas de antemão, no bojo dos debates complexos que envolveram questões de direito internacional, direito constitucional, direito

⁶⁹ Singelamente, decreto regulamentar é o que visa a explicar a lei e facilitar sua execução, aclarando seus mandamentos e orientando sua aplicação (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 180.

⁷⁰ Todas as súmulas vinculantes estão disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_e_31_a_33.pdf>. Acesso em: 22 out. 2014.

civil, direito processual civil etc.,⁷¹ extraíndo-se dessas discussões uma síntese enxuta e fechada, de interpretação fácil e unívoca, que se afina aos reclames da práxis forense.

Outro argumento favorável reside no fato de os precedentes obrigatórios, ao conferirem segurança ao ordenamento jurídico, colmatando as janelas abertas dos enunciados normativos, acabariam por valorizar as funções do Legislativo, poupando-lhes o trabalho de editar leis meramente explicativas que poderiam, inclusive, ser reputadas inconstitucionais pelo controle do Judiciário, risco inexistente para os precedentes, que sucedem quaisquer discussões de constitucionalidade ou de ilegalidade tomadas pelos integrantes do tribunal que os editou, impossibilitando-se, dessa forma, que essas questões sejam reanalisadas pelo órgão judiciário encarregado de sua aplicação.

Em suma, os precedentes vinculantes colaborarão para o fortalecimento do Poder Judiciário, resultarão em segurança aos jurisdicionados e, ao invés de lesarem a separação dos poderes, afinar-se-ão a esse princípio, contribuindo para um clima harmônico entre os poderes do Estado.

Conclusão

A par da transição do Direito brasileiro à adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, que se avizinha com o advento, que acreditamos seja breve, do Novo Código de Processo Civil, procuramos identificar as razões que conduziram a essa transformação que, segundo pensamos, condizem com a abertura do sistema causada pelo neoconstitucionalismo.

Em seguida, quanto ao cerne da questão, procuramos apresentar argumentos favoráveis aos precedentes obrigatórios, observando que eles não representarão afronta ao princípio da separação dos poderes, mas, ao revés, conformar-se-ão a ele, evitando que todo e qualquer juiz seja um legislador em potencial. Como dissemos, os precedentes não substituirão as leis, nem pode haver esta pretensão, mas deverão atuar nos vácuos nela existentes, preenchendo-os com a interpretação que mais se afine aos ditames constitucionais.

A edição do Novo Código de Processo Civil é o primeiro grande passo, mas é inegável que deve haver uma mudança cultural. No dia a dia, advogados, promotores e juizes devem valorizar a jurisprudência consolidada. Em vez de inúmeras citações doutrinárias ou escolhas aleatórias de acórdãos que se adequem à tese apresentada, é imprescindível que profissionais do Direito façam buscas cuidadosas e encontrem as posições majoritárias do tribunal, que provavelmente serão suficientes para os fundamentos de direito da causa de pedir ou até mesmo para que advogados alertem seus clientes que a demanda será uma “aventura jurídica”. Os juizes, a par dos precedentes vinculantes, economizarão tempo e papel e muitas vezes condensarão suas decisões ao fazerem remissão ao(s) precedente(s) estabelecido(s), afastando-o(s) quando for o caso, porém sem ignorá-lo(s), simplesmente.

⁷¹ Para se chegar a esse enunciado aparentemente simples, as discussões envolveram, no mínimo, intrincadas questões sobre a extensão dos direitos fundamentais, a hierarquia de tratados internacionais sobre direitos humanos e seu impacto na ordem infraconstitucional. Vide: RE 562051, RE 349703, RE 466343, HC 87585, HC 95967, HC 91950, HC 93435, HC 96687, HC 96582, HC 90172 e HC 95170.

Por outro lado, os tribunais deverão facilitar o acesso ao banco de dados dos precedentes obrigatórios, disponibilizando-os mediante ferramentas simples em seus sites e conferindo-lhes ampla publicidade, indicando ainda se, eventualmente, foram revogados ou houve relativização de seus entendimentos.

De todo o modo, sem implicar qualquer lesão ao princípio da separação dos poderes, os precedentes obrigatórios passam a ser absolutamente necessários para o nosso Direito, aproximando-o do *Common Law* e conferindo-lhe segurança e estabilidade, pelo respeito às decisões estabelecidas pelos tribunais.

Referências bibliográficas

- _____. Livro III, Capítulo XI. In: *Aristóteles*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMB INFORMA. Brasília, DF: Associação dos Magistrados Brasileiros, n. 161, set. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 309-345.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CALABRESI, Guido. *A Common Law for the age of statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: safE, 1993.
- CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.
- CARDOZO, Benjamin N. *Evolução do Direito*. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004.
- DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes*. Porto Alegre: safE, 2012.
- DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.
- ELLIS, Joseph J. *Founding Brothers: the revolutionary generation*. New York: Vintage Books, 2002.
- FERRARA, Francesco. *Como Aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRIEDMAN, Lawrence. *Law in America: a short history*. New York: Modern Library, 2002.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A pós-modernidade do direito constitucional: da gestação em Weimar à queda do Muro de Berlim e subsequente colapso das Torres Gêmeas. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 633-655.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 17. ed. São Paulo: Loyola, 2008.

LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Indianapolis: Hackett, 1980.

LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil*. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003. p. 398-444.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. São Paulo: Graal, 1989.

SARLET, Ingo W. et al. *Instrumentos de uniformização da jurisprudência e precedentes obrigatórios no projeto do novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4751-instrumentos-de-uniformizacao-da-jurisprudencia-e-precedentes-obrigatorios-no-projeto-do-codigo-de-processo-civil>>.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STRECK, Lênio; OLIVEIRA, Fábio. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. (Coord.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Forense, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracy in America*. Tradução Henry Reeve. New York: Bantam Dell, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de Direito Civil Law e Common Law. *Revista Jurídica NotaDez*. Porto Alegre, v. 57, n. 387, p. 53-62.

WARD, Richard. *Walker's & Walker's English Legal System*. 8. ed. London: Butterworths, 1990.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madri: Trotta, 2009.

ZYWICKI, Todd J. The rise and fall of efficiency in the Common Law: a supply-side analysis. *Northwestern L. Rev.*, n. 97, p. 1551, 2003.

Mutação constitucional e ativismo judicial

*Thiago Massao Cortizo Teraoka*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: I. Introdução. II. Ativismo judicial. III. Mutação constitucional. IV. Relação entre mutação constitucional e ativismo: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. V. Conclusão.

I. Introdução

O ativismo judicial tem sido analisado sobre diversos ângulos.

Há estudos que apontam seus aspectos negativos, especialmente sobre o ângulo de uma intromissão indevida do Poder Judiciário², especialmente do Supremo Tribunal Federal, em outros Poderes da República.

Por outro lado, há também aqueles que defendem abertamente uma postura mais “ativista” do Poder Judiciário, conferindo aos seus órgãos um protagonismo político na implementação de direitos fundamentais, especialmente em favor de minorias que, supostamente, não possuem a defesa dos Poderes majoritários da República³.

Há outros doutrinadores, também de grande relevo, que simplesmente indicam que não há propriamente um ativismo como algo novo ou disfuncional, mas mera criação judicial do direito, o que seria ínsito ao sistema⁴.

Assumindo que o ativismo exista, pois parece evidente a mudança da postura do Poder Judiciário nos últimos 15 anos, ainda assim não é fácil traçar os parâmetros do ativismo judicial. Há dificuldades claras em delinear os aspectos do fenômeno.

Nesse ponto, insere-se, com humildade, a nossa contribuição.

O objetivo deste artigo é demonstrar que o ativismo judicial, no Brasil, tem sido instrumentalizado por mudanças abruptas de interpretação jurisprudencial de conceitos e dispositivos presentes na Constituição, especialmente por parte de seu maior intérprete, o Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, insere-se a preocupação com a mutação constitucional.

¹ Mestre e doutor em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Professor da Escola Paulista da Magistratura (EPM).

² Por exemplo: Elival da Silva Ramos, em seu livro: *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, obra pela qual conquistou a cadeira de Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

³ Por exemplo: o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso, em seu artigo *Retrospectiva 2008 - Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 18, abril/maio/junho 2009, p. 6. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 12 nov. 2014.

⁴ Por exemplo: Inocêncio Martires Coelho, em seu artigo: *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 475-498.

Para tanto, após breve análise do fenômeno do ativismo e da mutação constitucional, analisaremos alguns julgados em que houve uma forte alteração de jurisprudência, que caracterizaria a mutação constitucional, relacionando-os com o ativismo judicial. Também analisaremos julgado publicado ainda em 2014, do Supremo Tribunal Federal, a respeito do artigo 52, X, da Constituição, no qual fica claro que a postura ativista tem relação no caso brasileiro com o reconhecimento de mutação constitucional.

Desde já, observo que optamos por excluir do objeto de estudo o caso da justiça e do direito eleitoral. Isso por dois motivos fundamentais: (i) o caráter reconhecidamente normativo da justiça eleitoral; e (ii) a enormidade de mutações/legislações impostas pelo Poder Judiciário. O problema do direito eleitoral e da justiça eleitoral merece estudo específico, o qual não será feito neste artigo.

II. Ativismo judicial

Keenan D. Kmiec atribui a Arthur Schelesinger o uso primeiro da expressão “judicial activism”, em uma publicação da “Fortune Magazine”, em 1947. No artigo, Arthur Schelesinger contrapunha e classificava os juizes da Suprema Corte em “ativistas” e “campeões da autocontenção”⁵.

Luis Roberto Barroso ensina que, em um primeiro momento, o ativismo judicial foi uma reação conservadora:

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (Dred Scott X Sanford, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (West Coast X Parrish, 1937).⁶

No entanto, atualmente, especialmente no caso brasileiro, o ativismo judicial está ganhando contornos progressistas, no sentido de defesa de minorias.

O ativismo judicial é visto por alguns como algo bom⁷. Para outros, o ativismo é algo disfuncional, que deveria ser expurgado do sistema⁸. Outros, ainda, como Inocêncio Martires Coelho, afirmam que o fenômeno é equiparado à criação judicial do direito, algo normal e intrínseco ao sistema⁹.

⁵ The origin and current meanings of “judicial activism”. *California Law Review*, California, p. 1445-1446, Oct. 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>.

⁶ *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. p. 5.

⁷ Luis Roberto Barroso afirma: “a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” (*Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. p. 6).

⁸ “Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido de legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário e, sim, da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. p. 116-117).

⁹ Para Inocêncio Martires Coelho, em seu artigo “*Ativismo judicial ou criação judicial do direito*”, a ideia de criação e de interpretação do direito não são conceitos contrapostos. Sem interpretação, não há aplicação de enunciados normativos (p. 475). A atividade criativa judicial seria inevitável (p. 478). Conclui Inocêncio Martires Coelho: “A essa luz, portanto, o ativismo judicial, pelo menos na forma e com os argumentos emocionais que usualmente se utilizam para combatê-lo, não passa de uma expressão nova com a qual se pretende rebatizar, acriticamente, a velha criação judicial do direito. Nada mais do que isso.” (p. 498).

Ao decidir por escrever sobre o tema, tenho convicção que o ativismo judicial realmente existe, como fato social. Pela análise da jurisprudência que se fará a seguir, verifica-se uma maior intromissão (ou controle, para utilizar uma palavra mais neutra, sem conteúdo valorativo) do Poder Judiciário nas escolhas feitas pelos poderes democraticamente eleitos.

Também tenho convicção que o termo “ativista” não é adjetivo que fica bem para um juiz ou para um órgão judicial¹⁰, aos quais se pressupõe a neutralidade¹¹.

O termo “ativismo judicial”, assim, tem carga negativa; ainda que as consequências de uma decisão ativista sejam boas¹². Equivale à intromissão do Poder Judiciário, que detém baixa legitimidade popular (pois não eleito), em assuntos dos demais Poderes.

Não se pode confundir, ainda, a mera fiscalização de constitucionalidade, com o ativismo judicial. Nem sempre o controle de constitucionalidade indica ativismo. Keenan D. Kmiec lembra, por exemplo, que não pode ser considerada ativista uma decisão que julgue inconstitucional uma lei que institua uma religião oficial¹³.

Na verdade, a essência do ativismo judicial está em desconsiderar uma decisão proferida por outro Poder, havendo uma solução legislada, teoricamente possível e razoável pela interpretação do texto constitucional.

A doutrina discute maneiras de classificar uma decisão judicial como ativista ou não. Luis Roberto Barroso associa a ideia de ativismo judicial com condutas como (i) aplicação direta da constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e em atividade independente do legislador; (ii) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e (iii) imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas¹⁴.

Entre os utilizados, proponho um critério auxiliar, que pode ser utilizado em conjunto com outros: a superação de precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal. Portanto, nos termos propostos e submetidos à análise dos leitores, será ativista a decisão judicial do Supremo Tribunal Federal que desconsidera o precedente firmado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, sem alteração relevante de fato ou de direito. É critério também citado por Keenan D. Kmiec¹⁵.

¹⁰ “O rótulo ativista, quando atribuído a um magistrado que nunca se deparou com a expressão ‘ativismo judicial’, é de causar arrepios. Com efeito, tendo em vista o princípio da inércia do Poder Judiciário e da Separação de Poderes, a expressão soa como algo que seria proibido ao Poder Judiciário, a significar que este estaria usurpando uma competência que não lhe fora conferida; ou, então, agindo de ofício. A expressão também pode ensejar a errônea interpretação de que o julgador seria militante deste ou daquele grupo ou movimento social, o que, se não lhe comprometesse a imparcialidade, o colocaria na condição de, no mínimo, suspeito para decidir certas causas.” OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. *Ativismo judicial ou ativismo jurídico? O ativismo do poder judiciário como proposta ao passivismo do poder legislativo no Brasil*. In: JORNADA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2., 2012, Salvador. Brasília, DF: ESMAF, 2014. p. 221.

¹¹ A neutralidade é ideal da magistratura, ainda que a neutralidade total, quanto a aspectos ideológicos, religiosos, políticos etc., seja impossível de fato.

¹² Por exemplo, o reconhecimento judicial da juridicidade da união estável homoafetiva.

¹³ The origin and current meanings of “judicial activism”. *California Law Review*, California, p. 1445-1446, Oct. 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>.

¹⁴ *Retrospectiva 2008 - Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*, p. 5.

¹⁵ “Os juizes normalmente acusam seus colegas de ativismo judicial quando eles contrariam precedentes, mas o conceito não é tão simples como pode aparecer em um primeiro momento”. É citado por Kmiec, embora critique o critério. (*The origin and current meanings of “judicial activism”*. p. 1466).

Veja-se que a relação entre “mutação constitucional” e “ativismo judicial” não passa despercebido pela doutrina nacional. Transcrevo lição de Elival da Silva Ramos:

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devesse ser sopesados por outro poder etc.) está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só. Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro Poder, fundada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá a interferência indevida na função correspondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de Estado etc).¹⁶

No caso brasileiro, o critério proposto é relevante.

Isso porque diante da facilidade formal de se emendar o texto constitucional, a alegação de mutação constitucional (entendida como alteração substancial de interpretação da constituição) deve ter razões ainda mais relevantes.

III. Mutação constitucional

A mutação constitucional é modo informal de mudança da Constituição.

Carlos Blanco de Moraes ensina que “a mutação informal foi apreendida nos Estados Unidos, no Séc. XIX a propósito da noção de ‘Living Constitution’ criada pela política e pela jurisprudência. A questão ganhou especial relevo desde o caso ‘McCulloch v. Maryland’ (1819), tendo o Juiz Marshall defendido um construtivismo constitucional, com base na cláusula dos poderes implícitos, o qual não mereceu então especial resistência.¹⁷”

É, portanto, tema que se insere na estabilidade da Constituição, conferida por sua rigidez.

Em síntese, as constituições rígidas podem ser reformadas, mediante processo legislativo mais gravoso do que para as leis comuns ou sofrerem mutações em seu conteúdo, mediante interpretação mais atual do mesmo texto. No último caso (mutações) mantém-se a estabilidade dos textos, com alteração em sua interpretação.

O poder instituído de reforma constitucional é o denominado pela doutrina de Poder Constituinte Reformador ou Poder Constituinte Derivado Reformador¹⁸. Em paralelo, a doutrina indica a mutação constitucional como fruto de obra do “poder constituinte difuso” ou “poder constituinte em sentido amplo”¹⁹.

¹⁶ *Ativismo judicial*. p. 141.

¹⁷ *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autopsia de um acórdão controverso*. p. 494.

¹⁸ Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73.

¹⁹ SILVA, Lucas Gonçalves da. *Mutação constitucional pela Justiça Constitucional: tipologia e limites*. 2009. f. 29. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

Em uma visão mais ampla da história constitucional, a nossa tradição não é a estabilidade dos textos. A sucessão de constituições é extensa. Foram sete constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988).

E mesmo a Constituição de 1988 sofreu 85 emendas (até fevereiro de 2015) mediante o seu procedimento normal e seis emendas de revisão. Todas essas alterações são alterações formais do texto constitucional.

Anna Luisa W. S. Daniele, em trabalho publicado em 2008, afirma que a constituição já havia passado por três ciclos de reforma²⁰.

Há quem entenda que, embora tenhamos rigidez constitucional, o procedimento ainda é demasiadamente simples, o que facilitaria a multiplicação de emendas. Em minha opinião, a multiplicidade de reformas é resultado da característica analítica de nossa Constituição, que pretende dispor de muitos pormenores, o que fragiliza o texto contra o tempo.

O estudo da mutação constitucional é focado na experiência estrangeira, especialmente nos Estados Unidos da América. Isso porque a Constituição Americana de 1787 prevê um procedimento difícilíssimo de emenda. Além disso, trata-se de uma constituição sintética, o que facilita não existir mudanças formais de texto constitucional.

De toda sorte, a nossa tradição é de falta de estabilidade do texto constitucional. As reformas, para o bem ou para o mal, vêm ocorrendo de maneira formal, mediante emendas decorrentes de propostas de emendas à Constituição aprovadas pelo Congresso Nacional.

Nesse contexto, o estudo da mutação constitucional poderia parecer descolado da realidade nacional, mas não é. E não é, especialmente pelo ativismo imposto e proposto pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos.

As mutações constitucionais podem ser decorrentes de nova legislação integrativa (mutação legislativa); edição de outros tipos de regulamentos pelo Poder Executivo (mutação executiva); decorrentes dos costumes; e a mutação judicial²¹. A mutação é resultado da interpretação da constituição por seus diversos intérpretes.²²

Nesse ponto, costuma-se dizer que o Supremo Tribunal Federal é o intérprete máximo da Constituição²³. E realmente o é, pois sendo os dispositivos expressos na Constituição normas jurídicas, isto é, objeto de estudo do Direito, a instância judicial máxima há de ter a maior relevância, considerando que o Poder Judiciário como um todo é o responsável por dar a última e definitiva palavra sobre os assuntos contenciosos do Direito.

Assim, a alteração da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, conferindo interpretação ou alcance diverso a dispositivos constitucionais caracteriza mutação constitucional.

A mutação constitucional, como forma de alteração da Constituição, apresenta um problema de difícil solução. É cediço e aceito sem grandes e atuais críticas que as

²⁰ De acordo com Anna Daniele os ciclos sofridos pelo texto constitucional são o pré-revisão, revisional e pós-revisional. Cf. DANIELE, Anna Luisa Walter de Santana. *Interpretação e mutação constitucional*. 2008. f. 92-93. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

²¹ DANIELE, Anna Luisa Walter de Santana. *Interpretação e mutação constitucional*. p. 113 -134.

²² DANIELE, Anna Luisa Walter de Santana. *Interpretação e mutação constitucional*. p. 141.

²³ Nesse ponto, já em 1954, o termo “interprete máximo da Constituição”, para se referir ao Supremo Tribunal Federal, foi utilizado para emendar acórdão (STF, RE 25151, Min. Abner de Vasconcelos, j. 30/08/1954, segunda turma, DJ 22/04/1954).

normas produzidas pelo Poder Constituinte derivado reformador possam ser objeto de controle de constitucionalidade²⁴. No entanto, os sentidos produzidos por uma mutação constitucional acabam sendo, na prática, quase totalmente imune a controle²⁵.

Por esse motivo, é importante o senso de crítica da comunidade jurídica, especialmente nas universidades, sempre que o Supremo Tribunal Federal altera fortemente o sentido de sua jurisprudência. Isso porque “(...) só é válida juridicamente a mudança do critério jurisprudencial que respeita os limites da idoneidade e justificação das mudanças, pois as variações na jurisprudência sem idoneidade e não justificadas correspondem, no fundo, a arbitrariedade da jurisdição constitucional.²⁶”.

Feitas essas observações, passo a analisar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, que, em nossa análise, poderiam indicar mutação constitucional em conjunto com postura ativista.

IV. Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

(a) Direito processual penal

A Constituição Federal determina, em seu artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Era jurisprudência consolidada a conclusão que poderia haver exigência de prévio recolhimento a prisão, para o conhecimento de apelação no processo penal (Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”).

Também era consolidada a jurisprudência no sentido de que a existência de recurso administrativo sem efeito suspensivo não obstaría a expedição de mandado de prisão (Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.”).

O Supremo Tribunal Federal já havia decidido que “contra decisão condenatória, proferida em Segunda Instância por Tribunal Estadual cabe, apenas, recurso de índole extraordinária – especial ou extraordinário – sem efeito suspensivo, o que possibilita o cumprimento do mandado de prisão, mesmo antes de seu trânsito em julgado.²⁷”

No entanto, mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal alterou substancialmente interpretação que se fazia do dispositivo constitucional para, em interpretação mais literal da Constituição, excluir a possibilidade de toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, salvo motivação indicativa de necessária cautelaridade.

²⁴ Há vários exemplos. Cito a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicabilidade de emenda constitucional frente ao princípio da anterioridade eleitoral que sequer é expresso como cláusula pétrea ou direito fundamental (STF, ADI 3685/DF, Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, 10-08-2006).

²⁵ “Não se pode aceitar que a mutação constitucional produza excessos e promova resultados conflitantes com o sistema. Assim como as mudanças formais da Constituição (reforma e revisão) estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, da mesma forma as mudanças informais (mutação) também são suscetíveis de serem controladas”. No entanto, apesar de concluir pela necessidade de controle, o autor acaba por indagar pragmaticamente “*Quis custodiet custodes?*”, a indicar que não há método efetivo de controle de uma mutação reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. (PEDRA, Adriano Sant’Ana. *As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da constituição: uma análise da experiência latino americana*. p. 60).

²⁶ SILVA, Lucas Gonçalves da. *Mutação constitucional pela Justiça Constitucional: tipologia e limites*. p. 135.

²⁷ STF, HC 69.176, Ministro Paulo Brossard, Segunda Turma, DJ 23/10/1992.

Então, para o Supremo Tribunal Federal, atualmente, a ausência de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário não obsta a manutenção do condenado em liberdade²⁸. Não é possível, pois, a antecipação de pena²⁹.

A atual interpretação do Supremo Tribunal Federal, apesar de trazer grande sensação de impunidade à população em geral e gerar a interposição de recursos meramente protelatórios pela defesa de criminosos, parece prestigiar o próprio texto da Constituição. A interpretação vigente até então, na minha opinião, restringia direito fundamental onde não era possível restringir. No que interessa a este artigo, penso que a postura mais ativista e defensora dos direitos fundamentais, no caso, era justificada pelo próprio texto constitucional, no que plenamente também justificada a mutação constitucional.

De toda sorte, uma observação deve ser feita. Apesar de válida e ser a mais correta pelo texto constitucional, a interpretação do Supremo Tribunal Federal não é a melhor para um país que tem níveis alarmantes de corrupção e banditismo, em todas as classes sociais. Assim, entre outros motivos, pela moralidade e em vistas à eficiência do sistema repressor penal, essa interpretação correta, porém laxista, indica a necessidade de aprovação da Proposta de Emenda à Constituição do Senado nº 15/2011³⁰.

b) Direito penal

b.1) Vedação à progressão de crimes hediondos

Em seu artigo 5º, XLVI, determina a Constituição Federal: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outra as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

No mesmo artigo, no inciso XLIII, a Constituição impõe mandamento de criminalização, em desfavor de crimes hediondos: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

O Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, editou a Lei Federal nº 8.072, de 25/07/1990, na qual se havia determinado que a pena para os crimes hediondos “será cumprida integralmente em regime fechado”.

Por quase dezesseis anos, o Supremo Tribunal Federal aceitava como constitucional a restrição à progressão de regime para os condenados por crimes hediondos³¹.

²⁸ STF, HC 91830 MC - AgR/R, Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, j. 01/04/2008, DJ 06/02/2014.

²⁹ “Inadmissível que a finalidade da custódia cautelar seja desvirtuada a ponto de configurar antecipação de pena”. STF, HC 90464/RS, Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira turma, DJ 04/05/2007.

³⁰ É a chamada “PEC dos Recursos” ou “PEC do Peluso”, que “altera os arts. 102 e 105 da Constituição, para transformar os recursos extraordinário e especial em ações rescisórias.” Se aprovada, a Proposta tem o objetivo de possibilitar o trânsito em julgado após o julgamento em segunda instância, o que poderá possibilitar o imediato cumprimento da pena pelo condenado, sem necessidade de se aguardar o esgotamento das quatro instâncias recursais possíveis, com seus respectivos embargos de declaração e infringentes.

³¹ “O réu - que foi condenado pela prática de crimes hediondos ou de infrações penais a estes equiparadas - não tem o direito de cumprir a pena em regime de execução progressiva, pois a sanção penal imposta a tais delitos deverá ser cumprida em regime integralmente fechado, por efeito de norma legal (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º), cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.” (STF, HC 85142/SP, Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, j. 16/08/2005, DJ 14/10/2005).

Todavia, a partir do julgamento do Habeas Corpus 82.959, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em plenário de 23/02/2006, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, no que permitiu a progressão de condenados por crimes hediondos. Atualmente, há Súmula Vinculante nesse sentido:

“Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

Mais uma vez, a postura ativista do Supremo Tribunal Federal caminhou ao lado de uma verdadeira mutação constitucional. Apesar de o texto da Constituição determinar que caberá à lei regulamentar a individualização da pena e impor tratamento mais severo aos crimes hediondos, o Supremo Tribunal Federal nulificou a escolha realizada pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (escolha que antes o Supremo havia aceitado), de modo a igualar, neste aspecto, os crimes hediondos e os não hediondos³².

b.2) O caso do tráfico de drogas

O tráfico de drogas é equiparado a crime hediondo por força constitucional, no já transcrito dispositivo do artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal.

Além de caracterizá-lo como hediondo, a Constituição Federal impõe, por mais de uma vez, dispositivos que indicam a necessidade de combate ainda mais rigoroso ao tráfico de drogas (artigos 5º, LI³³; 144, § 1º, II³⁴; 243, parágrafo único³⁵).

Após a Lei Federal nº 11.464/2007, determinou-se que a pena dos condenados por crimes hediondos “será cumprida inicialmente em regime fechado” e progressão “dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos) se reincidente”.

“LATROCÍNIO E ROUBO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. REGIME FECHADO. 1. O cumprimento da pena em regime fechado, na hipótese de crime hediondo, dispensa o advérbio específico integralmente. A impossibilidade da progressão resulta da natureza hedionda do delito. 2. HC indeferido.” (STF, HC 84401/RJ, Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 02/12/2005).

³² Nesse ponto, observo que houve reação legislativa, no que foi editada a Lei Federal nº 11.464, de 28/03/2007, que estabeleceu critérios mais rigorosos para a progressão dos criminosos que praticaram crimes hediondos. No entanto, como lei mais severa, somente pode ser aplicada a crimes cometidos posteriormente à sua vigência.

³³ “Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.”

³⁴ “(...) § 1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

II. prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência”.

³⁵ “Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.”

Por outro lado, apesar de a Constituição Federal determinar que o tráfico de drogas seja combatido com veemência, a Lei Federal nº 11.343, de 23/08/2006, criou a figura do traficante privilegiado. A partir de então, para o agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa, a pena poderia ser reduzida de 1/6 a 2/3. Portanto, nessas condições e em regra geral, a pena final do traficante privilegiado será de no máximo 2 anos.

A Lei Federal nº 11.343/2006, no entanto, vedava a conversão da pena em restritiva de direitos, o que era absolutamente salutar, em razão da hediondez do crime de tráfico. E vedava o benefício em dois dispositivos: o artigo 33, § 4º, e o artigo 44³⁶.

Apesar dos mandamentos constitucional e legislativo, o Supremo Tribunal Federal tem permitido a imposição de regime inicial diverso do fechado³⁷ ou mesmo a aplicação de pena restritiva de direitos ao criminoso traficante³⁸.

Portanto, interessante observar que a postura ativista do Supremo Tribunal Federal não apenas impediu a restrição de direitos (no caso o direito à progressão) de criminosos que praticaram crimes hediondos. Também impôs, contrariamente ao texto da lei, benefícios que criminosos traficantes não detinham, ao menos de forma reconhecida amplamente: regime inicial aberto e possibilidade de conversão de sua pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos.

Mais uma vez, a postura ativista caminhou ao lado de alteração de jurisprudência, que configura a mutação constitucional.

c) Direito da seguridade social

Impõe a Constituição Federal a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei³⁹.

Em regulamentação desse dispositivo constitucional, os Poderes eleitos editaram a Lei Federal nº 8.742, de 07 de dezembro de 2014:

³⁶ “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.”

³⁷ Mesmo após a Lei Federal 11.464/2007: “Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. (...)” (STF, HC 111840 / ES, Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJE 17-12-2013)

³⁸ EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou serem inconstitucionais os arts. 33, § 4º, e 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes (HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, sessão de julgamento de 1º.9.2010, Informativo/STF 598). 2. Ordem concedida. (STF, HC 102351/SP, Ministra Cármen Lúcia, Julgamento: 21/09/2010, Primeira Turma, DJE 15/10/2014).

³⁹ “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário-mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

(...)

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

Após, a Lei nº 12.435/2011:

§ 3º. Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

O Supremo Tribunal Federal tinha posição firme no sentido da constitucionalidade do critério legal para a aferição da miserabilidade⁴⁰. Assim, considerava-se como critério absoluto o valor de ¼ de salário-mínimo, *per capita*. O Supremo Tribunal Federal chegou a prover reclamação nesse sentido, para afastar a análise casuística por cada juiz, a respeito do critério de miserabilidade⁴¹.

Após quase vinte anos de consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (nem sempre acolhida pelas instâncias ordinárias, é verdade), o Supremo Tribunal Federal alterou o seu entendimento de modo a permitir outros meios para a aferição do critério de miserabilidade⁴².

O problema é que a lei não é direcionada somente ao magistrado, mas também aos administradores. Nesse ponto, penso que fica muito difícil para um gestor público, que não possui as mesmas garantias de um juiz, determinar gastos públicos sem base em critérios objetivos.

Na prática, penso que a decisão ativista do Supremo Tribunal Federal, que afastou o critério objetivo previsto na lei e reconheceu a mutação constitucional, acarretará grande judicialização da questão, com consequências ainda não verificadas.

⁴⁰ EMENTA: MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCEITO DE "FAMÍLIA INCAPAZ DE PROVER A MANUTENÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA OU IDOSA" DADO PELO PAR.3. DO ART. 20 DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTENCIA SOCIAL (LEI N. 8.742, DE 07.12.93) PARA REGULAMENTAR O ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.1. Argüição de inconstitucionalidade do par. 3. do art. 20 da Lei n. 8.472/93, que preve o limite máximo de 1/4 do salário-mínimo de renda mensal "per capita" da família para que seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, ao argumento de que esvazia ou inviabiliza o exercício do direito ao benefício de um salário-mínimo conferido pelo inciso V do art. 203 da Constituição. 2. A concessão da liminar, suspendendo a disposição legal impugnada, faria com que a norma constitucional voltasse a ter eficácia contida, a qual, por isto, ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação. 3. O dano decorrente da suspensão cautelar da norma legal é maior do que a sua manutenção no sistema jurídico. 4. Pedido cautelar indeferido. (STF, ADI 1232 MC/DF, Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 26-05-1995).

⁴¹ Transcrição de voto da Ministra Ellen Gracie, efetuado pelo Ministro Sepúlveda Pertence: "Sr. Presidente, recordando os termos do voto que proferi, admitindo que haja uma omissão parcial do legislador, não vejo como deixar a apreciação de cada juiz, em cada caso concreto, estabelecer outras modalidades dessa seguridade social gratuita, quando não o pode fazer na Previdência Social, que pende da contribuição do segurado". STF, RE 439591 AgR/SP, Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 24/06/2005).

⁴² STF, RE 580963/PR, Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 14/11/2013.

d) Direito internacional/direito civil/empresarial

Também é caso paradigmático de mutação constitucional a grande alteração de jurisprudência referente à possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

A Constituição Federal, imposta pelo Poder Constituinte originário, previa (na verdade prevê) expressamente a possibilidade de prisão de depositário infiel⁴³.

Por outro lado, o pacto de São José da Costa Rica, internalizado pelo Decreto nº 678, de 06/11/1992, não prevê essa possibilidade⁴⁴.

Durante mais de vinte anos, o Supremo Tribunal Federal manteve seu entendimento consolidado no sentido de que seria possível a prisão civil de depositário infiel, apesar dos termos do pacto de São José da Costa Rica. O Supremo Tribunal entendia que:

*os tratados internacionais, necessariamente subordinados à autoridade da Constituição da República, não podem legitimar interpretações que restrinjam a eficácia jurídica das normas constitucionais (...). A ordem constitucional vigente no Brasil – que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (artigo 5º, LXVIII) – não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção constitucional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência internacional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República.*⁴⁵

Assim, por mais de vinte anos, o Supremo Tribunal Federal privilegiou a literalidade da Constituição e a possibilidade de o Congresso disciplinar a matéria, impondo a prisão civil nos casos de depositário infiel. É a razão de ser das decisões judiciais até então.

A partir do final de 2006, quando do início do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, verificou-se o reconhecimento pela Excelsa Corte da ilegitimidade da prisão civil do depositário infiel⁴⁶.

No caso, importante observar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente a mutação constitucional⁴⁷.

⁴³ Artigo 5º, LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”

⁴⁴ “7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

⁴⁵ STF, AI 403828 AgR/MS, Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 19/02/2010.

⁴⁶ Mesmo antes do término do julgamento ou da publicação do acórdão, o entendimento pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel já era aplicado (STF, HC 90172/SP, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 17/08/2007).

⁴⁷ É trecho de acórdão: “A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.” (STF, HC 90450/MG, Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 06/02/2009).

e) Direito processual administrativo

Outra mutação constitucional, novamente para suplantar a decisão tomada pelo legislador, refere-se à interpretação da garantia do duplo grau administrativo⁴⁸, na esfera tributária, trabalhista ou mesmo administrativa. Mais especificamente discutia-se se leis podem ou não condicionar o conhecimento do recurso administrativo à efetivação de depósito do valor do tributo ou da multa lançados.

O Supremo Tribunal Federal tinha posição firmada no sentido da constitucionalidade da exigência do depósito recursal. Isso em relação às multas trabalhistas⁴⁹, ou exações fiscais previdenciárias⁵⁰ ou tributárias⁵¹.

No entanto, quase vinte anos após a vigência da Constituição, a partir de 2007, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que a exigência do depósito prévio para conhecimento de recurso administrativo era inconstitucional. Portanto, as leis que assim previam foram consideradas inconstitucionais⁵².

Além da grande mudança de jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal no final de 2010, editou duas súmulas vinculantes, que consolidam a questão em favor da possibilidade de recurso administrativo⁵³.

Novamente, verifica-se a relação de uma postura mais ativista do Supremo Tribunal Federal com a grande virada de orientação da jurisprudência.

f) O caso do artigo 52, X, da Constituição Federal - uma mutação que não ocorreu?

O artigo 52, X, da Constituição Federal atribui a competência para o Senado Federal suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁴.

Apesar do texto da Constituição, parte da doutrina capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes⁵⁵ afirmava que, mesmo em sede de controle incidental, as decisões do Supremo Tribunal Federal seriam vinculantes, de eficácia genérica e *erga omnes*. Assim, na prática, essa doutrina sustentava mutação constitucional⁵⁶ e afastava qualquer participação efetiva do Senado no âmbito de eficácia do controle de constitucionalidade.

⁴⁸ Determina a Constituição Federal, no seu artigo 5º, LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

⁴⁹ STF, RE 210235/MG, Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 19/12/1997.

⁵⁰ STF, RE 309033 AgR/SP, Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 08/03/2002.

⁵¹ STF, AI 390708 AgR/RJ, Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 07/02/2003; STF, RE 368441 AgR/SP, Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 23/05/2003.

⁵² STF, ADI 1976 / DF, Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 17/05/2007.

⁵³ Súmula Vinculante 21: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”; Súmula Vinculante 28: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.”

⁵⁴ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

⁵⁵ Em seu *Curso de direito constitucional*, o Ministro Gilmar Mendes afirma: “Proferi voto reafirmando minha posição no sentido de que a fórmula relativa à suspensão de execução de lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o Supremo, em sede de controle incidental, declarar definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso.” (2. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1091).

⁵⁶ A expressão “mutação constitucional” foi utilizada pelo próprio Ministro Gilmar Mendes, no item 3.5.3 (“A suspensão da execução da lei pelo Senado e mutação constitucional”), conforme “*Curso de direito constitucional*”, p. 1084. A mesma expressão também é utilizada no voto da Reclamação nº 4335.

Em meados de 2014, pelo julgamento da Reclamação 4335, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, deu procedência a uma reclamação ajuizada pela Defensoria Pública da União. É do teor da ementa, da lavra de Gilmar Mendes, o reconhecimento do “efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade” e o reconhecimento do “caráter expansivo da decisão”.

Transcrevo a ementa do acórdão:

Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.⁵⁷

O voto do relator, uma verdadeira aula de direito constitucional, Ministro Gilmar Mendes, foi no sentido da mutação constitucional, a conferir a eficácia “erga omnes” da decisão em controle incidental efetivada em *Habeas Corpus*.

O Ministro Eros Roberto Grau também reconheceu a mutação constitucional⁵⁸.

O Ministro Sepúlveda Pertence não reconheceu a mutação. Não concordou em uma mutação por decreto do próprio Poder que com essa mutação se ampliaria:

Mas não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista.

O Ministro Joaquim Barbosa também não reconheceu a mutação constitucional, embora tenha criticado a atitude de instâncias ordinárias de não se submeter às orientações do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Joaquim Barbosa concedeu o *Habeas Corpus* de ofício⁵⁹.

⁵⁷ STF, Rcl 4335, Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 22/10/2014.

⁵⁸ “A resposta é óbvia, conduzindo inarredavelmente à reiteração do entendimento adotado pelo Relator, no sentido de que ao Senado Federal, no quadro da mutação constitucional declarada em seu voto --- voto dele, Relator --- e neste meu voto reafirmada, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução de lei declarada inconstitucional.” (p. 82 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335).

⁵⁹ Palavras do próprio Ministro Joaquim Barbosa: “Primeiro, as próprias circunstâncias do caso concreto são bem esclarecedoras. O que suscita o interesse da reclamante não é a omissão do Senado Federal em dar ampla eficácia à decisão do Supremo Tribunal Federal. O que a motiva é a infeliz recalcitrância de um juiz em relação à orientação desta Corte. O anacronismo patológico, no caso, não é do art. 52, X, da Constituição, mas do juiz que exerce a autoridade reclamada - portanto, do próprio Poder Judiciário. Receio que, no caso, em que aparentemente estamos a lidar com atos de um juiz que parece estar convicto de que é seu dever julgar contrariamente à orientação do Supremo Tribunal Federal enquanto não vier a suspensão do ato pelo Senado, a resposta da Corte dará ao desaforo uma dimensão que ele não tem. Em resumo, a decisão diverge da orientação da Corte, como tantas outras, e basta verificar que o *habeas corpus* concedido liminarmente pelo relator resolve a questão.” (p. 98 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335).

Também o Ministro Ricardo Lewandowski rejeitou a proposta de reconhecimento de mutação constitucional. Em suas palavras, o reconhecimento da mutação seria afrontosa ao Princípio da Separação de Poderes⁶⁰. Também, pelo seu voto, concedeu o *Habeas Corpus* de ofício.

Após intenso debate, o Ministro Teori Zavascki afastou a necessidade de reconhecimento de mutação constitucional; em teoria não reconheceu a mutação;

*(...) ainda que se reconheça que a resolução do Senado permaneça tendo, como teve desde a sua origem, aptidão para conferir eficácia erga omnes às decisões do STF que, em controle difuso, declaram a inconstitucionalidade de preceitos normativos – tese adotada com razão, pelos votos divergentes –, isso não significa que tal aptidão expansiva das decisões só ocorra quando e se houver a intervenção do Senado (...)*⁶¹

Para o Ministro Teori Zavascki, “a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomada em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, nas hipóteses de que trata o art. 52, X, da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional (...)⁶²”

Em outras palavras e sendo mais simplista do que o Ministro Teori Zavascki, na prática, reconheceu-se que, em alguns casos, pelo menos nos paradigmáticos, havia sim a “força expansiva” das decisões do Supremo Tribunal Federal, no que haveria efeitos *ultra partes*, ainda que sem a resolução do Senado Federal.

Assim, pela minha leitura, sob censura, ainda que não tenha se utilizado da expressão, o Ministro Teori Zavascki também reconheceu certa mutação constitucional, em muito menor medida do que o Relator, Ministro Gilmar Mendes. De toda sorte, há evidenciada preocupação do Ministro Teori Zavascki em evitar o sem número de reclamações, que poderia congestionar o Supremo Tribunal Federal. Assim, o Ministro Teori Zavascki não faz a equivalência entre força expansiva e força vinculante, a permitir o ajuizamento de reclamações⁶³. No caso concreto, no entanto, em razão da superveniência de Súmula Vinculante a respeito, o ministro Teori Zavascki deu provimento à reclamação.

⁶⁰ “Tal interpretação, contudo, a meu ver, levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência daquela Casa Legislativa no tocante ao controle de constitucionalidade, reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo. Com efeito, a prevalecer tal entendimento, a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa.” (p. 120 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335).

⁶¹ P. 150 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335.

⁶² P. 163 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335.

⁶³ “O mesmo sentido restritivo há de ser conferido à norma de competência sobre cabimento de reclamação. É que, considerando o vastíssimo elenco de decisões da Corte Suprema com eficácia expansiva, e a tendência de universalização dessa eficácia, a admissão incondicional de reclamação em caso de descumprimento de qualquer delas, transformará o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte executiva, suprimindo instâncias locais e atraindo competências próprias das instâncias ordinárias. Em outras palavras, não se pode estabelecer sinonímia entre força expansiva e eficácia vinculante *erga omnes* a ponto de criar uma necessária relação de mútua dependência entre decisão com força expansiva e cabimento de reclamação. Por outro lado, conforme ficou decidido na Reclamação (AgRg) 16.038 (Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 22.10.2013) “o remédio constitucional da reclamação não pode ser utilizado como um (inadmissível) atalho processual destinado a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, a submissão imediata do litígio ao exame direto do Supremo Tribunal Federal”.

O Ministro Luis Roberto Barroso também reconhece a importância dos precedentes. No entanto, lembra que seria importante o respeito aos precedentes tanto de forma vertical quanto horizontal (pelo mesmo Tribunal). Não reconheceu a mutação constitucional, apesar de reconhecer que a consagração da tese, desde que pelo Poder Constituinte, traria um avanço⁶⁴. De toda sorte, considerando a superveniência de Súmula Vinculante a respeito, votou pela procedência da reclamação.

O Ministro Marco Aurélio não conheceu da reclamação e rejeitou a tese da mutação constitucional⁶⁵.

O Ministro Celso de Mello acompanhou o voto do Ministro Teori Zavaski⁶⁶.

De toda a análise dos votos, observa-se que a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal não se posicionou abertamente pelo reconhecimento de uma mutação constitucional. No entanto, muitos deixaram claro que, cada vez mais, há de se reconhecer uma força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo em casos referentes a controle difuso de constitucionalidade.

No que interessa a este estudo, verifica-se que a decisão que poderia se delinear caso prevalecesse o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, seria profundamente atípicos (pois reduziria muito o papel do Senado, contra a doutrina majoritária de então). Mais uma vez, verifica-se que, no caso brasileiro, o ativismo judicial tem muita relação com o reconhecimento de mutações constitucionais.

V. Conclusões

O ativismo judicial é fenômeno que decorre da maior judicialização das questões. O Poder Judiciário passou a se preocupar mais intensamente com a efetivação dos direitos fundamentais, proferindo decisões que esbarram em conteúdos de escolhas tipicamente políticas.

No caso brasileiro, o ativismo judicial vem sendo acompanhado de reconhecimento de mutações constitucionais e superação de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Assim, sem negar a força expansiva de uma significativa gama de decisões do Supremo Tribunal Federal, é de ser mantida a sua jurisprudência, segundo a qual, em princípio, a reclamação somente é admitida quando ajuizada por quem tenha sido parte na relação processual em que foi proferida a decisão cuja eficácia se busca preservar." (p. 168 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335).

⁶⁴ De modo que eu acho que aqui a solução institucionalmente mais legítima é a mesma. Portanto, o Supremo acha que esse modelo deve mudar. Porém, como ele está previsto textualmente na Constituição, e nós não somos poder constituinte originário, nem tampouco derivado, eu acho que se pode doutrinariamente concitar o Congresso Nacional a agir.

Porém, penso não ser possível interpretar um Texto Constitucional, como nenhum texto, contra a sua literalidade, contra as possibilidades semânticas que ele oferece, porque, se assim fosse, nós nos tornaríamos donos da razão e donos da verdade em todo e qualquer caso, e o constituinte seria irrelevante.

De modo que eu gosto da tese, mas vejo este obstáculo: a mutação do artigo 52, X. Eu acho até que a realidade tem impulsionado no sentido da mutação, mas nós não podemos prescindir da mudança do texto. (p. 186 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335).

⁶⁵ P. 189 e 190 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335.

⁶⁶ P. 192 e 193 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335.

Bibliografia

- ALVES, Adalberto Robert. *A interpretação e a mutação constitucional*. 2006. 327 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto. Retrospectiva 2008 - judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 18, abril/maio/junho 2009. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 12 nov. 2014.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 475-498.
- DANIELE, Anna Luisa Walter de Santana. *Interpretação e mutação constitucional*. 2008. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. 2008.
- KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of - judicial activism. *California Law Review*, California, p. 1441-1447, Oct. 2004. Disponível em: <http://constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acesso em: 12 nov. 2014.
- OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Ativismo judicial ou ativismo jurídico? O ativismo do poder judiciário como proposta ao passivismo do poder legislativo no Brasil. In: JORNADA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2., 2012, Salvador. Brasília, DF: ESMAF, 2014. p. 221-238. (Coleção Jornada de Estudos ESMAF, 21).
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1432 p.
- MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de uma acórdão controverso. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 487-526.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. 333 p.
- SILVA, Lucas Gonçalves da. *Mutação constitucional pela justiça constitucional: tipologia e limites*. 2009. 160 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2009.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. 1.426 p.

Considerações epistêmicas sobre o controle judicial de políticas públicas

*Renato Soares de Melo Filho*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

*José Duarte Neto*²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: I. Introdução. II. A perspectiva decisória. III. Parâmetros valorativos. IV. A identificação do compromisso judicial. V. O paradigma do acesso ao controle judicial. VI. Conclusões.

I. Introdução

Essencialmente, existem duas condicionantes que atuam no terreno das políticas públicas: a política competitiva, que corresponde à partidária e representativa; e, principalmente, a política constitucional, responsável por trazer para o topo da pauta de prioridades a discussão sobre as possibilidades e limites de seu controle, particularmente o controle judicial. Enquanto fenômeno marcado pela expansão dos direitos fundamentais, suas garantias e instituições postas a seu serviço, a judicialização da política emerge a partir do advento da Constituição de 1988. Desde então, já era possível prever uma tendência a um ativismo por parte do Judiciário que, designado como o guardião de tais direitos, intentava ampliar seu campo de atuação, valendo-se, para tanto, do valor maior de proteção à dignidade da pessoa humana.³

A partir dos questionamentos referentes ao controle judicial de políticas públicas, emergiram problemas relativos ao equilíbrio e à harmonia entre os Poderes; à efetividade dos instrumentos processuais disponíveis; à representatividade adequada na articulação das demandas; e ao risco de apropriação do discurso de tutela dos direitos fundamentais a par aqueles que não sejam os mais carentes dela. Em meio a este plano do controle jurisdicional, conforme identifica a pesquisadora Vanice Regina Lírio do Valle, é possível registrar: a) os plenamente favoráveis a tal controle; b) os que consideram este tema próprio da deliberação política; e c) aqueles que ostentam posições intermediárias, não raro inspiradas excessivamente pelo clamor decorrente das entrelinhas do caso concreto – e menos por uma sistematização teórica de seu conceito e significado jurídico.⁴

¹ Mestre (2013) em Direito Constitucional pela Universidade Estadual Paulista – UNESP, concluindo dissertação intitulada “O ativismo judicial em investida ao Estado Democrático”. Bacharel (2005) em Direito pela mesma Universidade. Possui pós-graduações (*lato sensu*) em Direito Constitucional (2007), Direito Tributário (2008) e Direito Civil (2009).

² Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (2009). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001).

³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 96-97.

⁴ VALLE, op. cit., p. 98.

A temática do controle judicial de políticas públicas enfrenta, atualmente, duas principais frentes de dificuldades: a) oposições referentes ao déficit democrático apontado em relação ao Judiciário (particularmente quanto a decisões que reconfigurem o agir dos Poderes ocupados a partir do princípio representativo); b) oposições que demonstram as deficiências funcionais do Judiciário quanto ao controle e ao redirecionamento de políticas públicas. De modo geral, a atuação jurisdicional em sede de políticas públicas se inicia a partir do momento que se constata a não efetividade dos direitos fundamentais – relativamente à própria inexistência de atuação estatal ou mesmo quanto ao descabimento da moldura normativa do agir do Estado.⁵ O controle judicial de políticas públicas ocasiona, assim, uma mudança da percepção jurisdicional do campo abstrato da conformação do direito fundamental para o plano da efetividade, de sua concretização.⁶ Em tal controle, o conflito de interesses contém elementos a serem utilizados na decisão judicial que, tradicionalmente, não compõem seu desenho original, como a eleição de prioridades de atuação em situações de múltiplas demandas e recursos escassos. Da conjugação destes elementos emerge, porém, um risco considerável de transformação das decisões judiciais em singela retórica.⁷

II. A perspectiva decisória

Exercício primordial a ser realizado pelo magistrado é de determinar se a lide que a ele se apresenta envolve tão somente a implementação de políticas públicas na tutela judicial da autovinculação, ou quando a demanda se refere à própria formulação das políticas públicas. No primeiro caso, a raiz da atuação jurisdicional constitui o contraste com a própria política pública existente, em vista de sua aptidão a determinar a autovinculação, caso em que o Judiciário age, exercendo sua função jurisdicional típica, reconduzindo o Poder à trilha de funcionamento que ele próprio estabeleceu.⁸ Na segunda hipótese, em que se cogita nitidamente de uma decisão de caráter substitutivo, inequivocamente se adentrará num campo sujeito a um ônus argumentativo maior, sem o qual a decisão não será legítima.⁹ Hodiernamente, na tentativa de apresentar uma

⁵ *Ibid.*, p. 99-101. Este malogro do Judiciário pode ser encontrado em outros níveis. Se em muitos conflitos o predomínio da técnica como principal questão já expressa uma dificuldade, o mesmo ocorre com as relações de mútua referência e dependência das atuações públicas, as quais podem gerar divergências na análise do Judiciário. Isto ocorre à medida que a plena compreensão das políticas públicas somente é possível em meio às suas relações de coordenação, o que, por consequência, amplia o espectro da decisão do julgador para além do objeto do pedido, implicando uma cogitação quanto às possíveis relações de interferência recíproca entre as molduras normativas do agir estatal. Outra ameaça decorrente da potencial disfuncionalidade do Judiciário em meio ao controle de políticas públicas envolve a provável combinação de um “sem número” de variáveis a serem analisadas (e mesmo controladas), relativamente ao direito fundamental não efetivado. Tal aspecto corresponde, assim, ao risco de se obscurecer os limites de um problema concreto: esta indiferença, de ordem cognitiva, contribui para uma perplexidade ou deficiência na construção das decisões que supostamente deveriam sanar o desatendimento ao direito fundamental. O controle judicial de políticas públicas demanda, melhor dizendo, um comportamento específico, devendo seu debate ser reduzido à implementação das escolhas efetuadas anteriormente. Tal fato, a seu turno, origina outra série de indagações: a) qual a origem das escolhas relativamente à política pública judicialmente demandada? b) o estabelecimento da política pública seguiu um ditame constitucional ou legislativo, ou seguiu uma determinação da linha de conduta supostamente devida em função das preferências do agente (político) controlador? (VALLE, *op. cit.*, p. 104).

⁶ Cf. CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70-169.

⁷ Cf. BITENCOURT, Carolina Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. 368 p.

⁸ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: _____; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 125-150.

⁹ Cf. FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto; FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Interpretação e fundamentação nas decisões judiciais sobre políticas públicas. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, Franca, n. 19, p. 179-197, 2010.

solução no campo da efetividade do controle de políticas públicas, evidencia-se a formação de um conjunto de propostas que comungam a intervenção jurisdicional na execução ou composição do orçamento público em quaisquer das faces do art. 165 da CF, cuja aceitação faz-se cada vez mais forte na jurisprudência nacional.¹⁰

Em sentido estrito, a readequação ou o remanejamento do orçamento operam tão somente na superação do argumento da ausência de fonte de financiamento – sem que se considere uma perspectiva mais ampla. Ao passo em que o plano de fundo em que se desenvolve uma política pública dificilmente se esgota num exercício financeiro singular, evidenciando-se desde logo um indicativo de insuficiência deste mecanismo para fins de controle judicial de políticas públicas.¹¹ Com efeito, o remanejamento do orçamento, enquanto técnica de solução do supramencionado conflito, inspira-se no enfretamento de demandas individuais em sede de controle jurisdicional. Relativamente a tais hipóteses, a decisão judicial de remanejar verbas orçamentárias pode constituir uma técnica eficaz, embora possa gerar receios em função de seu traço de forte inspiração individualista.¹² Quanto às demandas coletivas, a realocação do orçamento aparentemente desconhece a circunstância de que, em sendo limitadas as dotações orçamentárias, a destinação de valores a um programa ou ação naturalmente implica a diminuição do montante a ser distribuído a outras atividades e funções do Poder Público.¹³ Desta forma, é necessário que se afirme o entendimento de que uma atuação estatal cuja inspiração original envolva o discurso da busca de concretização de uma justiça distributiva pode se converter, na prática, numa transformação em sentido oposto desta lógica, ratificando

¹⁰ VALLE, op. cit., p. 105-108. Destaque-se, porém, que o emprego desta estratégia representa uma evidente reação do Judiciário frente ao reiterado argumento de ausência de orçamento e da reserva do possível, que se converte em obstáculos a qualquer pretensão de efetivação de direitos fundamentais. Registre-se, também, a resiliente indiferença, por parte da Administração, acerca do que seja efetivamente a inexistência de recursos e o que decorre de escolhas por aquelas implementadas – em dissonância com o conteúdo da prestação jurisdicional requerida. Considera-se, mesmo que esta solução resulte em avanços relativamente aos argumentos paralisantes expostos, que ela demonstra uma baixa incorporação, de parte do Direito, acerca do seja ou deva ser o orçamento e as políticas públicas (Idem, p. 108).

¹¹ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 506 p.

¹² Cf. MANIGLIA, Elisabete (Org.). *Direito, políticas públicas e sustentabilidade: temas atuais*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011. 269 p.

¹³ Uma perspectiva (ao nosso ver equivocada) quanto aos problemas relativos à insuficiência de verbas públicas para a realização de serviços sociais é apontada no controle de constitucionalidade das leis orçamentárias. Neste sentido, cogita-se o controle em função da averiguação da destinação do monte mínimo de verbas, conforme disposto pelo art. 77 do ADCT. Para tanto, sugere Luciana Gaspar Melquiades Duarte, que seria suficiente apurar os percentuais dispostos pela CF em matéria de saúde e educação, considerando os impostos arrecadados e o total da receita gerada pelas contribuições, para então verificar se tais percentuais estão sendo atendidos e os recursos devidamente investidos em políticas públicas. Em não sendo possível o controle judicial da elaboração da lei orçamentária, emerge, segundo a autora, a alternativa da tutela inibitória coletiva, por meio da qual se poderia buscar a obrigação de que seja destinada verba no orçamento seguinte para determinada política. Tal possibilidade teria, em tese e na sua visão, grande utilidade nas demandas de saúde de primeira necessidade que implicassem elevados custos não contemplados no orçamento, mas capazes de impactá-los. Ao mesmo tempo em que resguardaria, segundo a autora, o conteúdo mínimo do direito social, medida esta alinhada aos princípios financeiros do planejamento e equilíbrio entre receitas e despesas públicas. Para que se gerasse, assim, endividamento público, os recursos para este provimento deveriam ser subtraídos do exercício posterior. Com efeito, em sua ótica, o Judiciário brasileiro não teria preparação adequada para lidar com conflitos transindividuais próprios do modelo de Estado de Direito estabelecido pela CF 88, em função do fato de que as estruturas daquele foram erigidas sob a égide de um modelo liberal-individualista. Seria necessária, em sua perspectiva, a adequação desta postura, uma vez que a opção constitucional por um Estado Social obrigaria ao Poder Público a função de conter os excessos, mediante a redistribuição de riqueza. No âmbito do Estado intervencionista, a inexistência de políticas públicas condizentes com um Estado Democrático de Direito impingiria uma atuação do Judiciário como instrumento de resgate dos direitos não efetivados. Cf. DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde*: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 294-296.

uma espécie de direito à preferência de determinado jurisdicionado (ou classe de jurisdicionado) ou área da própria atuação estatal – a despeito desta preferência não ser expressa pela Constituição.¹⁴

No que tange ao orçamento, ainda é importante apontar o fato de que sua racionalidade econômica abrange uma face de uma pretensa atuação estatal, estando longe, porém, de constituir um quadro normativo de ação próprio daqueles que suportam as políticas públicas. Desta forma, a despeito de as políticas públicas dependerem de recursos orçamentários para sua efetivação, a readequação orçamentária não deve ser considerada um mecanismo adequado de intervenção judicial sobre as políticas públicas – tanto por conta de geração de desequilíbrios, quanto por conta de que os recursos a serem empregados nas políticas públicas não possam ser precisamente definidos pelo Judiciário. Em meio a esse panorama, deve-se ressaltar que o resultado da atuação estatal (parâmetro para medir sua eficiência) é comumente associado à legitimação da escolha pública que precede o desenvolvimento da função administrativa. Assim, parece ser o próprio déficit de representação política do Judiciário que recomenda uma especial preocupação com o aspecto legitimador de sua atuação, particularmente quando há a substituição de Poder que se demonstrou omissivo ou incapaz no cumprimento de suas atribuições.¹⁵ Desta forma, em se tratando de controle de políticas públicas, a decisão judicial adquire uma pretensão transformadora de um plano de fundo marcado pela inércia ou insuficiência da atuação pública, sendo neste sentido que emerge uma nova dimensão do requisito constitucional da motivação da decisão judicial – que obrigatoriamente deve estar associado aos resultados que futuramente se pretende alcançar. Assim, se a legitimidade do Executivo e do Legislativo decorre do voto, a legitimidade do Judiciário decorre da motivação de suas decisões e da exposição dos resultados que estas pretendem alcançar.¹⁶

Ademais, a própria motivação da decisão judicial concede ao Judiciário um parâmetro para a aferição do cumprimento da sentença.¹⁷ Dito isto, é possível que a conduta determinada pela ordem judicial tenha sido cumprida sem que o resultado desejado se tenha materializado – situação em que o vício está no conteúdo da decisão, não na conduta administrativa.¹⁸ Particularmente, neste ponto, que emerge o problema da fal-

¹⁴ VALLE, op. cit., p. 109-111.

¹⁵ Cf. SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1-33.

¹⁶ VALLE, op. cit., p. 112.

¹⁷ Cf. TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. 197 p.

¹⁸ VALLE, op. cit., p. 116-118. É possível dizer que o STF incluiu no plano constitucionalmente admitido do exercício da função jurisdicional o controle da implementação de políticas públicas, do qual resulta a incorporação/fortalecimento deste discurso na jurisdição também do STJ (vide REsp 575.280/SP, REsp 736.524/SP; e REsp 485.969/SP). Relativamente ao direito à educação, é importante destacar a maior frequência da provocação da jurisdição em sede de demandas de cunho coletivo, implicando o desenvolvimento da reflexão, pelos julgadores, sobre estas questões a partir da matriz coletiva de raciocínio. De modo geral, o controle judicial de políticas públicas no campo da saúde se subdivide em dois grupos (ao menos no que tange aos tribunais superiores): a) aquele em que o direito à saúde é apresentado numa matriz coletiva, demandando uma atuação universal e equânime em favor de um dado setor social ou reestruturação das atuações públicas relativas à superação de uma deficiência nas estruturas de saúde; b) aquele em que o direito é judicializado sob uma matriz individual, baseando-se no argumento da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana (Ibid., p. 123-126.). Enquanto no STF a discussão acerca de políticas públicas de saúde tem se sedimentado sob a perspectiva coletiva – noção evidenciada pelas decisões mais recentes, pela abertura a uma maior participação da sociedade numa seara que lhe interessa de perto –, no STJ a situação não é tão distinta. Exemplo de tal assertiva é o REsp 811.608/RS, em que se manteve a decisão “a quo” que havia condenado a FUNASA à

ta de experiência do Judiciário para a interferência no campo da garantia dos direitos fundamentais: tal Poder não dispõe de preparação para lidar com aspectos relativos à economia, administração e fiscalidade, necessariamente envolvidos no orçamento público.¹⁹ Tendo em vista a construção de um ponto de partida adequado para o controle judicial de políticas públicas, entende-se imprescindível a verificação dos precedentes jurisprudenciais estabelecidos. De modo geral, e embora sem suficiente elaboração teórica, sem uma noção integral do problema e sem alcançar a desejável universalidade no plano das políticas públicas, o Judiciário tem chamado a possibilidade de intervir, controlar e mesmo estabelecer políticas públicas (especialmente, quanto ao último, a partir da ADPF 45).²⁰

III. Parâmetros valorativos

Percebe-se relativa divergência entre a jurisprudência: nem sempre a transposição do dispositivo ou da fundamentação de um julgado para outro reflete o que ali se tenha estabelecido ou se encaixe àquilo que outrora se demanda. Quando se parte para uma análise global, de todo o Judiciário, as divergências são ainda maiores, não raro se encontrando decisões que não se configuram, ao modo que foi decidido no STJ ou STF, em violações do direito à saúde ou do direito à educação. No entanto, a multiplicação dessas hipóteses oferece ao Judiciário a oportunidade de ampliar sua noção acerca dos problemas e variáveis que atingem na formação e equacionamento das demandas relativas a políticas públicas de educação e saúde.

implantação de uma política de saúde destinada a uma população indígena – tratando-se, assim, de um controle de constitucionalidade de políticas públicas por omissão. Não se pode deixar de mencionar, também, o Resp 577.836/SC, que determinou o prosseguimento de uma ação civil pública extinta em função da impossibilidade de seu pedido – no caso, entendeu-se que o provimento objetivado pelo MP era demasiadamente genérico, envolvendo práticas não respaldadas constitucionalmente, como ações concretas do Poder Público sem qualquer correspondente previsão orçamentária, gerando, ao final, violação dos ditames constitucionais disciplinadores da despesa pública (Ibid., p. 139-133).

¹⁹ No Rext. 271.286, considerado “leading case” na seara do direito à saúde, foi afirmado o caráter imperativo do art. 196 da CF, determinando ao Governo do Rio Grande do Sul, solidariamente à Prefeitura de Porto Alegre, a entrega de medicamento para tratamento de HIV a paciente destituído de recursos – tratava-se de um caso em que havia política pública que correspondia ao pedido, mas que não contemplou o paciente por problemas de sua implementação. Ressalte-se que o conjunto de decisões monocráticas que sobreveio invocando este mesmo caso, afastando-se a premissa da existência de política pública e de sua falha e da condição de “pobre” do paciente, culminou por determinar um alargamento das hipóteses de tutela a direito individual, pela via da garantia de entrega de remédios, tratamentos médicos e outras providências. Por outro lado, na SS 3.201/GO e SS 3.274/GO, o STF deferiu a suspensão da decisão que obrigava o Estado de Goiás a disponibilizar medicamento para infertilidade feminina inespecífica. O argumento para esta suspensão se deu em função da irreversibilidade configuradora do provimento liminar – cabendo ressaltar que a decisão naqueles casos não se estendeu para outros similares, haja vista as especificidades do caso concreto. Por fim, no Rext. 566.47 foi reconhecida a repercussão geral da controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo – denunciando, de certa forma, a multiplicação das demandas relacionadas ao direito individual à saúde e ao reconhecimento de sua importância (VALLE, op. cit., p. 134-137).

²⁰ Relativamente às decisões do STJ, percebe-se que o tema das políticas públicas é analisado sob a perspectiva da esfera individual de direitos (embora estas decisões estejam calçadas em dispositivos constitucionais). Tal aspecto confere um relevo concreto a essas demandas, inclinando aquele tribunal a posições mais protetivas – explicando, de certa forma, uma postura alinhada à noção de direito universal à saúde e à educação, ao revés das políticas públicas enquanto mecanismo possível de limitação dos contornos de tais direitos fundamentais. Já as decisões do STF combinam as pretensões individuais e de caráter mais amplo, trazendo à Corte uma mais ampla noção das consequências sociais, econômicas e políticas de suas decisões. Quanto ao aspecto da falta de experiência em casos específicos e de maior complexidade, o STF tem promovido aberturas, como a admissão de “amicus curiae” e a realização de audiências públicas. Destaque-se, relativamente às decisões do STJ e STF, que alguns aspectos determinantes das análises efetuadas se apresentam mais sugestionáveis do que sistematizados ou reiteradamente expressos em suas decisões. Mais ainda, as peculiaridades do direito à saúde e à educação são indispensáveis à interpretação dos precedentes estabelecidos – dado que, aparentemente, tem sido desconsiderado nas discussões sobre o controle judicial de políticas públicas (Ibid., p. 138-139).

Vanice Regina Lírio do Valle apresenta uma proposta de esquematização de parâmetros de construção de uma decisão judicial que responda a uma apontada violação à dimensão objetiva de direitos fundamentais. Essa proposta tem como premissas: 1) que o controle de políticas públicas seja atividade que remeta à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, devendo ser encarada a partir de uma perspectiva da coletividade dos destinatários; 2) de que a ação de controle substitutiva, mesmo quando desenvolvida pelo Judiciário, se constitua em absoluta exceção ao desenho constitucional de funcionamento do Poder, devendo ser minimizada sua possibilidade de aplicação.²¹ Não se pode descartar que uma política pública concebida, implementada e orientada constitucionalmente seja exitosa quanto à adequação entre problemas e diagnósticos, alcançando os resultados programados e, ainda assim, reste um cidadão, isoladamente considerado, não atendido na garantia da dimensão subjetiva da orientação constitucional sobre a qual a ação da Administração fora implementada.

A sindicalização de políticas públicas abrangerá, obrigatoriamente, uma possível autovinculação (decorrente dos termos em que política pública se tenha concebido e enunciado) e, especialmente, a discussão relativa à heterovinculação constitucional, em que a simplicidade das afirmações garantísticas não pode criar a falsa impressão da possibilidade de concretização (um caráter meramente programático), sempre na sua máxima extensão, pelo Judiciário, de todos os direitos fundamentais. Distinguir lides individuais do controle judicial de políticas públicas pressupõe que a racionalidade a ser aplicada sobre esta seja a da teleologia e proporcionalidade da Administração quanto aos recursos disponíveis, aos esforços esboçados e àqueles efetivamente despendidos. Trata-se de um campo permeado por um imperativo dialógico, de investigação mais arraigada acerca dos limites reais do quadro normativo da política pública controlada.²² A prática dialógica é um requisito essencial para a análise a ser efetuada sobre a política pública controlada judicialmente, provocando a participação e a justificação, pela Administração, de seus programas de ação, repercutindo, ao final, em sua própria

²¹ VALLE, op. cit., p. 140-143. A despeito de esta situação não implicar uma necessária inadequação daquela política pública, não se há de afastar a possibilidade de que este cidadão busque e obtenha seu direito judicialmente. A análise da realidade denuncia que as decisões judiciais não têm este cuidado distintivo: na mente dos atores jurídicos, o tema da judicialização de políticas públicas determina que se afirme ter-se efetuado o controle do plano normativo de ação, quando na verdade o que se realiza é a retificação da não efetividade de um direito fundamental em favor daquele cidadão. É extremamente importante, assim, distinguir a tutela individual do direito fundamental e o controle judicial de políticas públicas pois, uma vez que este é admitido, exige-se, repudia-se ou reprograma-se um quadro normativo de ação, de forma a adequá-lo às hétero e autovinculações a ele favoráveis, tendo por base a Constituição e os elementos formadores da própria política pública sindicalizada. A tutela individual, por outro lado, cinge-se à exclusiva garantia em favor daquele que a invocou, sendo articulada a partir das particularidades do caso concreto. A não distinção destas situações tem levado, em um plano mais abrangente, à predação da renda pública por um determinado grupo (o das lides individuais), razão por que, assim, a distinção implica a consideração da matriz do coletivo e da prospectiva prevista para a política pública, desvinculando-se das constrições das lides individuais e da escassez de recursos (Ibid., p. 145).

²² VALLE, op. cit., p. 146-148. O ponto de partida do controle judicial é dado pela investigação do tema abrangido pela lide, particularmente quanto à existência de uma política pública – enquanto complexo de processos destinados a estabelecer e implementar ações que, atribuídas ao sistema decisório governança-administração, efetivam e dão concretude aos mandamentos constitucionais, de modo explícito ou implícito, obrigatório ou dispositivo – que se poria como questão prejudicial lógica à concessão da prestação jurisdicional. Assim, a medida jurisdicional pode implicar tanto na obrigação de criação de uma política pública – e não as consequências ou produtos desta – atacando, na fonte, uma patologia que demonstra o não atendimento de um dever constitucionalmente atribuído à administração, não só quanto à garantia de dado direito fundamental, mas de elaboração de programas relacionados finalisticamente a esta mesma garantia. A judicialização do debate relativo aos predicados da enunciação de políticas públicas possibilita a superação de diversos obstáculos, pois é possível que a implementação da política pública identifique-se como necessária, mas talvez encontre bloqueios pela atuação de outras instâncias interventoras nestes processos (Ibid., p. 150-151).

legitimidade. Com efeito, o Judiciário, em sede de controle de políticas públicas, não pode descartar a dimensão subjetiva da implementação de uma política de cunho macro, destinada à coletividade: isto poderia gerar uma expectativa por parte da sociedade (de que o controle judicial iria corrigir todos os erros e falhas da política pública), a qual poderia vir a ser a contrariedade ante a realidade dos fatos.²³ O nível de confiança do Judiciário (e, principalmente, a sedimentação de sua função de árbitro dos impasses sociais) depende da parcimônia na autoafirmação de sua capacidade de resolver impasses os quais, muitas vezes não sem razão, a Constituição, o Executivo e o Legislativo não foram capazes de resolver.

IV. A identificação do compromisso judicial

A competição das intervenções estabelecidas a título de controle judicial pode ensinar a coexistência de obrigações direcionadas à Administração, no sentido, inclusive, de compor uma agenda ou planejamento de atuação da Administração. Isto se deve ao fato de que a abertura de uma instância neutra, relativamente aos sentidos decisórios da ação política e suas prioridades, pode permitir o ingresso de temas não tratados por políticas públicas na pauta da Administração. O ponto de partida se encontra no reconhecimento, pelo Judiciário, de que sua função não é, tampouco poderá ser, substitutiva, mas, sim, indutiva do normal desenrolar das atribuições do Executivo e Legislativo, e pelas demais estruturas institucionais dispostas pela Constituição. Mantém-se, desta forma, o predicado de que quando a Constituição não dispõe explicitamente o caminho de atuação de um Poder, não deve o Judiciário substituir a instituição detentora do dever de formulação dessas mesmas políticas. Desse modo, será só a enunciação das políticas públicas – pelo ente expressamente disposto pela Constituição – que possibilitará o prosseguimento legítimo do controle judicial, com previsibilidade das providências de implementação. O desempenho tópico deve estar limitado a dispor uma atuação concreta, sem qualquer compromisso com as etapas de implementação e os resultados de tal atuação.²⁴

²³ À medida que passou a ser possível, no processo coletivo, a indeterminação das partes e o estabelecimento de uma adequada representação, verifica-se a promoção de uma ruptura de todo arcabouço processual que implicou uma alteração profunda de seus principais institutos. Com efeito, a realidade demonstra que o processo coletivo vem sendo empregado para fins distintos que o da efetivação de direitos fundamentais sociais – seu principal objetivo. Este desvio de finalidade justifica-se em função do baixo prestígio que a efetivação dos direitos fundamentais sociais tem recebido, bem como em função da ausência de determinação do âmbito de atuação do Poder Judiciário no Brasil. O assentamento dos fundamentos do direito processual constitucional levou longo tempo para ser levado a cabo, uma vez que, até a promulgação da Constituição de 1988, o direito processual brasileiro era fortemente permeado de predicados individualistas, cujas circunstâncias redutoras, no conceito de jurisdição, só foram superadas em função do instrumentalismo. Hodiernamente, percebe-se que algumas mudanças na doutrina e na jurisprudência indicam a superação de algumas resistências, tendo o Judiciário brasileiro reconhecido sua jurisdição sobre os demais Poderes – v.g., as “questões políticas” não mais constituem obstáculos à atuação judicial, assim como se passou a entender ser defeso ao Judiciário, em regra, analisar o mérito do ato administrativo. Com efeito, ainda não foi superada a divergência, entre a doutrina e a jurisprudência, acerca da possibilidade do controle de políticas públicas por meio do Judiciário. Em grande parte, isto se deve ao fato de que é a omissão do Estado na efetivação de políticas públicas que causa um impasse na compreensão da abrangência do processo coletivo (CANELA JUNIOR, op. cit., p. 124-126).

²⁴ VALLE, op. cit., p. 152-154. Contudo, a persecução judicial da obrigação de fazer – cujo cumprimento corresponda à enunciação de uma política pública – desafia uma nova aproximação entre o próprio andamento judicial do processo, no plano da admissão da participação de outros agentes que possam contribuir com a resolução da contenda, no aspecto da possibilidade de utilização de dados empíricos e extraídos de outros ramos do conhecimento e, sobretudo, no cenário da inserção de outra dimensão temporal das decisões que abranja o espaço de tempo necessário à atuação exigível, porém não havida, da Administração. Os obstáculos de efetivação dão ensejo a uma necessária atuação criativa do Judiciário, que deve ser desenvolvida transversalmente sobre vários ramos do conhecimento. A teorização de novos instrumentos processuais de garantia

O reconhecimento de que a enunciação de uma política pública implica uma autovinculação jurisdicionalmente exigível da Administração tem como principal consequência a reafirmação da importância e da utilidade de eventual persecução jurisdicional desta mesma obrigação. Existindo uma política pública formulada, com seus componentes essenciais evidenciados, e autovinculante, sua interrupção ou obstrução demanda, sob a perspectiva da legitimidade, um ônus argumentativo muito maior – dando-se oportunidade ao controle jurisdicional da proporcionalidade da opção que obstaculiza uma dada ação programada para implementar outra, descontinuando os esforços desenvolvidos até então. A sindicalização de políticas públicas, vista sob o prisma da indução ao cumprimento da obrigação de enunciação delas – bem como na autovinculação necessariamente associada –, é uma via que, ademais de possível, opera com conceitos familiares ao Judiciário, ao mesmo tempo em que não o insere no centro de uma atuação para a qual ele não é funcionalmente adequado (a formulação de políticas públicas).²⁵

A carga valorativa da Constituição determina, ademais de preceitos explícitos de conteúdo assecuratório de direitos, uma pauta de prioridades vinculativas das políticas públicas. Em áreas em que o significado da garantia constitucional não seja inequívoco, cabe aos mecanismos democráticos de decisão possibilitar a acumulação de consensos sucessivos aptos a parametrizar as estratégias de ação da Administração. Desta forma, o detalhamento da atuação do Poder Público abrange a coordenação dos interesses conflitantes, ao passo que o dissenso em relação a estas prioridades de ação é uma possibilidade sempre atual, que auxilia a fundamentação dos pactos de convivência e continuidade das políticas públicas. A decisão judicial pode, ao revés de apontar um vício, representar a oportunidade de se demonstrar pontos de vista que, a despeito de se revelarem aptos a demandar uma ordem judicial de correção, mostram-se relevantes para uma mudança na agenda da Administração, melhor dizendo, uma nova priorização ou reconfiguração de ações.²⁶

de direitos fundamentais deve ser edificada por agregação, sem medo de reconhecer as deficiências da própria elaboração teórica e, menos ainda, sem buscar nelas o fundamento para a negação do cabimento do controle. Não está afastada, porém, a apreciação judicial de uma política pública formalmente enunciada. Em tal situação, na medida em que formulada pela própria Administração, a política pública questionada judicialmente resta vinculativa, trazendo parâmetros. Assim, a atuação do Judiciário, que não constitui mais em intervenção sujeita a críticas quanto à sua legitimidade, passa a se caracterizar como mera coerção ao cumprimento, pela Administração, dos compromissos por ela própria estabelecidos (Ibid., p. 155-157).

²⁵ A Constituição conferiu ao Judiciário competência residual em sede de políticas públicas: isto implica que o Judiciário não pode atuar arbitrariamente sobre as implementadas pelos demais Poderes. A atuação judicial deve ser realizada, preferencialmente, em função do processo coletivo, em respeito ao princípio da igualdade. Ajuizada a demanda coletiva, o Judiciário deverá realizar duas espécies de análises: a eventual declaração do direito fundamental violado; e o cumprimento da sentença. Existem limites no controle de políticas públicas pelo Judiciário, os quais, contudo, não se referem à impossibilidade de reconhecimento judicial da violação. Estas limitações restringem a jurisdição quando do cumprimento de sentença ou em situações de tutelas de urgência, posto que moldam a efetivação dos direitos fundamentais no tempo. Ao Judiciário não é defeso suspender a atividade declaratória do direito fundamental violado sob a justificativa que esta se depara com limitações à efetivação da sentença. Desta forma, é afastada a suspensão da atividade jurisdicional, da mesma maneira que se oportuniza a vinculação do orçamento ao provimento jurisdicional no tempo. Do mesmo modo, passa-se a admitir que os direitos fundamentais progressivamente violados pelo Estado sejam elencados em sua agenda programática, sedimentando o processo como instrumento de realização da democracia social. Em função da relevância e essencialidade dos direitos fundamentais à vida em sociedade, estes se tornaram temas largamente discutidos no cenário político brasileiro, bem como foram objeto de diversas políticas públicas. Pode-se afirmar que os direitos fundamentais correspondam a demandas direcionadas pela sociedade ao corpo político quase que de modo inato. A pretensão à satisfação coercitiva dos direitos dispostos no art. 6º da CF indica o objeto do processo coletivo, isso justamente a partir do momento em que tais bens da vida não são satisfeitos de forma espontânea pelo Estado (CANELA JUNIOR, op. cit., p. 148-151).

²⁶ VALLE, op. cit., p. 158-161.

V. O paradigma do acesso ao controle judicial

A supremacia das normas constitucionais dá origem a posicionamentos filosóficos e jurídicos consubstanciados em distintas concepções sobre o controle judicial das políticas públicas. O primeiro desses posicionamentos é denominado substancialista e se ampara na noção de que apenas a Constituição pode definir o conjunto axiológico norteado das decisões políticas. Já o segundo corresponde ao posicionamento procedimentalista, o qual dispõe que é a Constituição que deve garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrática, de modo que cada geração possa efetuar suas próprias decisões. No entanto, esses posicionamentos coincidem ao considerar que os direitos fundamentais consistem num “consenso mínimo”, oponível a qualquer grupo e geração política. O Judiciário seria, assim, o detentor do controle sobre a juridicidade dos atos que implementam as políticas públicas – e não o poder de criação destes. Numa perspectiva processual, isto é evidenciado a partir do princípio da inafastabilidade da jurisdição, enquanto numa perspectiva administrativa isto se deve ao fato de que todos os atos da Administração se submetem ao controle do Judiciário. Com efeito, o fato de a Administração Pública estar institucionalmente subordinada ao controle do Judiciário não é suficiente para garantir o controle das ações executivas e sanar as antijuridicidades ou omissões praticadas no desempenho da função administrativa: deve-se garantir, também, o efetivo acesso de todos ao Judiciário, de forma que qualquer cidadão possa obter a tutela relativa ao direito fundamental descumprido.²⁷

A questão do acesso à Justiça tem ainda mais destaque quando se insere no controle dos direitos sociais, particularmente quanto ao direito à saúde, quando a ingerência do Judiciário pode ser o elemento que garanta as condições não apenas necessárias para a preservação da dignidade humana, mas também consista na garantia da preservação da vida. Não se afasta o fato de que, em sua atuação, o magistrado não dispõe de um poder de decisão arbitrário, ou até mesmo caridoso, quando questões de vida ou morte são levadas à sua apreciação. É certo que as frustrações decorrentes do não cumprimento de promessas pelo Estado Social colaboram diretamente para que os direitos sociais sejam realizados por meio do Judiciário, indicando que este se converteu em espécie de um “refúgio de um ideal desencantado”.²⁸ A intervenção judicial corresponde, assim, a uma derradeira esperança de realização dos valores igualitários perseguidos pelo Estado Social e pela democracia, o que acarreta uma transformação da própria concepção de Judiciário – então visto como agente de punição e retaliação social. Decorre, por assim, dizer dessa transmutação institucional do Judiciário o enfraquecimento de outras vias de mediação, como as associações e os partidos políticos. Em última análise, a judicialização da política corresponde à ruína da “soberania popular”, ensejando a substituição da autonomia do cidadão pela figura do “cidadão cliente” ou “cidadão vítima”. O desmoroamento do civismo implica a busca pela salvaguarda dos direitos fundamentais – e, também, na exclusão do cidadão do processo de formação da vontade política.²⁹

²⁷ DUARTE, op. cit., p. 277-279.

²⁸ Ibid., p. 280-282.

²⁹ Uma evidência da transmutação institucional do Judiciário decorre do instituto da súmula vinculante: na premissa de responder a um “sem-número” de processos judiciais e com a conseqüente demora na prestação jurisdicional, impactando diretamente na legitimidade do Judiciário, a súmula oculta um dos principais problemas deste Poder nacional: seu despreparo para lidar com conflitos transindividuais, existentes em uma sociedade desiludida com um paradigma não alcançado da socialidade do Estado. Deve-se ressaltar, por outro lado, a relevância da presença do Judiciário na vida pública, enquanto instância de controle de políticas públicas – o que, porém, não deve ser interpretado como uma ode a este Poder, que enfrente problemas

VI. Conclusões

A sindicalização individual de direitos fundamentais, desde que reiterada, pode evidenciar um déficit de resultados de eventual política pública implementada em dado segmento. Tal situação pode sugerir a provocação do controle judicial da política pública em abstrato, por intermédio de ações coletivas cabíveis – manejadas pelos respectivos legitimados. Quanto às hipóteses em que o quadro normativo de ação do Poder Público não constitua o objeto da ação, ou ainda que o seja, a atuação judicial possa revelar-se um elemento indutor de mudanças, sensibilizando os titulares de subsistemas sociais que ditam o processo de formação da pauta de ações políticas, os quais nem sempre estão dispostos a direcionar seu capital político em uma empreitada que vise a uma mudança de escolha de prioridades e não se lhes apresente consolidada como expectativa social. Essencialmente, um sentido jurídico possível do controle judicial de políticas públicas deve transparecer um duplo compromisso: aquele com uma efetividade constitucional que não destoe da facticidade econômico-social, bem como o que se direciona à consolidação de uma prática institucional efetivamente democrática, operada sob a perspectiva da ação-coordenação dos Poderes como garantia máxima de seu agir e acorde com a moldura constitucional.³⁰

Não será de nenhuma valia o reconhecimento de um dever constitucional de ação administrativa articulada por meio de políticas públicas enquanto instrumento de efetividade da dimensão objetiva dos direitos fundamentais se estas não se revelarem factualmente úteis ao desvelamento, em favor da cidadania, dos caminhos e propósitos de agir do Poder. A recepção de políticas públicas – enquanto um veículo judicializado do plano de ação estatal corresponda ao enrijecimento de uma estrutura que associa escolhas públicas como manifestação de governo – maximiza abertura ao controle. O grande problema, assim, está em viabilizar a coexistência entre a consideração às opções administrativas e o espaço reservado (e devido) à livre atuação de suas instâncias de avaliação, de forma que possam conviver de forma construtiva – sem competirem entre si, paralisando toda a atuação do Poder Público. Controle com poder e governo com liberdade é a receita da estrutura hipermoderna do poder e é sob esta perspectiva que devem ser construídas as propostas de controle judicial de políticas públicas.³¹

não desprezáveis. Não se deve, porém, reduzir a democracia à representativa pura, numa crença cega e desiludida de que o Executivo e o Legislativo são suficientes a implementar as melhores escolhas para a condução da vida pública. Num plano de fundo de inércia social e questionamento da representatividade, recusar o acesso ao Judiciário – ente que possibilita, em alguma escala, a efetivação de direitos sociais e de condições mínimas para o civismo – seria considerado um retrocesso político. Provocar o Judiciário consiste num dos mais palpáveis instrumentos de participação popular direta, que não obstrui, em momento algum, o funcionamento do processo representativo ou do associativismo (DUARTE, op. cit., p. 283-286).

³⁰ VALLE, op. cit., p. 162-164.

³¹ *Ibid.*, p. 165-167.

Referências

- BITENCOURT, Carolina Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. 368 p.
- CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. 193 p.
- DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 385 p.
- FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto; FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Interpretação e fundamentação nas decisões judiciais sobre políticas públicas. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, Franca, n. 19, p. 179-197, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: _____.; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 125-150.
- _____.; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 506 p.
- MANIGLIA, Elisabete (Org.). *Direito, políticas públicas e sustentabilidade: temas atuais*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011. 269 p.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1-33.
- TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. 197 p.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 186 p.

Capivara no banco dos réus

*Renato Siqueira De Pretto*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

*Rodrigo Nogueira Angerami*²

Médico infectologista

Sumário: Introdução. 1. A separação de poderes. 2. A mudança de paradigmas do Poder Executivo. 3. A tutela jurídica dos animais. 4. A febre maculosa brasileira. 5. O controle jurisdicional. Conclusões. Bibliografia.

Introdução

No campo do direito constitucional contemporâneo, a ideia de separação de poderes continua ensejando intenso debate acerca de suas reais dimensões, particularmente quando a questão se coloca no âmbito dos direitos sociais.

O escopo deste artigo é trazer ao debate um problema sanitário que tem se apresentado em inúmeros municípios brasileiros, qual seja, o modo de controle da transmissão da febre maculosa, mormente por meio do manejo de um dos animais hospedeiros – a capivara.

O Poder Executivo, por intermédio de seus órgãos e entidades técnicas, em certas situações, considera válido o abate sanitário do animal a pretexto de assegurar o direito fundamental do homem à saúde. Mas será que o Poder Judiciário tem como cooperar com esse trabalho? Como deve ser sua atuação? Deve-se chancelar o abate como medida de controle da doença, ou, ao revés, freá-la, abrigando o reclamo de certas organizações de proteção de animais? Sempre será cabível o controle judicial? Quais os parâmetros para que ele aconteça?

¹ Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2002). Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP (2009). Juiz de Direito titular da 1ª Vara Cível da Comarca de Campinas/SP e Juiz integrante da 2ª Turma do Colégio Recursal dos Juizados Especiais de Campinas/SP. Professor Universitário (PUCCAMP e FACAMP), Professor Assistente do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Escola Paulista da Magistratura em Campinas e Professor de Direito Tributário do CERS (Complexo de Ensino Renato Saraiva). Coordenador do Núcleo Regional da Escola Paulista da Magistratura em Campinas. Coordenador do Núcleo de Pesquisa Científica em Direito Constitucional da Escola Paulista da Magistratura.

² Graduado em Medicina (1998) pela Faculdade de Ciências Médicas (FCM) da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), com Residência em Moléstias Infeciosas (2002) pela FCM/UNICAMP e Doutorado em Clínica Médica (2011) pela FCM/UNICAMP. Médico assistente da Disciplina de Moléstias Infeciosas da FCM/UNICAMP, atuando na Seção de Epidemiologia Hospitalar do Hospital de Clínicas da UNICAMP e médico infectologista do Departamento de Vigilância em Saúde da Secretaria Municipal da Saúde de Campinas. Moderador do ProMED-mail-Program for Monitoring Emerging Diseases. É membro de Comissões e Comitês da Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo e assessor técnico do Programa de Vigilância Epidemiológica da Febre Maculosa Brasileira e Outras Riquetsioses do Ministério da Saúde do Brasil. Coordenador do Comitê de Doenças Emergentes, Reemergentes e Negligenciadas da Sociedade Brasileira de Infectologia (SBI) e Diretor da Diretoria de Infectologia da Sociedade de Medicina e Cirurgia de Campinas (SMCC).

Este breve texto, então, tem a pretensão de, ainda que de forma rápida e sucinta, percorrer esses questionamentos, expondo a complexidade da temática sob o prisma da teoria da independência e harmonia que deve reger os poderes estatais e da intervenção judicial em políticas públicas sanitárias, realçada a face interdisciplinar do impasse relativo à doença supramencionada.

1. A separação de poderes

A raiz histórica vinculada à garantia da liberdade individual indica que a doutrina da separação dos poderes é moderna, originando-se na Inglaterra do século XVII, na ideia da *rule of law* (balança dos poderes ou *balance of powers* ou *balanced constitution*).

Por força da teoria elaborada mais recentemente e de maior repercussão, de Montesquieu, em sua obra *O espírito das leis*, extrai-se que as diferentes funções estatais devem ser distribuídas entre órgãos estatais distintos, visando à limitação do poder, impedindo, assim, que ele se corrompa. Não existe Estado sem poder, mas sua divisão funcional evita o arbítrio³.

E a relevância do princípio em comento pode ser bem visualizada desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 16 reza que “toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes não tem Constituição”.

Essa distinção de funções estatais entre órgãos diversos houve por bem limitar as monarquias absolutas, protegendo e, concomitantemente, concretizando os direitos individuais. O Estado de Direito não se integra apenas com a criação de competências para resultados determinados, mas também com a outorga a seus órgãos de meios adequados às condições vitais de liberdade e segurança⁴. Afinal, como sentenciou Madison, a concentração dos Poderes nas mesmas mãos é a verdadeira definição da tirania⁵. Por isso, essa divisão de meio de repartição e de moderação do poder estatal presta-se à proteção da liberdade do particular⁶. Trata-se de princípio fundamental organizacional da Constituição, é dizer, move-se como princípio de constituição, racionalização, estabilização e limitação do poder estatal⁷.

Nos Estados Unidos da América, esse princípio passou a ser examinado sob o foco do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), refletindo a necessidade de controles recíprocos entre os poderes.

Ainda, deve-se lembrar que o próprio federalismo complementa essa doutrina como uma técnica adicional de separação de poderes, sendo que os autores da Constituição dos Estados Unidos da América consideraram-no um importante baluarte da maioria contra a tirania⁸.

A Constituição da República Federativa do Brasil deu tamanha importância à questão que, logo em seu artigo 2º, dispôs que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, consagrando aludida separação como um de seus princípios fundamentais, ou seja, como um dos valores es-

³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, p. 159-160.

⁴ Jorge Miranda, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, p. 82.

⁵ “*Debates in the Federal Convention of 1787*”, p. 337 apud Eduardo Espinola, *Constituição dos E.U. do Brasil*, p. 265.

⁶ Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 365-366.

⁷ *Ibidem*, p. 378.

⁸ Keith S. Rosenn, *Federalism in the Americas in comparative perspective*, p. 10.

truturantes da ordem jurídica, espalhando-se sobre um sem-número de outras normas e servindo como critério de interpretação das normas jurídicas⁹.

Mas não é só. O destaque à matéria revela-se na caracterização da separação de poderes como cláusula pétreia, tal como se depreende do comando inscrito no inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal vigente. Daí se infere que qualquer mácula ao eixo essencial desse princípio, que se constitui como núcleo imodificável da Constituição, não terá validade por ser inconstitucional.¹⁰

Ao Legislativo, competiria o entendimento do futuro; ao Executivo, o presente; e ao Judiciário, a retrospectiva na análise dos atos executados ou ameaçados, das promessas realizadas e de injúrias sofridas¹¹.

Utilizaremos a expressão “poder” para designar as funções desempenhadas pelo Estado por meio de órgãos distintos (Legislativo, Executivo e Judiciário), tal qual faz o Texto Constitucional vigente, não olvidando, contudo, que, sendo o poder uno e soberano e do qual deriva a capacidade de determinar condutas, o verdadeiro “poder” equivale ao Poder Constituinte Originário, responsável pela criação da Lei Máxima do país – constituição – e, conseqüentemente, pelo surgimento daqueles três “poderes”, tendo o povo como seu titular¹².

Sem embargo da separação mencionada, a atuação dos poderes, por força do art. 2º de nossa Lei Maior, não deve ser estanque, isolada, mas harmoniosa, a fim de propiciar uma atuação cooperativa entre eles. Esse modelo de participação conjunta dos entes e poderes estatais caracteriza o federalismo cooperativo respaldado na Constituição de 1988, a qual o promove e estimula diante de competências executivas comuns (art. 23), da coordenação e inter-relação entre os entes federados como no caso dos serviços de saúde,¹³ e diante da regra prevista em seu art. 241, a qual estipula a possibilidade de formação de consórcios públicos e convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.¹⁴

2. A mudança de paradigmas do Executivo

No Estado contemporâneo, as funções desempenhadas por seus poderes foram reformuladas, em particular no que tange ao Poder Executivo, haja vista as inúmeras tarefas que lhe foram atribuídas pelo Texto Constitucional de 1988. Como adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao sustentar o novo caráter do Executivo:

⁹ Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, p. 153-154.

¹⁰ Espelhando a magnitude do tópico, até então, nossa última Emenda Constitucional, de nº 88 (de 7 de maio de 2015), já se encontra com parte de seu texto suspenso – que exigia nova sabatina aos Ministros do Supremo Tribunal Federal que completassem 70 anos – justamente “por vulnerar as condições materiais necessárias ao exercício imparcial e independente da função jurisdicional, ultrajando a separação dos Poderes, cláusula pétreia inscrita no art. 60, § 4º, II, da CFFB” (STF, ADI 5316, j. em 21/05/2015).

¹¹ Thomas M. Cooley, *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América (tradução e anotações: Ricardo Rodrigues Gama)*, p. 51.

¹² Nossa Constituição atual utilizou-se da palavra “poder” em três dimensões distintas: revelação da soberania (artigo 1º, parágrafo único); órgão do Estado (artigo 2º); função (artigos 44, 76 e 92). Assim destacou o Ministro Carlos Ayres de Britto in “Os sentidos do vocábulo poder na Constituição” (*Vox Legis* v. 145, p. 23-28).

¹³ “A relação entre a União, estados e municípios não possui uma hierarquização. Os entes federados negociam e entram em acordo sobre ações, serviços, organização do atendimento e outras relações dentro do sistema público de saúde. É o que se chama de pactuação intergestores” (*Entendendo o SUS*. Ministério da Saúde. Brasil, 2006. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf>>).

¹⁴ Bruno Miragem, *A nova administração pública e o direito administrativo*, p. 125-128.

A mais flagrante das consequências dessa mudança de filosofia do Estado foi a extensão das tarefas de que foi este investido, ao mesmo tempo em que se alargava o campo de outras, que já eram suas. Ora, essa extensão foi principalmente uma ampliação das tarefas assumidas pelo Executivo. A este é que coube criar e gerir os serviços assistenciais, tomar o leme da vida econômica e financeira, impulsionar e mesmo dirigir os serviços públicos essenciais espaldando ou substituindo a iniciativa privada, fraca ou inexistente. Tudo isso recaiu sobre seus ombros porque sua estrutura concentrada lhe permitia as decisões prontas que nesses campos são necessárias. Paralelamente, a aceleração do intercâmbio internacional, dos meios de comunicação, o surgimento de um sistema universal de relações internacionais, estendeu sobremaneira o terreno que já era seu da política estrangeira. Além disso, acentuou a importância desta para a sobrevivência e desenvolvimento nacionais.¹⁵

Como obtemperou Kildare Gonçalves Carvalho, “o Poder Executivo traduz-se em funções abrangentes, amplas e expressivas, que acabam por congestioná-lo”.¹⁶

Ao comentar a hiperpotencialização do Executivo, centrado no Presidente da República, Gilmar Ferreira Mendes indica ainda que:

A referência ao Poder Executivo contempla atividades diversas e variadas, que envolvem atos típicos da Chefia do Estado (relações com Estados estrangeiros, celebração de tratados), e atos concernentes à Chefia do governo e da administração em geral, como a fixação das diretrizes políticas da administração e a disciplina das atividades administrativas (direção superior da Administração Federal), a iniciativa de projetos de lei e edição de medidas provisórias, a expedição de regulamentos para a execução das leis etc. (CF, art. 84), a iniciativa quanto ao planejamento e controle orçamentários, bem como sobre o controle de despesas (CF, arts. 163-169) e a direção das Forças Armadas.¹⁷

No mesmo sentido leciona Clèmerson Merlin Clève, salientando a relação de dependência do indivíduo para com o Estado hodiernamente, pois aquele precisa deste para variadas demandas, tais como fornecimento de energia elétrica, de água, programas habitacionais, emprego, transporte, saúde, previdência, educação.¹⁸

De seu turno, Gustavo Binenbojm, atento à nova postura do Estado democrático de direito e que repercutiram substancialmente no Poder Executivo, elenca quatro paradigmas clássicos do direito administrativo que merecem uma releitura: (i) o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pois, *a priori* e em abstrato, não haveria como dar prevalência a um de citados interesses, impondo-se um jogo de ponderações proporcionais sob o foco dos direitos fundamentais e metas coletivas da sociedade; (ii) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, uma vez que o agir administrativo teria como primeiro fundamento a Constituição, acarretando a

¹⁵ *Curso de direito constitucional*, p. 247.

¹⁶ *Direito constitucional*, p. 1091.

¹⁷ *Curso de direito constitucional*, p. 909.

¹⁸ *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 42.

ideia de *juridicidade administrativa*, pautada pela interpretação dos princípios e regras constitucionais; (iii) a intangibilidade do mérito administrativo, porquanto se impõe um exame dos *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*; (iv) a ideia de um Poder Executivo unitário, passando de um desenho piramidal para uma configuração policêntrica, fruto da Reforma do Estado lastreada no princípio da eficiência.¹⁹

Destarte, sob o viés do assunto tratado, percebemos as adversidades derivadas ao Executivo da medida sob estudo – conduta fatal imposta às capivaras. De um lado, se a atuação for reconhecida como exagerada, poderá o agente público responder criminal, civil e administrativamente pelo ato praticado com abuso de poder. De outro, se não adotar procedimentos sanitários ao combate da doença, sua omissão também poderá lhe ocasionar referidas responsabilidades. Urge, por isso, o elenco de balizas mínimas à indicação da conduta adequada, na espécie, ao Executivo pelo estudo associado das diretrizes sanitárias e jurídicas à resolução, ou, no mínimo, à minoração dos riscos à saúde humana em decorrência do agravo ora averiguado.

3. A tutela jurídica dos animais

A Constituição de 1988, em seu art. 225, *caput*, estabelece que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,²⁰ bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. E no § 1º, inciso VII, do mesmo artigo, o constituinte originário atribuiu ao Poder Público “a proteção da fauna e da flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade”.

Nossa Lei Fundamental, em razão disso, teria adotado o modelo de Estado Socioambiental de Direito, fazendo com que a dimensão social (ou comunitária) da dignidade da pessoa humana projete-se na dignidade de todos os integrantes do grupo social e natural, acarretando, enfim, o reconhecimento de uma dignidade à vida não humana aos animais²¹.

Nessa trilha, percebe-se a suplantação da perspectiva da tutela hegemonicamente antropocêntrica ao se estender tutela específica aos animais pelo menos no que toca à existência de deveres de proteção de sua vida e dignidade²². Desse modo, existiriam “direitos humanos para os não humanos”, robustecendo uma pretensa moralidade no sentido de que “seres humanos devem ser bons, inclusive com os não humanos”²³.

¹⁹ *A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil*: um inventário de avanços e retrocessos, p. 499-546.

²⁰ Nesse contexto se projeta uma discussão interessante: em “um meio ambiente ecologicamente equilibrado” se insere a presença de animal tipicamente silvestre - assim classificado pelo IBAMA - em espaços considerados urbanos como parques públicos e afins? Não seria a presença de animais silvestres em espaços urbanos uma possível situação de desequilíbrio a partir da qual passaria a estar sob risco a saúde da população?

²¹ Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, *Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral*, p. 176-196.

²² Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 225-226.

²³ Germano Schwartz, *O humano nos direitos humanos. Animais, Pacha Mama e altas tecnologias*, p. 210. O mesmo autor elenca legislação, internacional e nacional, positivando direitos a outros seres, tais como: a Declaração Internacional dos Direitos dos Animais, publicada em 27/01/1978 pela UNESCO, a Convenção Europeia para a Proteção dos Animais Vertebrados Utilizados para Finalidades Científicas Experimentais ou outras, de 1986, o Decreto Federal nº 24.645 (proibição do uso de meios cruéis contra animais), a Lei nº 9.605/98, que, em seu art. 32, criminaliza o ato de abuso, maus-tratos, ferimento ou mutilação de animais silvestres (op. cit., p. 213).

De outro lado, existem os defensores do “especismo”, isto é, o entendimento por meio do qual a espécie humana detém superioridade axiológica quanto aos demais seres vivos, justificando, por exemplo, a criação e o abate de algumas espécies de animais à alimentação humana, sem se aquiescer, porém, com a espoliação do meio ambiente ou o extermínio de outras espécies.²⁴

De se realçar que a matéria relativa à vedação de crueldade contra animais tem sido apreciada por nossa Suprema Corte, conforme se verifica nos seguintes precedentes: RE nº 153.531-8/SC (“farra do boi”)²⁵; ADIn n. 1856-6/RJ (“brigas de galo”)²⁶; ADIn nº 2514-7/SC (“brigas de galo”)²⁷; e ADIn n. 3776/RN (“raças combatentes”)²⁸.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal ostenta também jurisprudência no sentido de que “animal não pode integrar uma relação jurídica, na qualidade de sujeito de direito, podendo apenas ser objeto de direito, atuando como coisa ou bem” (RHC 63/399).²⁹

²⁴ Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, p. 183.

²⁵ “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 artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado ‘farra do boi’” (STF, RE 153531, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 03/06/1997, DJ 13-03-1998 PP-00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388).

²⁶ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) - LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) - MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII) - DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES - NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA - INCONSTITUCIONALIDADE. - A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. - A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitarem todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“gallus-gallus”). Magistério da doutrina. (...)” (STF, ADI 1856, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275 RTJ VOL-00220- PP-00018 RT v. 101, n. 915, 2012, p. 379-413).

²⁷ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.366/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE “BRIGAS DE GALO”. A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.” (STF, ADI 2514, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2005, DJ 09-12-2005 PP-00004 EMENT VOL-02217-01 PP-00163 LEXSTF v. 27, n. 324, 2005, 42-47).

²⁸ “INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. ‘Rinhas’ ou ‘Brigas de galo’. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas ‘rinhas’ ou ‘brigas de galo’” (STF, ADI 3776, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00022 EMENT VOL-02282-04 PP-00716 RTJ VOL-00202-02 PP-00620 LEXSTF v. 29, n. 343, 2007, p. 104-109 RT v. 96, n. 865, 2007, p. 118-121).

²⁹ É sentido oposto, em termos de direito comparado, a Constituição Equatoriana, em seu art. 10, segunda parte, confere à natureza a qualidade de sujeito dos direitos que lhe são reconhecidos pela respectiva Constituição. Na doutrina norte-americana, como aponta Sônia T. Felipe, destaca-se Steven M. Wise, jurista defensor de direitos constitucionais aos animais, o qual

De toda forma, os entes federados detêm competência comum, por força do art. 23, incisos VI e VII, da Constituição Federal, de proteger o meio ambiente e de proteger a fauna, propiciando um meio ambiente ecologicamente equilibrado,³⁰ a partir de sua conceituação como patrimônio comum, de natureza intergeracional e de inquestionável imprescindibilidade para a vida sustentável do planeta e da própria vida humana.

4. A febre maculosa brasileira

Verificados os componentes do dilema em apreço (separação de poderes, paradigmas do Executivo atual e proteção jurídica dos animais), passamos a analisar as implicações jurídicas do abate sanitário de animal de fauna silvestre como medida de controle de agravo com risco à saúde pública em áreas urbanas sob a perspectiva interdisciplinar.

E tema recorrente concentra-se no manejo da capivara pelos órgãos públicos competentes em áreas urbanas com transmissão comprovada de febre maculosa brasileira. A título de exemplificação³¹, vejamos o caso “Lago do Café, Campinas/SP/2011”:

Campinas anuncia medidas para a reabertura do Lago do Café à população (20/02/2011) - A Prefeitura de Campinas anunciou nesta segunda-feira, dia 21 de fevereiro [2011], o conjunto de medidas a serem adotadas para a reabertura do Lago do Café para o uso público. O Lago do Café fica no Parque Portugal, em frente à Lagoa do Taquaral, na região Leste, e integra uma importante área de lazer e turismo no município.

O local está interditado para visita pública desde outubro de 2008, por ser área de risco para a febre maculosa, doença grave que apresenta letalidade alta e para a qual não existe vacina. No parque já houve quatro casos confirmados do agravo, com três mortes.³²

Pois bem. A febre maculosa brasileira é uma doença infecciosa aguda, de transmissão vetorial (carrapatos) e com elevado potencial de letalidade. Causada pela bactéria *Rickettsia rickettsii*, no Brasil, é transmitida predominantemente pela picada do vetor *Amblyomma cajennense sensu lato*, popularmente conhecido como “carrapato estrela”.

No Brasil, descrita inicialmente na década de 1930, nos estados de São Paulo e de Minas Gerais, passou a ser uma doença reemergente a partir da década de 1980, sendo incluída na lista nacional de agravos de notificação compulsória a partir de 2001 (Portaria GM/MS nº 1.943, 18 de outubro de 2001). Desde então, teve sua ocorrência notificada nos estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e, mais recentemente, Ceará. Segundo dados da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde do Brasil, houve casos isolados da doença

descreve que se os direitos são outorgados por ficção de potencialidade a recém-nascidos, fetos e embriões, os juízes que recusam “personalidade” a todo e qualquer animal não humano capaz de escolhas atuárias de forma arbitrária (*Liberdade e autonomia prática. Fundamentação ética da proteção constitucional dos animais*, p. 55-83).

³⁰ Novamente: não seria a introdução e fixação, não resultantes de antrópicas, de animais, ditos silvestres, em espaços urbanos uma evidência de desequilíbrio ambiental?

³¹ Sem prejuízo do caso citado, como anexo a este artigo, seguem outras publicações envolvendo o problema sanitário em apreço.

³² Disponível em: <http://www.campinas.sp.gov.br/noticias-integra.php?id=5327>. Acesso em: 20 out. 2014.

também nos estados do Amazonas, Amapá, Tocantins, Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Goiás, bem como no Distrito Federal.

Atualmente, a crescente importância dada à febre maculosa brasileira, enquanto agravamento de relevância em saúde pública, se deve ao 1) significativo aumento do número de casos diagnosticados, 2) à expansão das áreas endêmicas, 3) à ampliação do número e da extensão de focos de transmissão e 4) pela manutenção de elevadas taxas de letalidade, que têm variado entre 30% e 50%. Soma-se a isso o fato de que, além da ocorrência tradicional de casos nos meios silvestre e rural, vêm sendo observados casos cujas infecções se deram em diversos espaços de centros urbanos (notadamente parques públicos), sugerindo uma possível mudança das variáveis epidemiológicas implicadas na manutenção e transmissão da doença.

A expansão das áreas urbanas – alterando os nichos ecológicos dos vetores e reservatórios da *Rickettsia rickettsii* – e a introdução do carrapato vetor no meio urbano – seja pela migração de hospedeiros silvestres (incluindo-se, ao menos no estado de São Paulo, as capivaras) ou pela manutenção em equinos – parecem ser fatores determinantes dessa tendência à urbanização da doença. Ressalte-se o fato de que o risco de parasitismo humano está diretamente relacionado ao aumento populacional do carrapato no ambiente, em função da disponibilidade de hospedeiros (equinos, capivaras, antas) e condições ambientais favoráveis às fases de vida livre do carrapato.

Nas áreas de transmissão em que o carrapato *Amblyomma cajennense* é incriminado como vetor da doença, é fundamental o papel de hospedeiros vertebrados amplificadores para garantir a manutenção da bactéria no ambiente. Nesse caso, o hospedeiro amplificador mantém a bactéria em níveis altos em sua corrente sanguínea por alguns dias ou semanas, garantindo que novos carrapatos se infectem, expandindo, dessa maneira, a infecção pelo agente causador da febre maculosa brasileira – a bactéria *Rickettsia rickettsii* – na população de carrapatos. Tal fenômeno poderia explicar, em grande parte, a ocorrência dos primeiros casos humanos da febre maculosa brasileira em algumas localidades e, eventualmente, de surtos da doença.

Experimentos recentes demonstraram que as capivaras podem desempenhar, de maneira preponderante, o papel de hospedeiro amplificador. Tais resultados sustentam a observação da expansão das áreas de transmissão da febre maculosa brasileira na região Sudeste, fenômeno que estaria em consonância com o incremento das populações de capivaras e seu papel como principal hospedeiro do carrapato *Amblyomma cajennense* nas áreas urbanas e periurbanas.

Além do papel de amplificador da bactéria, sabe-se que o estabelecimento e aumento de uma população de carrapatos *Amblyomma cajennense* depende, em grande parte, de pelo menos um hospedeiro primário (notadamente equinos, capivaras e antas) e de condições ambientais favoráveis. Desse modo, considera-se que a exclusão do hospedeiro vertebrado figure como medida a ser considerada quando se objetiva a redução da infestação e, idealmente, a eliminação da população de carrapatos em uma dada localidade. Um significativo aumento populacional das capivaras vem sendo colocado como fator responsável pelo incremento da infestação por carrapatos em diversos lugares.

Nesse contexto, de reduzir a infestação de carrapatos em locais de risco de transmissão, potencial ou estabelecido, da febre maculosa brasileira, se insere a questão do manejo da população de capivaras. É certo que tais animais desempenham um importante papel na cadeia de transmissão da doença, sobretudo por sua interação com a

bactéria e o seu vetor. Por outro lado, ainda restam inúmeras lacunas no conhecimento acerca desse hospedeiro, sua biologia, ecologia, expansão populacional e geográfica, sua migração e capacidade de adaptação em áreas urbanas.

Diante do exposto, seja no âmbito da saúde pública ou da academia, muito vem se discutindo acerca das potenciais intervenções a serem utilizadas como política pública, programática, para o controle da infestação por vetores da febre maculosa brasileira em diversos tipos de ambientes: manejo ambiental (adequação da vegetação, por exemplo), ações diretas sobre o carrapato (incluindo controle químico) e, sobretudo, o manejo da população de hospedeiros, notadamente capivaras, espécie com notório comportamento sinantrópico em áreas urbanas e periurbanas.

Estratégias variadas vêm sendo estudadas, entre as quais o manejo reprodutivo (como exemplo, métodos contraceptivos cirúrgicos ou químicos, de machos e/ou fêmeas), a translocação de animais (retirada de um ou mais animais de um local e realocação em outro espaço), encaminhamento de animais a criadores comerciais legalizados, confinamento e, para situações específicas, o abate sanitário. Ressalta-se que, além das questões técnicas, científicas, ambientais, econômicas, políticas, filosóficas se impõem aquelas da esfera jurídica. Por ser originalmente a capivara fauna silvestre nativa, a espécie encontra-se protegida nos termos da Lei de Crimes Ambientais nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e, portanto, quaisquer ações de manejo destes animais, obrigatoriamente, dependem das prévias avaliação, autorização e concessão de licença pelos órgãos competentes.

Frente à relevância do tema, um importante avanço em relação à regulamentação do manejo da população de capivaras se deu, em esfera técnica, no estado de São Paulo, por meio da celebração do Convênio SMA/CBRN/DeFau nº 004/202, de 22 de novembro de 2012, entre a Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo e a Superintendência de Controle de Endemias da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, o qual visa “a união dos esforços para o estabelecimento de diretrizes voltadas ao manejo populacional de capivaras, por meio do intercâmbio de informações, com o objetivo de controlar a febre maculosa brasileira”.

À luz dessas avaliações técnicas, sob a ótica das ciências biológicas, restam em aberto as seguintes questões:

Considerando ser a febre maculosa brasileira um problema de saúde pública relevante, notadamente em decorrência do seu potencial de gravidade com conseqüente risco à saúde humana;

Considerando a ocorrência de casos humanos de febre maculosa brasileira e uma aparente tendência de expansão das áreas de transmissão do referido agravo em espaços urbanos, públicos e privados;

Considerando ser a capivara uma espécie primariamente silvestre, mas com grande capacidade de adaptação a espaços tipicamente urbanos;

Considerando ser a capivara, comprovadamente, um dos hospedeiros primários preferenciais do carrapato transmissor da febre maculosa brasileira, contribuindo, portanto, significativamente com a manutenção da infestação de carrapatos em seus habitats, incluindo-se em áreas urbanas;

Considerando ser a capivara, comprovadamente, um hospedeiro amplificador da bactéria, agente etiológico da febre maculosa brasileira, potencializando a taxa de

infecção nos carrapatos vetores e, conseqüentemente, o risco de infecção para humanos que venham a ser parasitados;

Considerando-se que as medidas propostas, muitas das quais, atualmente, ainda sob estudo e avaliação de eficácia e efetividade, como alternativas para o controle/manejo das populações de capivaras em áreas urbanas, à luz do conhecimento atual, trariam potenciais resultados, incluindo-se a redução dos riscos de infecção humana, em médio e longo prazo;

Considerando ser a capivara animal de fauna silvestre nativa e, portanto, espécie protegida nos termos da Lei de Crimes Ambientais nº 9.605, de 12 de fevereiro de 2008, contra ações que possam interferir em uma determinada população ou que envolvam a manipulação de indivíduos sem autorização prévia do órgão ambiental competente,

Deve/pode/torna-se necessário existir o respaldo jurídico para a recomendação e/ou adoção e/ou execução do abate de capivaras, para fins sanitários, como instrumento, em âmbito nacional, de prevenção e controle da febre maculosa brasileira e medida de proteção à saúde da população? Em quais situações/circunstâncias? Como medida de controle frente à ocorrência de casos humanos confirmados ou como estratégia de prevenção mesmo sem a comprovação de transmissão à humanos? Sob quais condições/exigências o abate sanitário poderia vir a ser respaldado ou questionado juridicamente?

5. O controle jurisdicional do abate das capivaras

A teor da exposição técnica acima, cabível, em certas ocasiões, será o abate das capivaras. Nada obstante, também é certo que se essa medida for decretada, em muitos casos, será seguida de provocação judicial ao exame de sua legalidade, em particular pelas organizações de defesa de animais.³³ O dilema então estará aberto, pois qual decisão haverá de preponderar: a do órgão sanitário, vinculado ao Poder Executivo, e com conhecimentos técnicos no assunto, ou a do órgão jurisdicional, que poderá suspender provisoriamente e até mesmo anular em definitivo mencionado comando técnico?³⁴

Com a dicotomia instaurada – saúde humana *versus* proteção à vida animal, o magistrado competente para a resolução do litígio deverá recorrer ao princípio da proporcionalidade.

Esse princípio, tipificado na jurisprudência como da proporcionalidade ou da razoabilidade³⁵, é referido como modelo de justiça, assumindo dimensão material, mas, costumeiramente, é empregado como meio de aferição do cumprimento ou não de outras normas, desempenhando papel instrumental na interpretação³⁶.

³³ A propósito, no caso relatado do Município de Campinas, houve o abate de capivaras, decisão, contudo, submetida a controle do Judiciário, o qual, no entanto, manteve o extermínio apontado pelos órgãos executivos - “Justiça autoriza abate de capivaras”, 10/03/2011. Disponível em: <<http://carta-forense.jusbrasil.com.br/noticias/2599818/justica-autoriza-abate-de-capivaras>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

³⁴ E não se pode esquecer, malgrado não seja a matéria primordial deste trabalho, que até mesmo organizações privadas (como administração de condomínios e/ou associações de moradores) vêm requisitando a autorização para manejo, incluindo-se o abate. Já houve precedentes em Itu e há discussão emergente em condomínio de Campinas.

³⁵ Preferimos adotar a posição de Luís Roberto Barroso no sentido de que as expressões razoabilidade e proporcionalidade podem ser utilizadas como sinônimas, nada obstante a advertência de que “para alguns doutrinadores, a proporcionalidade está imbricada à razoabilidade, enquanto desdobramento substantivo da cláusula do devido processo legal (*substantive due process*), entre nós positivada no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Para outros, a fonte do princípio da proporcionalidade residiria na cláusula síntese do Estado Democrático de Direito” (Carlos R. Siqueira Castro, *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*, p. 201).

³⁶ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da constituição*, p. 381-382.

Lenio Luiz Streck exorta que:

o fundamento constitucional dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade confunde-se com os fundamentos do princípio da dignidade da pessoa humana, da proibição de excesso, da proibição do desvio de finalidade da lei, da reserva legal, da igualdade, do devido processo legal, enfim, todos os princípios que estão umbilicalmente vinculados aos direitos fundamentais. Afinal, o Estado Democrático de Direito representa um plus normativo/democrático em relação às formas anteriores de Estado de Direito, o princípio da proporcionalidade vem a ser o suporte da própria concepção de proibição de violação dos direitos e da realização/efetivação dos direitos fundamentais.³⁷

O princípio da razoabilidade (para os norte-americanos) ou da proporcionalidade (para os alemães) ou, ainda, da proibição do excesso (para os europeus) bem se consolidou no seguinte julgado do Tribunal Constitucional Alemão³⁸:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental (Bundesverfassungsgericht, 30, 292, 1971).

Na práxis, o embate entre os dois direitos fundamentais telados – saúde humana e proteção ao meio ambiente – deve também ser aferido com foco no princípio da unidade da Constituição, que ordena ao intérprete equilibrar as tensões e contradições entre as normas, ponderando bens e valores, com o fito de concluir qual o dispositivo constitucional de maior peso à questão que se vai decidir em concreto, passando-se, evidentemente, pelo princípio da proporcionalidade³⁹.

Como sumaria Gustavo Binenbojm:

Tratando-se da busca de um meio para promover um fim, a Administração está sujeita ao cumprimento do dever de proporcionalidade como instrumento para seleção daquela que lhe pareça a melhor medida para o caso. Assim, deverá procurar uma medida: (I) adequada ou idônea à promoção gradual do fim; (II) necessária ou exigível, no sentido de que a que cause o menor grau de restrição possível aos

³⁷ *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 520-521. O mesmo autor destaca, embora externando posição pessoal diversa, que o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade não pode servir de fundamento isolado à interposição de recurso extraordinário, uma vez que o artigo 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal impõe a declinação do dispositivo constitucional ofendido, questão explicitada pelo Supremo Tribunal Federal nº RE nº 262.797, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJU 16/06/2000.

³⁸ Uadi Lammêgo Bulos, *Constituição Federal anotada*, p. 242-243.

³⁹ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da constituição*, p. 196-218.

*princípios contrapostos; e (III) cuja adoção promova um princípio em tal grau que justifique a magnitude da restrição imposta aos princípios contrapostos.*⁴⁰

E na onda do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), destacando-se a imprescindibilidade de o juiz cotejar cada um dos três critérios reportados à aplicação do princípio da proporcionalidade, dispõe seu art. 489, § 2º, que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Nesse vértice, revela-se inquestionável que o abate de capivaras, como imediata medida à garantia da saúde humana, visando evitar ou minorar novos casos de febre maculosa, embora possa ter a pecha de adequada ao combate do mal desejado, não cumpre o segundo requisito supra do princípio da proporcionalidade (necessidade ou exigibilidade), pois se impõe a demonstração de que outras medidas pretéritas ao seu combate foram tomadas, porém sem êxito, ou a comprovação da ineficácia de métodos alternativos ao controle do agravo pelo manejo/confinamento/translocação/abate do animal.

O abate de animais à salvaguarda da saúde humana não é repellido por nosso ordenamento jurídico. A título de exemplificação, dispõe o art. 3º, § 2º, da Lei nº 5.197/67:

Art. 3º. (...)

§ 2º Será permitida, mediante licença da autoridade competente, a apanha de ovos, larvas e filhotes que se destinem aos estabelecimentos acima referidos, bem como a destruição de animais silvestres considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública.

Do mesmo modo, estabelece o art. 37 da Lei 9.605/1998:

Não é crime o abate de animal, quando realizado:

I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família;

II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente;

III - (VETADO);

IV - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.

Aliás, de se ressaltar que a própria vida humana não ostenta proteção absoluta. Malgrado o art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição da República preconize que não haverá pena de morte, ressalva-se sua eventualidade no caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX.⁴¹ Mas não é só. Outras circunstâncias prescritas por nosso

⁴⁰ *Uma teoria do direito administrativo*, p. 237.

⁴¹ Sobre o modo de execução, nesta hipótese, da pena de morte, estatui o art. 707 do Código de Processo Penal Militar: “Art. 707. O militar que tiver de ser fuzilado sairá da prisão com uniforme comum e sem insígnias, e terá os olhos vendados, salvo

sistema jurídico consagram a liceidade da pena de morte, como na hipótese de legítima defesa (art. 23, inciso II, do Código Penal), do aborto legal (art. 128 do Código Penal) e da interrupção da gravidez de feto anencéfalo (julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54). E sem embargo da discussão sobre sua constitucionalidade, em 1998, a Lei nº 9.614 alterou o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86), cujo art. 303, § 2º, passou a admitir tal pena por meio do abate de aeronave classificada como hostil, esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada (como, v.g., o comandante da Aeronáutica, de acordo com os Decretos nº 5.144/04 e nº 8.265/14).

Na vertente, então, do princípio da proporcionalidade, satisfeitos seus três pressupostos, o exame judicial no que tange às metas relacionadas pelo órgão com maior capacidade técnica – Executivo – deverá ser autocontido, tal como recorda Gustavo Binenbojm:

Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há também situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão.⁴²

Note-se, por conseguinte, que a deferência à capacidade técnica da entidade estatal à resolução da questão tem encontrado eco em nossos tribunais, dando ensejo ao chamado princípio da deferência técnico-administrativa.⁴³

Na apreciação pelo Supremo Tribunal do pleito de liminar na ADPF nº 309, o Min. Relator Marco Aurélio registrou:

(...) a complexidade requer cautela por parte dos magistrados e maior deferência às soluções encontradas pelos órgãos especialistas na área. Eis o que fiz ver, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP, de minha relatoria, ao mencionar a capacidade institucional do legislador, entendimento inteiramente aplicável ao caso concreto no tocante ao Executivo: em questões envolvendo política pública, de alta complexidade, com elevada repercussão social – e estamos a discutir os destinos de um mercado bilionário e de milhares

se o recusar, no momento em que tiver de receber as descargas. As vozes de fogo serão substituídas por sinais. § 1º. O civil ou assemelhado será executado nas mesmas condições, devendo deixar a prisão decentemente vestido. § 2º. Será permitido ao condenado receber socorro espiritual. § 3º. A pena de morte só será executada sete dias após a comunicação ao presidente da República, salvo se imposta em zona de operações de guerra e o exigir o interesse da ordem e da disciplina”.

⁴² *Uma teoria do direito administrativo*, p. 227.

⁴³ Essa nomenclatura ao citado princípio aparece expressamente em julgado, do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1171688/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, j. em 01/06/2010, DJe 23/06/2010.

de empregos – , o Supremo deve adotar postura de deferência à solução jurídica encontrada pelos respectivos formuladores.

Deve ficar patente, todavia, que, aqui, não se está a defender a impossibilidade da análise judicial da medida extrema adotada pela Administração no tema deste artigo – abate de capivaras. Ao revés, propõem-se, isto sim, alguns *standards* para que mencionado controle se efetive.

Ponderação similar foi realizada pelo Poder Legislativo, o qual, ao aprovar a Lei nº 12.725, de 16 de outubro de 2012, concernente ao controle da fauna nas imediações de aeródromos, estatuiu:

Art. 6º O manejo da fauna em aeródromos e em áreas de entorno será autorizado pela autoridade ambiental mediante a aprovação do Plano de Manejo da Fauna em Aeródromos - PMFA e poderá envolver:

I - manejo do ambiente;

II - manejo de animais ou de partes destes;

III - transporte e destinação do material zoológico coletado;

IV - captura e translocação;

V - coleta e destruição de ovos e ninhos; e

VI - abate de animais.

§ 1º O PMFA deve avaliar as formas de controle e de redução do potencial perigo de colisões de aeronaves com espécimes da fauna, subsidiado por dados obtidos a partir de método científico e que contemplem aspectos da dinâmica populacional da(s) espécie(s)-problema.

§ 2º O abate de animais somente será permitido:

I - após comprovação de que o uso de manejo indireto e direto da(s) espécie(s)-problema ou do ambiente não tenha gerado resultados significativos na redução do perigo de colisões de aeronaves com espécimes da fauna no aeródromo;

II - após comprovação de que o impacto ambiental ou o custo econômico da transferência de espécies sinantrópicas ou da(s) espécie(s)-problema não ameaçada(s) de extinção não justificam a translocação.

§ 3º Os animais abatidos, ninhos e demais materiais zoológicos coletados poderão ser encaminhados para coleções de instituições científicas ou descartados.

§ 4º O descarte de material zoológico deverá ser feito por meio de enterro, deposição em aterro sanitário, incineração ou demais formas adequadas e possíveis no Município onde se localiza o aeródromo em questão.

§ 5º A autorização para o manejo da fauna silvestre não exige os portadores do cumprimento da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.⁴⁴

⁴⁴ “Animais sinantrópicos são aqueles que se adaptaram a viver junto ao homem, a despeito da vontade deste. Diferem dos animais domésticos, os quais o homem cria e cuida com as finalidades de companhia (cães, gatos, pássaros, entre outros), produção de alimentos ou transporte (galinha, boi, cavalo, porcos, entre outros)”. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia_em_saude/controle_de_zoonoses/animais_sinantronicos/index.php?p=4378>. Acesso em: 12 abr. 2015.

Um outro requisito ao abate, mormente para dar concretude ao disposto no art. 225, § 1º, inciso VII, parte final, da Constituição da República, reside, como alerta a jurisprudência, na impossibilidade de sua execução por meio cruel. Nesse sentir:

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL - CENTRO DE CONTROLE DE ZONOSE - SACRIFÍCIO DE CÃES E GATOS VADIOS APREENDIDOS PELOS AGENTES DE ADMINISTRAÇÃO - POSSIBILIDADE QUANDO INDISPENSÁVEL À PROTEÇÃO DA SAÚDE HUMANA - VEDADA A UTILIZAÇÃO DE MEIOS CRUÉIS.

1. O pedido deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento do pedido extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica em julgamento extra petita. 2. A decisão nos embargos infringentes não impôs um gravame maior ao recorrente, mas apenas esclareceu e exemplificou métodos pelos quais a obrigação poderia ser cumprida, motivo pelo qual, não houve violação do princípio da vedação da reformatio in pejus. 3. A meta principal e prioritária dos centros de controles de zoonose é erradicar as doenças que podem ser transmitidas de animais a seres humanos, tais quais a raiva e a leishmaniose. Por esse motivo, medidas de controle da reprodução dos animais, seja por meio da injeção de hormônios ou de esterilização, devem ser prioritárias, até porque, nos termos do 8º Informe Técnico da Organização Mundial de Saúde, são mais eficazes no domínio de zoonoses. 4. Em situações extremas, nas quais a medida se torne imprescindível para o resguardo da saúde humana, o extermínio dos animais deve ser permitido. No entanto, nesses casos, é defeso a utilização de métodos cruéis, sob pena de violação do art. 225 da CF, do art. 3º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, dos arts. 1º e 3º, I e VI do Decreto Federal n. 24.645 e do art. 32 da Lei n. 9.605/1998. 5. Não se pode aceitar que com base na discricionariedade o administrador realize práticas ilícitas. É possível até haver liberdade na escolha dos métodos a serem utilizados, caso existam meios que se equivalham dentre os menos cruéis, o que não há é a possibilidade do exercício do dever discricionário que implique em violação à finalidade legal. 6. In casu, a utilização de gás asfixiante no centro de controle de zoonose é medida de extrema crueldade, que implica em violação do sistema normativo de proteção dos animais, não podendo ser justificada como exercício do dever discricionário do administrador público. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 1115916/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 18/09/2009).

Como referenciais, utilizando o conteúdo do art. 6º, § 2º, da Lei nº 12.725/12, que externa a ponderação exercida pelo Poder Legislativo, bem como a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que viabilizam a conduta excepcional de abate de animais – e que aqui que se espraia à capivara –, o magistrado deve analisar: (i) a comprovação pela Administração de que o uso de manejo indireto e direto da espécie-problema ou do ambiente não tenha gerado resultados significativos na redução do perigo de contágio pela febre maculosa; (ii) a constatação pela Administração de que o impacto ambiental ou o custo econômico da transferência da espécie sinantrópica ou da espécie-problema não ameaçada de extinção não justifica a translocação; (iii) a demonstração de que o método funesto a ser empregue não submeta o animal à crueldade.

Derradeiramente, dentro da concepção do princípio da proporcionalidade, o Poder Judiciário estaria habilitado a suspender a decisão administrativa reportada, além dos casos de falta de demonstração dos três requisitos antes elencados, na hipótese de afronta, pela Administração, ao princípio do contraditório material.

Deveras, os argumentos apresentados por grupos contrários (atuando de forma similar ao *amicus curiae*) ao abate – e, por óbvio, desde que relevantes como medida de controle sanitário da febre maculosa –, devem ser levados em consideração em homenagem à Administração participativa instaurada à luz da Constituição Cidadã de 1988 e corolário do princípio democrático.

A ação terminal, como visto, sujeita-se à avaliação técnica, consideradas as especificidades da área de conhecimento respectiva. Essa competência profissional acarreta uma deferência do Poder Judiciário à Administração no que toca ao mérito da correspondente avaliação. Apesar disso, o direito ao devido processo administrativo implica não só o direito de manifestação e de informação, mas ainda o direito de o administrado ver seus fundamentos contemplados pelo órgão incumbido de decidir, ou seja, o direito de ver seus argumentos considerados com análise, séria e detida, das razões apresentadas.⁴⁵

Mutatis mutandis, como verberou Paulo Affonso Leme Machado ao se referir à caça de animais autorizada pelo Poder Público:

*Produziria bons resultados para a causa ambiental se o organismo público competente antes de tornar obrigatório seu planejamento de caça para um determinado período, publicasse o plano com o objetivo de colher sugestões tanto de associações ambientais ou de defesa de recursos naturais como dos clubes de caça.*⁴⁶

Em virtude, assim, do direito ao contraditório material do administrado, deve a Administração, no processo instaurado ao controle sanitário da febre maculosa, antes de proceder a medidas extremas, propiciar, sempre que possível (exceções, logicamente, situações que exijam, em casos de surtos, adoção de medidas ágeis e oportunas a fim de evitar que novos casos humanos ocorram), a oitiva de entidades/associações, entre outras, de proteção de animais e de especialistas com notório saber, como, aliás, no plano federal, hipoteticamente, se infere nos arts. 31 a 33 da Lei nº 9.784/99, os quais tratam da participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, em matérias relevantes por intermédio de consulta pública, da audiência pública e de outros meios de participação.

Conclusões

Consoante anotações anteriores, por incumbir ao Estado a proteção da saúde das pessoas (art. 196 da Constituição Federal), cabe-lhe, nos casos afetos à febre maculosa

⁴⁵ STF, MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922.

⁴⁶ *Direito ambiental brasileiro*, p. 835.

brasileira, enquanto autoridade sanitária constituída, tomar a dianteira, por meio de seus órgãos técnicos, do controle, preventivo e repressivo, a esta grave doença, cuja letalidade é imponente.

As medidas sanitárias adotadas pelos órgãos executivos, por serem revestidas de capacidade técnica, como regra, devem ser chanceladas pelo Judiciário, prestigiando-se o princípio da deferência técnico-administrativa, corolário da teoria da separação de poderes e que é qualificada por nossa Constituição como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso III).

De modo extraordinário, o controle jurisdicional está franqueado, inclusive por determinação constitucional (art. 5º, inciso XXXV, do Texto de 1988), propiciando o exame da conduta relativa a um de seus hospedeiros amplificadores (capivara) sob o foco da idoneidade ou adequação (manejo/confinamento/translocação/abate), da necessidade (comprovação de adoção pretérita de medidas menos drásticas ou de comprovada ineficácia de métodos alternativos ao combate do agravo pelo manejo/confinamento/translocação/abate do animal) e da proporcionalidade em sentido estrito (ganhos com as atuações mais extremas como o abate, com prévia oitiva de segmentos sociais interessados e sem a execução do animal por meio cruel, em benefício da saúde humana).

De tudo, porém, uma coisa é inegável: o diálogo institucional entre os poderes estatais é imprescindível para que cada um possa exercer em sua plenitude a competência profissional que lhe foi outorgada pela Constituição da República em prol da proteção dos direitos fundamentais.

Bibliografia (jurídica)

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres de. Os sentidos do vocábulo poder na Constituição. *Vox Legis*, v. 145, p. 23-28.

BULLOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CASTRO, Carlos R. Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2002.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Constituição dos E. U. do Brasil*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946.

FELIPE, Sônia T. Liberdade e autonomia prática: fundamentação ética da proteção constitucional dos animais. In: MOLINARO, Carlos Alberto et al. (Org.). *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1996.

MOLINARO, Carlos Alberto et al. (Org.). *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ROSENN, Keith S. Federalism in the Americas in comparative perspective. *University of Miami Inter-American Law Review*, v. 26, issue 1, p. 1-50, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERSTENSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: MOLINARO, Carlos Alberto et al. (Org.). *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCHWARTZ, Germano. O humano nos direitos humanos: animais, pacha mama e altas tecnologias. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Bibliografia (técnica - febre maculosa)

ANGERAMI, R. N. et al. Brazilian spotted fever: a case series from an endemic area in southeastern Brazil epidemiological aspects. *Ann New York Academy*, v. 1078, p. 170-172, 2006.

ANGERAMI, R.N. et al. Brazilian spotted fever: two faces of a same disease? A comparative study of clinical aspects between an old and a new endemic area in Brazil. *Clin Microbiol Infect.*, Suppl 2, p. 207-8, 2009.

ANGERAMI, R. N. et al. Clusters of Brazilian spotted fever in São Paulo State, southeastern Brazil. A review of official reports and the scientific literature. *Clin Microbiol Infect.*, Suppl. 2, p. 202-4, 2009.

ANGERAMI, R.N. et al. Features of Brazilian spotted fever in two different endemic areas in Brazil. *Ticks Tick Borne Dis.*, v. 3, n. 5-6, p. 346-8, 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde do Brasil. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Situação epidemiológica* - dados. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/26/anexo-2-FebreMaculosa.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

CAMARGO NEVES, V. L. F. (Coord.). *Manual de vigilância acarológica*. São Paulo: Secretaria de Estado da Saúde: Superintendência de Controle de Endemias - SUCEN, 2004.

KRAWCZAK, F. S. et al. *Rickettsial infection in Amblyomma cajennense ticks and capybaras (Hydrochoerus hydrochaeris) in a Brazilian spotted fever-endemic area. Parasit Vectors.*, v. 7, p. 7, 2014.

LABRUNA, M. B. Ecology of rickettsia in South America. *Ann N Y Acad Sci.*, v. 1166, p. 156-66, 2009.

MEIRA, Ana Maria de (Org.). *Febre maculosa: dinâmica da doença, hospedeiros e vetores*. Piracicaba: ESALQ, 2013.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. Centro de Vigilância Epidemiológica Alexandre Vranjac. Febre maculosa brasileira. *Boletim Epidemiológico Paulista*, v. 8, n. 1, 2011. Disponível em: <http://www.saude.sp.gov.br/resources/sucen/homepage/downloads/arquivos-de-febre-maculosa/bepa94_suplemento_fmb.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2014.

SILVA, L. J.; ANGERAMI, R. N.; NASCIMENTO, E. M. M. Febre maculosa brasileira e outras riquetsioses no Brasil. In: FOCACCIA, Roberto (Ed. Cient.). DIAMENT, Décio; FERREIRA, Marcelo Simão; SICILIANO, Rinaldo Focaccia (Ed. Adj.). *Veronesi: tratado de infectologia*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atheneu, 2009. páginas.

SOUZA, C. E. et al. Experimental infection of capybaras *Hydrochoerus hydrochaeris* by *Rickettsia rickettsii* and evaluation of the transmission of the infection to ticks *Amblyomma cajennense*. *Veterinary Parasitology*, v. 161, p. 116-21, 2009.

Anexo I - Mais sobre o caso “Lago do Café em Campinas”:

- “Infestação de carrapato mata um e fecha Lago do Café em Campinas”, 17/10/2008 Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/brasil/infestacao-de-carrapato-mata-um-fecha-lago-do-cafe-em-campinas-594379.html>>. Acesso em: 2 nov. 2014.

- “Proteste Já: ações tentam salvar as capivaras do Lago do Café”, 28/01/2009 Disponível em: <<http://www.midiaindependente.org/pt/red/2009/01/439587.shtml>>. Acesso em: 2 nov. 2014.

- “Impasse sobre destino de capivaras continua”, 09/12/2010 Disponível em: <http://portal.rac.com.br/noticias/index_teste.php?tp=campinasermc&id=/69945&ano=/2010&mes=/12&dia=/09&titulo=/impasse-sobre-destino-de-capivaras-continua>. Acesso em: 2 nov. 2014.

- “Hélio suspende o abate das capivaras no Lago do Café”, 12/02/2011
Disponível em: <http://portal.rac.com.br/noticias/index_teste.php?tp=campinas-e-rm-c&id=/75260&ano=/2011&mes=/02&dia=/12&titulo=/helio-suspende-o-abate-das-capivaras-no-lago-do-cafe>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- “Prefeitura de Campinas confirma abatimento de capivaras”, 21/02/2011
Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1099194>>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- “Ibama autoriza e Campinas vai abater capivaras”, 26/02/2011
Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,ibama-autoriza-e-campinas-vai-abater-capivaras-imp-684808>>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- “Capivaras sofrerão eutanásia em Campinas para combater febre maculosa”, 07/03/2011
Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/03/07/capivaras-sofrerao-eutanasia-em-campinas-para-combater-febre-maculosa.htm>>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- “Ibama autoriza abate de 20 capivaras em parque de Campinas (SP)”, 08/03/2011
Disponível em: <<http://noticias.r7.com/videos/ibama-autoriza-abate-de-20-capivaras-em-parque-de-campinas-sp-/idmedia/059b04e423963fa855a8548b1043b859.html>>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- “Justiça autoriza abate de capivaras”, 10/03/2011
Disponível em: <<http://carta-forense.jusbrasil.com.br/noticias/2599818/justica-autoriza-abate-de-capivaras>>. Acesso em: 16 nov. 2014.
- “Campinas poderá abater capivaras para evitar risco à saúde pública”, 10/03/2011
Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2599752/campinas-podera-abater-capivaras-para-evitar-risco-a-saude-publica>>. Acesso em: 16 nov. 2014.
- “Justiça nega liminar e Campinas pode abater 20 capivaras do lago do Café”, 11/03/2011
Disponível em: <<http://noticias.r7.com/sao-paulo/noticias/justica-nega-liminar-e-campinas-pode-abater-20-capivaras-do-lago-do-cafe-20110311.html>>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- “Abatam-se as capivaras!”, 11/03/2011
Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/1168833/abate-de-capivaras>>. Acesso em: 15 nov. 2014.
- “Ambientalistas protestam contra abate de capivaras em Campinas”, 14/03/2011
Disponível em: <<http://www.portaldepaulinia.com.br/regiao/noticias/10237-campinas-abate-capivaras-do-lago-do-cafe-na-madrugada.html>>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- “Campinas abate capivaras após polêmica com ambientalistas”, 14/03/2011
Disponível em: <<http://www.correiadoestado.com.br/noticias/campinas-abate-capivaras-apos-polemica-com-ambientalistas/103074/>>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- “Capivaras do Lago do Café são assassinadas pela prefeitura de Campinas (SP)”, 13/03/2011
Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/13/03/2011/capivaras-do-lago-do-cafe-sao-assassinadas-pela-prefeitura-de-campinas-sp>>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- “Delegacia investiga em que condições aconteceu abate de capivaras em Campinas, SP”, 25/03/2011
Disponível em: <<http://vista-se.com.br/delegacia-investiga-em-que-condicoes-aconteceu-abate-de-capivaras-em-campinas-sp/>>. Acesso em: 2 nov. 2014.

- “Após cinco anos fechado, Lago do Café é reaberto em Campinas”, 01/05/2013
Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2013/05/apos-cinco-anos-fechado-lago-do-cafe-e-reaberto-em-campinas.html/>>. Acesso em: 2 nov. 2014.

Anexo II - Publicações sobre o problema febre maculosa e capivaras:

Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/02/20/interna_gerais,500140/morte-por-febre-maculosa-associada-a-capivaras-e-investigada-em-bh.shtml>. Acesso em: 20 mar. 2015.

Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/21/interna_gerais,592183/capivaras-recolhidas-da-orla-da-pampulha-tem-bacteria-da-febre-maculosa.shtml>. Acesso em: 20 mar. 2015.

Disponível em: <<http://noticias.r7.com/minas-gerais/capivaras-capturadas-na-lagoa-da-pampulha-tem-bacteria-da-febre-maculosa-21112014>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2014/02/morte-de-jovem-por-febre-maculosa-e-investigada-em-belo-horizonte.html>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

Disponível em: <<http://vejabh.abril.com.br/edicoes/prefeitura-quer-remover-mais-150-capivaras-vivem-orla-lagoa-pampulha-746607.shtml>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

Disponível em: <http://correio.rac.com.br/_conteudo/2015/06/capa/campinas_e_rmc/263369-castracao-de-capivaras-em-campinas-aguarda-licenca.html>. Acesso em: 20 jun. 2015.

Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e a inaplicabilidade da teoria externa¹

*Richard Pae Kim*²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução - 2. Dimensões, gerações ou espécies de direitos fundamentais - 3. As diferentes perspectivas entre os *status* nas relações de direitos fundamentais e as funções desses direitos - 4. Limitações ou restrições aos direitos fundamentais: as teorias interna e externa - 5. A aplicação da teoria externa aos direitos fundamentais de primeira dimensão - 6. Os direitos fundamentais sociais prestacionais e a inaplicabilidade da teoria externa - 7. Separação de poderes e as restrições: ponderação e a legitimidade da decisão - 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Não há dúvida de que com o processo de constitucionalização dos países, a institucionalização dos direitos fundamentais tomou rumos concretos e possibilitou a sua efetiva normatização interna. Embora os direitos fundamentais, sob uma perspectiva clássica e histórica tenham tido origem na instrumentalização de institutos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado, vê-se cada vez mais que este conceito não mais se sustenta, diante das constantes mudanças nas relações entre Estado e sociedade.

Embora os “direitos humanos” sejam considerados universais, para todos os povos e em todos os tempos, sob uma dimensão jusnaturalista, a doutrina tem sedimentado o entendimento no sentido de que os “direitos fundamentais” são aqueles, institucionalmente e juridicamente garantidos, com limitação no espaço e no tempo³. Aliás, a ordem mencionada por J.J. Gomes Canotilho não se restringe à Constituição, pois ele diferencia os “direitos fundamentais formalmente constitucionais” – enunciados por normas com valor constitucional formal – dos “materialmente fundamentais” – direitos constantes das leis aplicáveis de direito internacional não positivados constitucionalmente⁴.

Droits fondamentaux, expressão que restou cunhada na França de 1770, em meio ao movimento político e cultural que culminou na Declaração dos Direitos do Homem e

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista de Direito Brasileira – Brazilian Journal of Law*, v. 9, ano 5, set. -dez. 2014.

² Doutor e Mestre em Direito pela USP. Pós-doutorado em políticas públicas pela UNICAMP. Professor dos Cursos de Graduação e de Mestrado em Direito da UNIMEP-SP. Professor dos cursos de pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura. Juiz Auxiliar de Gabinete no Supremo Tribunal Federal.

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

⁴ Também nesse sentido, o escólio de COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 56.

do Cidadão de 1789, evoluiu nos últimos séculos para abarcar não só os direitos individuais, mas também os direitos sociais, econômicos e de solidariedade. Os novos enfoques, espécies, gerações ou dimensões, conforme expressões doutrinárias a serem adotadas pelo leitor e estudioso do direito, trouxeram um novo pensar sobre algumas questões, que vão desde a titularidade desses direitos fundamentais – sob o aspecto subjetivo do beneficiário do direito/norma, a sua eficácia jurídica e fática e, por fim, que buscam definir os limites ou restrições passíveis de serem impostas pelo ordenamento jurídico.

Norberto Bobbio chegou a apontar quatro dificuldades para a busca dos fundamentos absolutos dos direitos fundamentais⁵: a) a primeira, no sentido de que a expressão “direitos do homem” possui conteúdos difíceis de se definir, porquanto desprovida de conteúdos objetivos e, quando esta é estabelecida, traz uma diversidade de possibilidades interpretativas, dependendo das posições ideológicas dos intérpretes e dos valores que permeiam as inúmeras situações; b) a segunda dificuldade consiste na constante mutação histórica e axiológica dos direitos fundamentais, de acordo com as necessidades e interesses na sociedade dentro de um contexto temporal e situacional; c) a terceira dificuldade está em se obter um fundamento absoluto para os direitos fundamentais, diante não só da heterogeneidade, mas também porque podem ser conflitantes entre si; d) a quarta e última dificuldade consiste na percepção de que existem alguns direitos fundamentais que configuram liberdades, que exigem muitas vezes do próprio Estado uma obrigação negativa, em antinomia a outros, que consistem no exercício de poderes estatais, que necessitam de uma atitude positiva para a busca de sua efetividade: e, portanto, torna muito difícil de se inferir pela existência de um fundamento político-jurídico absoluto que seja idêntico para todas as espécies, não havendo como construir um liame entre direitos antagônicos, pois, segundo Bobbio, “quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos”⁶.

Trataremos, neste trabalho, de tentar desconstruir algumas verdades postas em manuais ou repetidas de forma automática pela doutrina e de realizar novas releituras a respeito das questões que envolvam as restrições aos direitos fundamentais, face as diversas concepções existentes sobre o tema e sob a perspectiva da interpretação constitucional.

Desde já, há que se consignar que cinco são os vetores que serão considerados no desenvolvimento deste trabalho: a) em primeiro lugar, a necessária distinção de tratamento a ser dado aos direitos fundamentais decorrentes das liberdades clássicas de um lado e, de outro lado, aos direitos fundamentais de segunda dimensão; b) em segundo, de que inexistem direitos fundamentais absolutos; c) a interpretação da norma deve observar os critérios científicos, inclusive na definição da regra definitiva no caso de colisão de princípios de direitos fundamentais; d) a obrigação constitucional de evitar o abuso de direito; e) e, de se resguardar, sempre, a separação dos Poderes da República dentro dos parâmetros fixados em nossa Carta.

Buscaremos neste trabalho explicitar essas premissas e analisar a pertinência das teorias externa e interna quanto às restrições a essas duas espécies de direitos fundamentais (de primeira e de segunda dimensão), e descrever os limites a essas restrições, sem nos apartarmos da essência da Constituição Federal de 1988 e o equilíbrio imposto às funções dos Poderes instituídos de nossa República.

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 20.

⁶ Op. cit., p. 21.

2. Dimensões, gerações ou espécies de direitos fundamentais

Conforme escólio de Paulo Bonavides, o lema da revolução francesa veio a profetizar o que poderia ser considerado como uma sequência histórica da institucionalização dos direitos fundamentais, que no seu entender, decorre a sua divisão em três gerações, de forma sucessiva, a saber: direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade.⁷

Seguindo lição de Karel Vasak, primeiro a escrever e divulgar de forma organizada a ideia anteriormente posta por Norberto Bobbio, como já percebido e alertado por Cançado Trindade⁸, os direitos de primeira geração correspondem aos direitos da liberdade, e foram os primeiros previstos constitucionalmente. Referem-se aos direitos individuais civis e políticos, e possuem como fundamentos os direitos de resistência ou oposição contra a vontade estatal. À toda evidência decorreram da necessidade de se separar o Estado da sociedade e exigir daquele, principalmente, uma abstenção, um “non facere”, visando reduzir ao máximo a interferência na liberdade dos indivíduos.

Conforme Norberto Bobbio, são direitos que reservam ao indivíduo uma esfera de liberdade “em relação ao” Estado e, no caso dos direitos políticos, concedem uma liberdade “no” Estado, pois permitem uma participação generalizada e real dos membros da sociedade no exercício do poder. Aqui são incluídos, como direitos fundamentais de primeira geração os direitos à vida, à liberdade – inclusive de manifestação, de locomoção e de associação, bem como o direito de igualdade de tratamento *lato sensu* (isonomia), em especial, pela própria lei, além do direito ao exercício do poder político.

Esses “direitos-liberdades”, como salientado por Jean Rivero⁹, trazem no seu conteúdo essencial o aspecto negativo, dirigidos a uma abstenção estatal quanto ao exercício das liberdades individuais, coletivas e sociais. É claro que isto não implica na obstrução ao exercício do poder de polícia da Administração Pública, ou na possibilidade de uma normatização legislativa ou mesmo na regulação administrativa, mormente quando há o respeito aos direitos fundamentais na busca de uma ordem comum, um bem-estar da coletividade. O que se impede é que a ação do Estado venha a violar os conteúdos mínimos e essenciais dos direitos fundamentais do indivíduo.

Os direitos da segunda geração são os sociais, culturais e econômicos, decorrentes do princípio da igualdade não só formal, mas em especial, material, visando ao alcance da igualdade *stricto sensu* e surgiram, de fato, nos locais onde restou implantado o Estado Social. São direitos que exigem determinadas prestações por parte do Estado, impondo obrigações de fazer, “de facere”, que hoje têm sido objeto de intensa produção científica sobre o seu conteúdo jurídico e sobre os graus de efetividade e/ou de aplicabilidade das normas que visam garanti-las.

No Brasil, por exemplo, o art. 5º, § 1º, da CF, que estabeleceu a autoaplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, vem sendo interpretado de forma a alcançar também os direitos sociais que, de forma geral, mas não de forma

⁷ Tive a oportunidade de discorrer sobre este tema no artigo “Titularidade dos Direitos Fundamentais Difusos e Coletivos”. In: KIM, Richard Pae; BARRROS, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto. *Direitos fundamentais coletivos e difusos*: questões sobre a fundamentalidade. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 11-24.

⁸ Palestra proferida durante o “Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional”. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

⁹ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas I*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

taxativa, estão elencados no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal, e que são, à toda evidência, também fundamentais.

Conforme raciocínio de Norberto Bobbio, os direitos de liberdade são os que devem ser garantidos “através” ou “por meio” do Estado. É fato que os direitos fundamentais de segunda dimensão acabaram por passar por um “ciclo de baixa normatividade”, como já salientado por autores como Paulo Bonavides, ou tiveram eficácia duvidosa, eis que, diante de sua própria natureza de direitos a prestações materiais, nem sempre foram considerados resgatáveis pela sua baixa concretude, pela carência de recursos ou, ainda, pela limitação essencial de vontade política.

Sob o manto da fraternidade, passou a doutrina a considerar a existência de direitos fundamentais de terceira geração, muitos consistentes nos chamados direitos difusos e coletivos, transindividuais, os quais têm como objeto a proteção do ser humano, e não apenas de determinado indivíduo ou do Estado em favor da coletividade. Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet, lembrando o próprio Kant, há que se respeitar “o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos”¹⁰.

Alíás, a atribuição da denominação “direitos de solidariedade” ou “fraternidade” aos direitos da terceira geração é a consequência de sua implicação universal, como é o caso do direito a um meio ambiente sustentável e equilibrado, na medida em que, como lembra Ingo Wolfgang Sarlet, “sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana”¹¹. Parte da doutrina identifica cinco espécies de direitos como sendo de terceira geração, quais sejam: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o de comunicação. Entretanto, cuida-se de senso comum o entendimento de que esse rol deve ser estendido na medida em que os processos de universalização forem se desenvolvendo e de globalização fundado em normas insculpidas em tratados e acordos internacionais.

Alguns autores, como Paulo Bonavides, vêm admitido também a existência de direitos fundamentais de quarta geração, em decorrência da expansão da globalização econômica neoliberal, cuja filosofia de poder é negativa e que busca com mais intensidade a dissolução dos Estados nacionais e a redução dos fundamentos do conceito de soberania, como seriam os chamados direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Embora não aceito pelos doutrinadores de forma pacífica, lembra Paulo Bonavides que os direitos de quarta geração “compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política”¹². Ressalte-se que, para o autor, esses direitos de quarta dimensão, como é o caso do direi-

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55.

¹¹ Op. cit., p. 35.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 530 e segs. Há autores que se referem a essa categoria, mas ainda não há consenso na doutrina sobre qual o conteúdo desse tipo de direitos. Há quem diga se tratarem dos direitos de engenharia genética, enquanto outros se referem à luta pela participação democrática. Por isso mesmo, mostra-se discutível a importância dessa categoria, como já salientado por Sérgio Resende de Barros.

to à democracia, ao pluralismo e à informação, estariam consagrados no Preâmbulo, no Título I (Dos Princípios Fundamentais) e no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição Federal de 1988.

Alguns autores estão a criticar a utilização da expressão “gerações”, preferindo o uso do termo “dimensões” como é o caso da posição adotada por Ingo Wolfgang Sarlet, que chegou a salientar que “o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra.”¹³ Trata-se, entretanto, de uma discussão apenas terminológica, pois o conteúdo do conceito de cada uma das “dimensões”, “espécies” ou “gerações” tem se pacificado na doutrina, ao menos até a terceira dimensão, e a utilização de uma ou outra terminologia em nada modifica a natureza jurídica de cada grupo de direitos fundamentais.

Parece evidente que a classificação, sob o aspecto científico, não deve levar em conta a cronologia em que os direitos foram paulatinamente conquistados pelas nações, mesmo porque o ciclo histórico de cada país diverge, bem como o processo de implantação dos seus direitos fundamentais. Ademais, uma geração, ou dimensão de cada espécie de direito fundamental não substitui a outra, mas se completa. Ficaremos com a terminologia “dimensão”, para não nos afastarmos do entendimento que aparentemente vem ganhando mais corpo em nossa doutrina.

3. As diferentes perspectivas entre os *status* nas relações de direitos fundamentais e as funções desses direitos

As liberdades públicas adquiriram configuração mais complexa do que aquelas dos séculos XVII e XVIII que, inclusive, inspiraram a Revolução Francesa, e a evolução das liberdades decorreu do respeito à necessidade de enfrentar novas ameaças e desafios postos a partir do século XIX. Essa transmutação ampliativa não só adveio da modificação do conceito de Estado e do seu papel, como também da relação entre o indivíduo e aquele. Isso não quer dizer que os direitos clássicos tenham desaparecido. Perderam estes apenas o seu caráter limitado vinculado às liberdades e à igualdade e alcançaram outros direitos, além de se verem limitados à obrigatória compatibilização com outros princípios constitucionais.

A passagem do individualismo exacerbado para o reconhecimento da existência de direitos de alguns grupos sociais, em especial, após as manifestações que resultaram na elaboração de constituições republicanas, ficou mais evidente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que tratou de quatro ordens de direitos individuais: direitos pessoais do indivíduo, direitos do indivíduo em face das coletividades, liberdades públicas e direitos públicos, e os direitos econômicos e sociais, estes decorrentes do amadurecimento de novos valores e de exigências ligadas ao bem-estar por meio do Estado.

Esse novo olhar para os direitos fundamentais – clássicos e novos – exigiu da doutrina a elaboração de novas classificações e teorias relacionais, entre elas, a teoria dos quatro *status* de Georg Jellinek, que pode ser resumido da seguinte maneira: a) o *status*

¹³ Op. cit., p. 68.

passivo é aquele em que o indivíduo se encontra em posição de subordinação com relação aos poderes públicos, razão pela qual o Estado tem competência para vincular o indivíduo por meio de mandamentos e proibições; b) o *status* ativo representa o poder do indivíduo de interferir na formação da vontade do Estado, o que se dá, em regra, pelo exercício dos direitos políticos concretizados não só pelo voto, mas também por outros instrumentos de participação direta (por exemplo, o referendo e o plebiscito); c) o *status* negativo representa o espaço que o indivíduo possui para agir de forma livre, sem que ocorra a interferência estatal, ou seja, de se autodeterminar sem qualquer ingerência estatal; d) e, por fim, o *status* positivo, que consiste na possibilidade de o indivíduo exigir atuações positivas do Estado em seu favor, como ocorre, por exemplo, nos direitos econômicos e sociais que só podem ser exercidos com a implantação de políticas públicas específicas.

Essa teoria também se relaciona com as funções dos direitos fundamentais, conforme trabalho desenvolvido por J. J. Gomes Canotilho, que os classifica da seguinte maneira: função de defesa ou de liberdade; função de prestação social; função de proteção perante terceiros; e função de não discriminação¹⁴. Vejamos.

A função de defesa ou de respeito às liberdades, em regra vinculada aos direitos fundamentais de primeira dimensão, impõe ao Estado um dever de abstenção, ou seja, de não interferência ou de não intromissão, havendo esta dupla dimensão na leitura do constitucional português: “(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implica, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”¹⁵.

A função de prestação social garante ao indivíduo ou à coletividade, normalmente, o direito de obter uma ação positiva do Estado, impondo-se a este um dever de agir previamente imposto pela Constituição e/ou por regras infraconstitucionais.

A função de proteção a fim de que, na conflituosidade da vida cotidiana, os direitos fundamentais não sejam violados, não só pela omissão ou por ato comissivo do Estado, mas também contra atos violadores que sejam praticados pelos próprios membros da sociedade, diante da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A função de não discriminação, corolário do princípio da igualdade, visa assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como sendo fundamentalmente iguais, o que exige que se busque, por todas as vias estatais (legislativa, administrativa ou mesmo judicial), que se garanta a igualdade material sempre que necessário.

Há que se salientar que a teoria do *status* de Jellinek, embora não tenha sido construída para caracterizar os direitos fundamentais, uma vez que desenvolvida a fim de apontar a posição do indivíduo em face do Estado e as situações que eventualmente possam decorrer desta relação na definição dos seus respectivos direitos e deveres, serviu como importante instrumento político-científico a possibilitar a identificação das espécies e funções dos direitos fundamentais¹⁶. Aliás, a mim me parece evidente que essas

¹⁴ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 407-410

¹⁵ Op. cit., p. 407.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002. p. 140.

teorias se encontram em planos simétricos, em que podem ser observadas, embora sob perspectivas diferentes, as relações jurídicas e as finalidades dos vários enunciados de direitos fundamentais. Anote-se que a identificação de uma função ou a identificação da natureza de uma determinada relação jurídica entre indivíduo(s) e o Estado será sempre dinâmica, na medida em que, na análise sobre um determinado direito fundamental, a conclusão quanto à sua posição jurídica dentro de um contexto específico há de ser obtida sempre sob a perspectiva da relação subjetiva e da função que se está a debater, considerados os elementos jurídicos e fáticos que envolvam a relação.

Como se sabe, os direitos fundamentais são compostos por princípios e regras, conforme escólio de Robert Alexy. E, como já alertado por Friedrich Müller, é comum que a interpretação sobre a aplicação desses direitos não seja baseada exclusivamente na subsunção, mas na interpretação constitucional – mesmo porque estes princípios se encontram na Carta constitucional de cada país. Também ao aplicador da norma incumbirá a tarefa de, seja este o destinatário ou o simples intérprete, na tarefa de concretização do direito, observar com acuidade a realidade social, na medida em que a norma jurídica não se limita ao seu texto. A normatividade há de ser concretizada mediante um processo estruturado e passível de verificação e de justificação intersubjetiva¹⁷.

Ao mesmo tempo, no entanto, não há que se olvidar que a norma deve exercer a sua função primária que é a regência da vida em sociedade, com segurança e respeito ao ordenamento jurídico como um todo. Aliás, como já escreveu Hans Kelsen, o direito é um conjunto de normas coativas, a provocar determinados comportamentos e a norma será sempre um “dever ser”, um juízo hipotético que expressa uma disposição e/ou uma consequência jurídica e a sua eficácia estará sujeita ao cumprimento fático.

Por isso, a aplicação de uma norma, ainda que se constitua em princípio, não pode resultar de um processo interpretativo rico em subjetivismo e “decisionismo”, ainda que sob o simples rótulo de “ponderação”. Aliás, não é sem razão que há na nossa doutrina ampla crítica ao “ativismo judicial”, no sentido daquela atividade jurisdicional que ultrapasse os limites da atividade judicante e que atinja de morte o princípio da separação de poderes¹⁸.

Aliás, quero antecipar meu entendimento no sentido de que o termo “ativismo judicial” deve ser concebido somente sobre essa óptica, não podendo concordar com aqueles que se utilizam desta terminologia, de forma imprópria, quando atribuem a esta expressão o sentido de que se trata de um papel “legítimo” do Poder Judiciário de interferir no sistema político para o fim de garantir direitos, ainda que se trate de direitos fundamentais.

Não há, no meu entender, sentido em dar nome a uma atuação que é (e deve ser) própria do Poder Judiciário, instituído como previsto na Constituição Federal, que prevê não só a competência deste poder em garantir a justiça de suas decisões, mas também os instrumentos processuais a possibilitar amplo controle jurisdicional de leis e de atos normativos, inclusive quando há omissão do poder público, como é o caso do(a): mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental, entre outros. Voltaremos a essa temática no desenvolver do trabalho.

¹⁷ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 61-70.

¹⁸ Vide importante trabalho de RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial - parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

4. Limitações ou restrições aos direitos fundamentais: as teorias interna e externa

Em momento algum na história da evolução jurídica, qualquer desses direitos restou considerado como sendo absoluto. Exatamente por isso é que se fala em possibilidade de limitação ou de restrição aos direitos fundamentais. Vejamos as diferentes perspectivas doutrinárias e suas consequências.

Como restrição ou limitação, há que se entender como sendo toda ação ou omissão de qualquer dos poderes públicos, ou mesmo do particular, que venha a reduzir um direito fundamental. Uma vez que os direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados, eles se encontram submetidos a uma série de condicionamentos, que podem ser denominados limites ou restrições, e que delimitam o exercício válido de uma prerrogativa subjetiva em determinadas circunstâncias.

Na atualidade, a doutrina conseguiu, no meu entender, chegar a alguns denominadores quanto à distinção das teorias interna e externa dos direitos fundamentais, no que toca ao tema das restrições dos direitos fundamentais. Partiremos desses pressupostos, para depois ampliarmos a discussão.

Iniciemos pela teoria externa, eis que na atualidade parece haver um consenso na jurisprudência e doutrina nacional no sentido de que os princípios fundantes dos direitos fundamentais são considerados como mandamentos de otimização. Nessa linha de entendimento, ao direito serão cabíveis determinadas restrições, “desvantagens normativas externas”, que poderão instituídas, sempre sob a concepção de que há uma distinção, conforme lições de Robert Alexy, entre posições “prima facie” e “posição definitiva”, ou seja, que implica na passagem entre o direito não restringido para um direito restringido. Neste caso, o enfoque dos debates se concentrará – em regra – nos limites para a restrição.

Para os adeptos do jurista Friedrich Klein, por não existir um direito ilimitado, só podem existir sob o aspecto da lógica pura, definições de disposições de direitos fundamentais, com seu conteúdo determinado, o que afasta a possibilidade da sua restrição, na medida em que o direito já nasce com os seus limites imanentes – fronteiras implícitas e apriorísticas. A dúvida existirá sempre quanto ao conteúdo das normas de direitos fundamentais.

De antemão devo consignar a minha posição no sentido de que a nossa Constituição da República, por dispor de cláusulas gerais de liberdade e de igualdade, e enfatizar a obrigação ao respeito à sua máxima efetividade, nos obriga a adotar a teoria externa, ao menos aos direitos fundamentais de primeira geração.

5. A aplicação da teoria externa aos direitos fundamentais de primeira dimensão

Vejamos como se poderá dar a plena possibilidade de fruição por parte dos cidadãos dos seus direitos fundamentais decorrentes das liberdades clássicas, ainda que ocorram restrições legítimas e, mesmo quando definidos “deveres e obrigações, em sentido *lato*, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado”¹⁹.

¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 157.

As restrições podem ser em sentido amplo, de um lado, decorrentes das intervenções fáticas sobre direitos fundamentais e que podem nascer do respeito aos direitos fundamentais dos demais sujeitos, hipótese prevista, inclusive, no art. 32.2. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que estabelece que os direitos de cada pessoa se encontram limitados pelos direitos dos outros, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum em uma sociedade democrática.

De outro lado, temos as restrições formais, em sentido restrito, estas decorrentes de leis e de atos normativos legítimos. As restrições podem estar expressas na própria Constituição ou podem ser implícitas (restrições indiretamente constitucionais), que são aquelas cujas imposições se encontram autorizadas pela Constituição. Conhecidas como cláusulas de reserva explícitas, são no escólio de Robert Alexy, disposições jusfundamentais ou partes de disposições jusfundamentais que autorizam expressamente restrições ou outras intervenções.

É certo que a nossa Constituição Federal de 1988 não previu fórmulas de como instituir formalmente as restrições a esses direitos, diferentemente das Constituições da República Portuguesa e da Lei Fundamental de Bonn que, respectivamente em seus artigos 18 e 19, trataram dos denominados “limites dos limites” dos direitos fundamentais (*Schranken-Schranken* no direito alemão).

Para parte da doutrina, como sustentado por Luís Prieto Sanchís, as limitações (restrições para nós) se encontram submetidas a duas circunstâncias especiais: a cláusula do conteúdo essencial do direito fundamental em questão e a exigência de justificação para a limitação²⁰.

Interessante consignar também as lições de Pieroth e Schlink, citados por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, que descrevem o papel da restrição da discricionariedade legislativa, ao pontuar as sete categorias direta ou indiretamente positivadas no texto constitucional alemão. Entre as indiretamente positivadas estão: a) os próprios direitos fundamentais (na lógica da limitação dialética entre poder estatal e liberdade: os direitos fundamentais representam limites ao poder estatal, limites estes não absolutos, pois foram previstos no texto constitucional reservas legais além da possibilidade de direito constitucional colidente. Por sua vez, os direitos fundamentais limitam a possibilidade do legislador limitá-los para que a função limitadora em si do direito fundamental não reste sem objeto); b) a reserva de lei editada pelo Parlamento; c) o princípio do critério da proporcionalidade. As restrições (limites dos limites) positivados no art. 19, I e II, GG são: a) garantia do núcleo essencial (art. 19, II, GG, cfr. a seguir no texto); b) a proibição de lei limitadora regulamentadora de caso concreto (art. 19, I, 1, GG); c) o mandamento de indicação explícita do direito fundamental a ser limitado pelo legislador (art. 19, I, 2, GG, interpretada porém restritivamente pelo TC alemão); d) a observância dos princípios de Estado de direito da clara determinação da hipótese normativa (*Bestimmtheitsgebot*)²¹.

A doutrina brasileira, com fundamento nos precedentes de nossa Suprema Corte, tem concluído que são limites às restrições aos direitos fundamentais: a) o princípio da legalidade, devendo-se incluir neste item a reserva legal e a validade da norma res-

²⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 232-241.

²¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 151-152, nota 50.

tritiva; b) a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; c) o princípio da proporcionalidade; d) e a proibição de restrições casuístas, esta fundada no sentido de justiça, segurança jurídica e no princípio da igualdade²².

É fato que o legislador constituinte não conseguiu e jamais conseguirá prever todas as possíveis hipóteses de colisão de direitos fundamentais, daí porque os critérios genéricos de restrição e dos seus próprios limites têm gerado constantes discussões e reavivado muitas vezes a dúvida quanto à adoção dessa teoria externa, que se encontra assentada no caráter liberal e individualista dos direitos fundamentais.

No tocante às liberdades clássicas, parece-me que a adoção da teoria interna possibilitaria por demais o âmbito de intervenção do Estado sobre o indivíduo, inclusive a causar um déficit na sua efetiva garantia, perigo este que só poderia ser afastado com uma melhor apreensão pelo intérprete do sistema constitucional e de um aprofundado estudo dos instrumentos metodológicos de definição das limitações e dos critérios científicos de hermenêutica constitucional.

Não há que se olvidar que as normas de direitos fundamentais possuem natureza de princípios, mas também de regras, e as posições jurídicas definitivas somente serão identificadas como direitos definitivos após correto processo de ponderação. A técnica da ponderação não se trata de um exercício fácil ao legislador, ao administrador ou ao intérprete, em especialmente, se não restar adotado um critério forte de distinção entre regras e princípios²³. Este é o grande desafio nos dias atuais. Aproveito o ensejo para, neste ponto, ressaltar o entendimento esposado pelo Ministro **Dias Toffoli**, quando do referendo da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451-DF, em julgamento realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 2/9/2010, trata de forma inteligente e sóbria sobre o perigo do exercício não criterioso da ponderação:

Tenho convicções arraigadas sobre o problema da metodologia de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais e de suas restrições. Trabalho com conceitos que não se enquadram no neopositivismo e no neoconstitucionalismo. Ainda estou convencido da utilidade dos antigos conceitos de lógica formal de matriz neokantiana, que, por muito tempo, inspiraram os debates jusfilosóficos. O juiz deve ser um fiel seguidor das regras, obviamente atualizado por conceitos modernos da Hermenêutica contemporânea, especialmente a de índole constitucional.

Ao legislador é que se devem atribuir as margens de conformação, a ponderação de valores na elaboração das normas, porque resultantes de um debate democrático, pluralista, sujeito às críticas, às marchas e contramarchas da vida em sociedade e da arena partidária.

*Tenho muito receio da **principiolatria**, que, no início deste novo século, parece substituir a antiga **legislatria**. Fala-se hoje em uma nova figura jurídica, a **legisprudência**, um direito nascido da mescla*

²² Vide MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002. p. 241-249.

²³ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 344-345.

– muitas vezes espúria – entre as fontes democráticas da atividade legislativa e a criação jurisprudencial livre. Esse papel de agente ponderador, que escolhe entre valores, deve ser primordialmente cometido ao Legislativo. O juiz pode e deve interpretar o Direito com referência a valores. Isso não é mais posto em causa. No entanto, não se pode usar dos princípios como meio de substituição da vontade geral da lei pela vontade hermética, esotérica de um juiz, que, em diversas situações, busca modelos teóricos para ajustar externamente as conclusões internas a que ele chegou por meios obscuros e de impossível sindicância por critérios de aferição universal.

Dito isso, passo ao exame da questão posta nos autos sob o enfoque de construções teóricas da ponderação, apenas e tão somente para que se coloque a controvérsia dentro de seu universo epistemológico. Ou seja, mesmo utilizando o referencial teórico dos princípios, os resultados a que chegaremos deverão respeitar a ponderação do legislador.

Antes de ingressar no exame da estrutura das normas de direitos fundamentais, reforço essa ordem de ideias com o empréstimo de contributo da Literatura, com a pena universal de William Shakespeare, em sua obra “Medida por medida” (Measure for measure).

Nesse texto clássico, William Shakespeare coloca nas mãos do Duque de Viena o poder de vida e morte sobre os súditos. Baixa-se uma lei que proíbe a luxúria e uma personagem, Cláudio, é condenado por esse crime de luxúria, cuja pena é a decapitação. Sua irmã Isabela, uma jovem noviça, de grande beleza, sai do convento e procura a autoridade, Lord Ângelo, implorando pela vida de Cláudio.

Ao procurar Lorde Ângelo e pedir clemência a seu irmão, a noviça ouve da autoridade que a lei é inafastável e que Cláudio deve sofrer a pena capital pelo crime de luxúria.

Instantes depois, tomado pela beleza de Isabela, o juiz volta atrás em sua tese de *dura lex sed lex* e, afirmando-se como senhor da interpretação da norma, faz a proposta insidiosa: “Cláudio não morrerá, Isabel, se amor me derdes.”

Em troca da liberdade do irmão, Isabela entrega sua honra e seu corpo à autoridade.

Em suma, a mesma lei inflexível, por meio de ponderação, pode ser flexibilizada, chegando-se a um resultado absolutamente diverso, conforme juízos subjetivos e incontroláveis da autoridade, em desapego à segurança jurídica da norma legal.

É esse o risco que se corre quando a ponderação judicial sobrepõe-se, de modo excessivo, aos parâmetros democráticos da legislação.

Encerro essa advertência, que serve para a demarcação de minhas convicções sobre o tema, com passagem de um grande jurista que há pouco integrou este Pretório, emprestando-lhe seu brilho e sua argúcia intelectual. Esse texto, de autoria de Eros Roberto Grau, publicado na revista *Justiça e Cidadania*, editada pelo histórico jornalista (e defensor das liberdades civis) Orpheu Santos Salles, é muito útil ao que ora se decide e se compatibiliza com a interpretação do arbítrio de quem decide com base em preconceitos ou em valores subjetivos, ao estilo do romance de William Shakespeare:

“(...) Juízes, especialmente os chamados juízes constitucionais, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como contudo inexistente, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de “vão cego”, na expressão de RÜTHERS. Em ambos os casos essas escolhas são perigosas .

O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a incerteza jurídica aportada ao sistema pela ponderação entre princípios. É bem verdade que a certeza jurídica é sempre relativa, dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma sendo produzida pelo intérprete. Mas a vinculação do intérprete ao texto --- o que excluiria a discricionariedade judicial --- instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece”(GRAU, Eros Roberto. O perigoso artifício da ponderação entre princípios. Justiça e Cidadania, n. 108, p. 16-19, julho, 2009).

Essa concepção, que está desenvolvida com caráter mais abrangente em outra obra de Eros Roberto Grau, o Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito (5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 283 e ss.), merece registro e serve para se apresentar uma alternativa metodológica ao enfrentamento da questão. Esse sincretismo pode chegar à perda de legitimidade da jurisdição constitucional, como bem aponta Lênio Luiz Streck, quando aborda o problema das “decisões conforme a consciência” (cf. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed., rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. passim).”

Entre os limites às restrições dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade parece ser o que mais apresenta dificuldade de aplicação. Ficaremos na análise pontual deste item.

A proporcionalidade, evidentemente, há de ser observada não só pelo legislador, como também pelo destinatário da norma, a fim de que a interferência nos direitos fundamentais seja feita sempre na medida da absoluta necessidade e de forma adequada e proporcional (*Verhältnismässigkeit*). A lógica da construção da norma, no entanto, muitas vezes não será a mesma no momento de sua interpretação, e sob esta perspectiva

é que se pretende apresentar algumas reflexões, em especial, diante das constantes críticas que alguns têm feito ao excesso de judicialização²⁴.

É conveniente apresentarmos o posicionamento de Walter Claudius Rothemburg, para quem a proporcionalidade é um critério, e não um princípio autônomo, por se tratar de um índice que permite aplicar uma técnica de solução de problemas de concorrência e conflito. Para o constitucionalista, se a proporcionalidade fosse um princípio, a própria proporcionalidade estaria sempre em concorrência com outro princípio, a exigir constante e adequada solução, numa sorte de composição necessária²⁵. Bem acentua o autor que no conflito entre dois princípios, a proporcionalidade seria um terceiro a ser ponderado, o que geraria uma incongruência no sistema e, portanto, seria inadmissível.

O critério da proporcionalidade não está expresso na Constituição, mas na ideia do devido processo legal substantivo e na justiça; há que ser visto como um instrumento indispensável para a proteção dos direitos, em especial os fundamentais, visto que permite o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e a adequada ponderação nas hipóteses já especificadas. Com o uso da adequação, necessidade ou vedação do excesso e proporcionalidade em sentido estrito é possível que se conclua, inclusive, pela anulação ou declaração de nulidade de atos legislativos ou administrativos.

A correta interpretação constitucional precisa calcar-se no plano jurídico, de um lado, e, de outro, num plano político, garantindo o equilíbrio, posto que na análise da interpretação da norma constitucional espera-se dos órgãos constitucionais o ajuste do interesse público que revele o sentimento de coletividade e de justiça.

Sob a perspectiva acima narrada há que se ressaltar o trabalho do jurista e Ministro Luís Roberto Barroso (STF) quando destaca que a proporcionalidade funciona como um parâmetro hermenêutico capaz de orientar como uma norma jurídica deve ser interpretada e aplicada no caso concreto, mormente nos casos de incidência dos direitos fundamentais, para a melhor realização dos valores e fins do sistema constitucional. Repete-se, então, que ao Poder Judiciário é permitido invalidar atos legislativos ou administrativos quando não observada a adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado pela norma jurídica (*adequação*); quando a medida normativa não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade ou vedação do excesso*); e quando não se manifeste o binômio custo-benefício, pois o que se perde com a medida normativa é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade stricto sensu*)²⁶.

Segundo Humberto Ávila²⁷, a aplicação da proporcionalidade dar-se-á em situações em que se constate uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal modo que o intérprete do direito possa proceder ao exame de três parâmetros fundamentais e complementares: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

²⁴ O tema sobre a proporcionalidade já foi desenvolvido por mim e pelo coautor, professor Moacir Menozzi Júnior, em que pudemos concluir que a ponderação só será cabível em hipóteses específicas, quando não for possível a identificação da posição definitiva de um direito fundamental e, desde que na aplicação do princípio da proporcionalidade, também sejam considerados os argumentos do legislador que instituiu as normas de direito fundamental. Parte desse trabalho está sendo aproveitado nesse capítulo (vide KIM, Richard Pae; MENOZZI JUNIOR, Moacir. Princípio da proporcionalidade e fundamentalidade - o sentido para o legislador e para o hermeneuta. *Caderno de Direito*, v. 12, série 22, p. 167-186, 2012.

²⁵ ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003. p. 42-43.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 213-216.

²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116-124.

No tocante à interpretação quando haja colisão de princípios fundamentais, é importante ressaltar que a utilização do princípio da proporcionalidade, com a observação da necessidade e adequação, cuida-se de um instrumento de controle não só da atividade legislativa, mas, também, da vida cotidiana quando ausente regra específica que possa se subsumir a uma determinada situação fática e que implique em restrição a direito(s) fundamental(ais). A função da proporcionalidade é essencial e indispensável, principalmente nas hipóteses de colisão e restrições de direitos fundamentais, diante da complexidade da natureza dos princípios fundamentais ante suas oscilações terminológicas e imprecisões conceituais.

A dificuldade na aplicação do critério da proporcionalidade no processo de ponderação não deve impedir, a sua incidência. Aliás, como afirmado pela boa doutrina, “pode-se dizer que em muitos casos os critérios políticos confundem-se com critérios jurídicos, podendo o juiz adequá-los ao caso concreto”²⁸.

Não há que se olvidar, ainda, que muitas vezes a proporcionalidade utilizada pelo legislador não será a mesma aplicada pelo intérprete da lei. O legislador, no exercício de sua atividade de construção de uma regra, ou até mesmo de um princípio – abstrato, impessoal, e que harmonize os interesses coletivos e individuais – por se tratar de atividade estatal, deve ter como escopo principal alcançar o interesse público.

A propósito, conforme lição dos grandes administrativistas e constitucionalistas, toda lei tem duas finalidades: uma finalidade ampla, que deve ser o interesse público, e outra, restrita ou estrita, que deve ser a específica prevista na lei para aquela situação. Isto não significa necessariamente que o legislador só buscará alcançar finalidades coletivas, públicas, por meio da edição da norma. O que está a se sustentar é a indissociabilidade da finalidade pública da norma, que não deve ser dirigida a interesses do indivíduo, mas que pode tutelar direitos individuais, do cidadão.

Há um aspecto que devemos, no entanto, considerar, e que se mostra essencial para se entender a dificuldade de se verificar a proporcionalidade da norma e os motivos pelos quais a aplicação deste princípio pode acarretar mudanças significativas em nosso sistema jurídico. Não só a função jurisdicional se encontra limitada aos valores constitucionais, mas também a atividade legiferante.

No processo legislativo, a proporcionalidade da norma deve ser analisada dentro dos critérios jurídicos que podem estar contextualizados a um momento histórico, e não há dúvida de que este deve levar em conta não só os elementos jurídicos técnicos estabelecidos pela Constituição Federal, mas também as variáveis sociais da época de sua publicação e seus efeitos para o futuro. Como muitos autores já sustentaram, não há dúvida quanto à existência de uma mutação constitucional e mesmo das normas infraconstitucionais. Isto exige um exame permanente quanto à proporcionalidade da norma, desde seu nascedouro até sua revogação, derrogação ou ab-rogação. Inúmeros são os exemplos de que a proporcionalidade, quando da edição da norma, não permanece a mesma, principalmente após o decurso do tempo, como é o caso das mais recentes decisões judiciais que passaram a interpretar que as normas postas na Constituição não só possuem eficácia jurídica, como também possuem um conteúdo mínimo que deve ser atingido no atendimento proporcional aos direitos do cidadão.

²⁸ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 83-85.

Assim sendo, embora a Constituição Federal não tenha sofrido modificações no tocante ao acesso universal e gratuito ao ensino fundamental, bem como às regras que garantem o acesso universal e gratuito à saúde pública, podemos observar como as recentes decisões dos tribunais têm reconhecido o direito ao pleno acesso a esses serviços públicos, o que não vinha sendo concedido pelo Judiciário pelo menos até o final do século passado.

Mostra-se, inclusive, importante a análise da exposição de motivos, as justificativas apresentadas pelo proponente de um projeto de lei ou até mesmo os pareceres apresentados pelas comissões e subcomissões, para analisar não só a validade da norma, mas as hipóteses de sua incidência. O tempo e as mudanças das variáveis que compuseram a proporcionalidade da norma sancionada, por exemplo, poderão autorizar que o hermenauta, observando este princípio da proporcionalidade, chegue a conclusões absolutamente díspares em relação à aplicação originária deste princípio quando da elaboração e publicação da norma.

Em nosso entender, a fim de que haja segurança jurídica, efetivo respeito ao estado democrático de direito e observação à separação de poderes, além da aplicação das regras de interpretação constitucional e da observância à hermenêutica tradicional, o intérprete deve respeitar a vinculação entre a lei da ponderação e a teoria da argumentação jurídica racional e deve privilegiar a lei, resultado do processo democrático. Ou seja, em não tendo havido grandes variáveis fáticas, há que prevalecer a proporcionalidade da norma observada pelo legislador.

É fato que ainda não conseguimos solucionar o problema do sincretismo metodológico a que se refere o eminente professor Virgílio Afonso da Silva ao tratar dos curto-circuitos existentes em nossa doutrina a respeito da interpretação constitucional. Entretanto, concordando com o autor, o hermenauta deve escolher um dos métodos de interpretação constitucional normalmente apresentados pela doutrina e aplicar os cânones de interpretação sistematizados por Savigny, que também devem valer para o Direito Constitucional²⁹.

6. Os direitos fundamentais sociais prestacionais e a inaplicabilidade da teoria externa

Início este capítulo com uma afirmativa: não há como se aplicar a teoria externa aos direitos fundamentais de segunda geração que exijam prestações positivas do Estado.

Aliás, todos aqueles que se debruçaram efetivamente sobre tema sabem os motivos pelos quais essa premissa se torna evidente quando se trata de direitos fundamentais vinculados a uma ação prestacional do Estado, ou seja, na relação de um *status* positivo, sob a óptica de Friedrich Muller.

Em nossa Constituição Federal, os direitos fundamentais sociais encontram-se, sobretudo, contemplados nos artigos 6º, 7º, 170, entre outros. No que toca aos dispositivos que tratam da Justiça Social, podemos observar que seu ordenamento jurídico encerra além de princípios, normas de aplicabilidade imediata, valores e disposições fundamen-

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros: 2007. p. 142.

tais, também as normas de direitos sociais que possuem eficácia limitada, ou seja, que exigem a edição de normas organizacionais e procedimentais a viabilizar a execução da conduta positiva imposta pela Carta.

A configuração de um direito fundamental de segunda dimensão, no entanto, não prescinde da conjugação dos princípios com as normas infraconstitucionais, como já acentuado por Agustín Gordillo, que assim salientou:

Diremos entonces que los principios de derecho publico contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso: mientras que la norma es un marco dentro del cual existe una certa libertad, el principio tiene sustancia integral. La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido; pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el qual es ejecutada; el principio, en cambio, determina en forma integral cual ha de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta.³⁰

Como afirmado pelo jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar alguns dos incisos dos artigos 7º e 170 da Constituição Federal, determinados princípios e regras constitucionais pertencem à categoria do que ele referiu como “explicitações de fins, sem indicação dos meios previstos para alcançá-los”. Essas normas não chegam a conferir aos cidadãos uma utilidade substancial, concreta, desfrutável positivamente e exigível quando negada. Entretanto, não deixam de ser fontes de direitos e possuem alguma eficácia, na medida em que possuem o alcance de

a) proporcionar aos administrados a possibilidade de se oporem judicialmente ao cumprimento de regras e à prática de comportamentos adversos ao estatuído na Carta do país, além de b) imporem ao Judiciário, quando da interpretação e dicção do Direito nos casos concretos, decisões que convirjam na mesma direção e sentido destes preceitos - resultando daí a pretendida proteção constitucional aos administrados”³¹

Ao concluir esse autor sobre o tema, acaba por elencar de forma percuciente as três espécies tipológicas de normas constitucionais atinentes aos direitos sociais: “a) algumas são concessivas de poderes jurídicos, os quais podem ser exercitados de imediato, com prescindência de lei; b) outras são atributivas de direito a fruir, imediatamente, benefícios jurídicos concretos, cujo gozo se faz mediante prestação alheia que é exigível judicialmente, se negada; c) outras, que apenas pontam finalidades a serem atingidas pelo Poder Público, sem indicar a conduta que as satisfaz, conferem aos administrados, de imediato, direito de se oporem judicialmente aos atos do Poder Público acaso conflitantes com tais finalidades”³².

³⁰ GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966. p. 176-177.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 48.

³² Op. cit., p. 56.

Ressalte-se que o simples fato de as normas constitucionais, programáticas ou não, gerarem alguma eficácia a propiciar níveis diversos de direitos subjetivos – o que é absolutamente normal em função do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais – não impede que se reconheça a prevalência, nesta categoria de direitos de segunda dimensão, das normas de eficácia limitada. Portanto, em regra, os direitos sociais só podem ser efetivamente exercitados quando o poder público coloca à disposição do usuário um serviço e quando vem a cumprir com obrigações constitucionais e infraconstitucionais instituídos por uma política pública social, tudo em virtude de um de seus elementos caracterizadores, qual seja, a “função promocional do Estado”³³.

Por isso, respeitados juristas como J.J. Canotilho e Vital Moreira já sustentaram que descabe falar em restrições de direitos prestacionais, ainda que impliquem em direitos fundamentais, na medida em que, nesta categoria de direitos fundamentais, só será possível discutir-se a respeito da concretização (plena, suficiente ou insuficiente) da norma constitucional. Essa conclusão fica evidente quando não há, no universo dos direitos sociais prestacionais, como identificar os mandamentos de otimização.

Mesmo quando um país vem a inserir em seu texto constitucional um direito social de eficácia plena, o que ocorre normalmente com alguns direitos do trabalho e previdenciários, muito similares aos direitos de defesa, não se tratará de um princípio que possa ser considerado um mandamento de otimização. Cuidar-se-á de norma com natureza jurídica de regra de direito fundamental.

Portanto, na interpretação de uma norma constitucional de direito fundamental social, parece correto infirmar que o intérprete verificará o conteúdo jurídico do direito social, e não, a limitação ou a restrição do direito, o que será identificável sempre sob o cotejo dos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais que estão a formar o direito social exercitável pelo usuário do serviço ou da atividade pública.

Isso não significa que não seja possível verificar a ocorrência de inconstitucionalidade pela omissão estatal, ou afirmar-se pela impossibilidade de se ponderar. Pelo contrário. A ponderação, no nosso modesto entender, não se aplica apenas às hipóteses em que haja colisão de direitos fundamentais, mas, também, quando estão em jogo valores constitucionais – antagônicos ou não – como é o caso em que o intérprete deva analisar um direito fundamental em cotejo com a democracia participativa, o interesse público, a segurança jurídica, o interesse coletivo, a justiça social, etc.

Não se está a olvidar o escólio de Jorge Reis Novais, no sentido de que se deve entender a restrição como “[...] a acção ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conceito de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado”³⁴. Pelo contrário; afirma-se e reitera-se que essa concepção de restrição não caberá aos direitos fundamentais sociais, ainda que tenha ocorrido a omissão abusiva estatal, uma vez que não existirá, na espécie, um mandamento de otimização a ser objeto de restrição. O que pode ocorrer nessas hipóteses é a inconstitucionalidade pelo descumprimento de obrigação pública constitucional a afetar um

³³ SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 55.

³⁴ Op. cit., p. 82-83.

direito fundamental social definido por um conteúdo jurídico composto por normas - constitucionais e inconstitucionais.

Poderíamos perguntar se no caso dos direitos fundamentais sociais o correto seria adotar-se a teoria interna dos direitos fundamentais (?). A mim me parece que a resposta há de ser positiva.

Embora entenda que no caso dos direitos fundamentais sociais prestacionais, ao invés da terminologia “limitação ao direito social” o ideal seria a utilização da expressão “delimitação do conteúdo do direito social”, pois o direito social é conformado de acordo com os preceitos da Constituição, e não, limitado, a teoria interna parece responder melhor ao ordenamento jurídico vigente no caso dos direitos de segunda dimensão.

O fato é que, independentemente da nomenclatura que se dê – limitação ou delimitação do direito social – haverá sempre na ação positiva estatal, determinados limites imanentes, fronteiras implícitas e apriorísticas, inseridas na própria Carta constitucional e de outros que serão definidos pelo legislador competente no âmbito infraconstitucional. Portanto, a eficácia desses direitos estará condicionada à execução das políticas públicas decorrentes dos processos legislativo, orçamentário, administrativo e, até mesmo e se o caso, de um processo judiciário.

7. Separação de poderes e as restrições: ponderação e a legitimidade da decisão

Como restou anteriormente salientado, a restrição ou a limitação aos direitos fundamentais deve observar os requisitos da legalidade, da proporcionalidade e da proibição das decisões casuísticas. Também deve sempre existir respeito ao núcleo essencial do direito fundamental em pauta e do mínimo existencial, este vinculado mais especificamente aos direitos sociais³⁵.

À toda evidência lógica, a restrição há de ser interpretada e aplicada de forma restritiva, razão pela qual ela ocorrerá nos casos em que houver efetiva necessidade e desde que o titular da função que a institua, ou a aplique, cumpra o já referido trinômio: necessidade, adequação e proporcionalidade. Algumas serão instituídas por lei, é o caso do direito à inviolabilidade de correspondência, prevista no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, que pode ser objeto de restrição explicitamente escolhida pela própria Carta nos casos de Estado de Defesa e de Estado de Sítio; ou mesmo pelo administrador quando se tratar de correspondências que devam passar por alguma espécie de fiscalização (raio-x, v.g.) porque existente algum interesse público como é o caso da fiscalização em aeroportos, penitenciárias ou em órgãos que exijam maior segurança.

Embora o Poder seja uno e indivisível, pois pertence ao povo brasileiro como expresso na Constituição Federal, não há dúvida de que os Poderes instituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), no exercício das funções republicanas, devem respeito um ao outro e a harmonia há de ser respeitada. No paradigmático voto do Ministro Dias Toffoli, no mencionado julgamento da ADI nº 4.451 MC-REF/DF, restaram acentuadas importantes advertências aos atores que efetivam as ponderações na análise das restrições aos direitos e que merecem ser destacadas, a saber:

³⁵ Esse tema será objeto de abordagem em outro artigo.

A chamada **colisão de princípios** é por demais conhecida pela Filosofia do Direito contemporânea, graças à contribuição do jurista **Robert Alexy**. Não se fala de invalidação de um princípio por outro, mas de sua prevalência, conforme as circunstâncias e segundo a fórmula-peso (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte* (Teoria dos Direitos Fundamentais). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986 p. 78-79).

A **lei de colisão** (Kollisionsgesetz) baseia-se no primado de que “as condições sob as quais um princípio precede aos outros, formam o tipo abstrato de uma regra que expressa as conseqüências jurídicas do princípio precedente” (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*... p. 79-84).

Assim, a ponderação de princípios leva, na prática, à produção de uma norma cuja formulação conduz ao que **Robert Alexy** chama de **fundamentação jurídico-fundamental correta**.

Como decorrência, não há falar-se em direitos fundamentais absolutos. Como bem salienta **Herbert Bethge**, “a noção de um direito fundamental ilimitado é impossível na prática e contraditória na teoria” (Die verfassungsrechtliche Problematik der Grundpflichten. *Juristische Arbeitsblätter*, Heft 5, p. 252, 1985).

E, nesse sentido, a **liberdade**, qualquer que seja ela, inclusive a de expressão, é **ilimitada prima facie**, mas **limitada** como direito definitivo.

Essa restrição a um direito fundamental **pode e deve ser feita primordialmente pelo legislador**. Não é adequado supor que haveria pré-condicionamento ao legislador e ampla deferência ao juiz para restringir direitos fundamentais, apenas porque o magistrado atua no caso concreto e sob circunstâncias de fato. O legislador goza da legitimidade democrática. É eleito. Submete-se aos constrangimentos do processo eleitoral, às quizílias partidárias, às contradições do Parlamento, às pressões organizadas e ao risco permanente de ser exautorado da vida pública, por meio da censura periódica de seus representados nas urnas. Negar-lhe essa prerrogativa é atrofiar o Estado Democrático de Direito.

Toda restrição ao direito fundamental é uma forma de se criar obstáculos à realização plena de um princípio, como adverte **Robert Alexy** (Op. cit. p. 300-307). E a isso deve corresponder uma atuação fundamentada, por cuidar de norma restritiva. Mas esse **espaço existe**. É o **espaço para conformação do legislador ordinário**. É frequente, nesse sentido, a presença de reservas explícitas (Gesetzvorbehalte) que se identificam pela terminologia clássica “nos termos da lei”, “na forma da lei” ou “conforme a lei”.

(...)

Existem também **reservas implícitas** decorrentes de uma autorização tácita ou imanente de uma restrição que se confere ao legislador ordinário, como admitem **Robert Alexy** e **Christian Starck**. Isso é uma decorrência do princípio da unidade da Constituição, tão bem defendido na doutrina alemã por **Bernhard Schlink** (Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion. *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 11, Heft 17, p. 464, 1984) e já referido nas construções pretorianas desta Corte (ADI 815, Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ de 10/5/96).

A ponderação feita pelo legislador é legítima.

(...)

IV - NECESSIDADE DE DEBATE SOBRE A TRANSPARÊNCIA E A FUNDAMENTAÇÃO DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. A AUTO-CONTENÇÃO RETÓRICA.

O presente caso, Senhores Ministros, tem a oportunidade de nos permitir fazer o inadiável debate sobre o método e a técnica de restrição de direitos fundamentais.

Não pode a Corte simplesmente criar uma metodologia baseada em afirmações solenes e em juízos morais carregados de retórica, mas que não revelam a transparência dos motivos reais de suas próprias conclusões. É essa a crítica que modernos constitucionalistas como Cass Sunstein têm suscitado e que merecem nossa reflexão.

(...)

O mandato de conformação do legislador deve ser, como bem assinala Robert Alexy, fundamentado.”

Nos tempos atuais, em que se tornaram comuns as críticas às decisões do Poder Judiciário no sentido de que existiria excesso de subjetivismo e ausência de critérios científicos nos julgamentos, o que estaria a causar violação aos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da separação de poderes, entendo que a par de alguns exageros, a Justiça e o sistema processual devem sofrer alguns ajustes, a fim de garantir o atendimento a esses três princípios.

Não há espaço neste trabalho a autorizar uma incursão aprofundada desses temas. Entretanto, acentuo que parece existir a necessidade de que alguns membros do Judiciário reavaliem os pressupostos que dão sustentação à separação das funções dos poderes instituídos a fim de que o equilíbrio previsto na Constituição Federal seja efetivamente respeitado. Seja no controle de constitucionalidade de uma norma, seja no exercício de uma ponderação pelo Judiciário, há de se respeitar sempre que necessário o forema jurídico “*in dubio pro legislatore*”³⁶, ainda que haja uma zona de penumbra quanto à constitucionalidade ou não de uma decisão discricionária adotada pelo legislador. Nessa linha de raciocínio, dentro do “pensamento possibilista” de Peter Häberle, e na defesa da democracia, há que se respeitar as decisões legislativas, como também sustentado por Robert Alexy, Jeremy Waldron, Friedrich Klein, Ronald Dworkin, Christian Starck, Konrad Hesse, Kelsen e tantos outros juristas e filósofos – que em maior ou menor grau, acentuaram ser imperiosa adotar-se a perspectiva de que existe uma presunção primeira de legalidade e de legitimidade das opções feitas pelo legislador, sempre que respeitada a margem de ação indicada nos marcos constitucionais.

Isso não significa que o magistrado deva se manter insensível quanto às inovações hermenêuticas, inclusive em decorrência da evolução científica e jurisprudencial de outros países. Também a omissão ou a intervenção legislativa concretizadora não pode ser destituída de razoabilidade ou racionalidade a ponto de suprimir o direito individual escrito. Nesses casos, os magistrados e demais operadores do direito terão o dever constitucional de concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa, a fim de evitar a sua redução desproporcional, eliminação ou total ineficácia.

³⁶ PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006. p. 17.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008.

_____. Tradução Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos direitos fundamentais*. Malheiros: São Paulo, 2008.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2002.

FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006.

GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Per-

rot, 1966.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KIM, Richard Pae; MENOZZI JUNIOR, Moacir. Princípio da proporcionalidade e fundamentalidade - o sentido para o legislador e para o hermeneuta. *Caderno de Direito*, v. 12, série 22, 2012, p. 167-186.

KIM, Richard Pae. Titularidade dos direitos fundamentais difusos e coletivos. In: KIM, Richard Pae; BARROS, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto. *Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade*. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 11-24.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas I*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

ROSENFELD, Michel. *The identity of the constitutional subject*. New York: Routledge,

2010.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires, 1977.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Dignidade humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995.

O Poder Judiciário e o princípio da reserva do possível

*Viviane Nóbrega Maldonado*¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. O princípio da reserva do possível em sua origem; 3. Os direitos fundamentais; 4. O princípio da reserva do possível e o mínimo existencial; 5. As decisões judiciais; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

Para a compreensão do princípio da reserva do possível no âmbito do Direito Brasileiro, impõe-se, por primeiro, o exame da origem do instituto, o qual, como será visto com maior vagar ao longo deste trabalho, nasceu na Alemanha, especificamente a partir de um julgamento do Tribunal Constitucional Federal, no ano de 1972.

A partir de então, o conceito expandiu-se para outros países europeus até que finalmente aterrissou em solo brasileiro, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988, que, como sabido, contemplou consistente e sedimentado rol de direitos fundamentais, e os quais são, em essência, a causa e a razão maiores para a própria formulação do princípio no Direito Brasileiro.

Diferenças culturais e interpretação jurisprudencial própria determinaram, no desenvolvimento do conceito, certo distanciamento daquele que fora primeiramente reconhecido pelo Tribunal Alemão, perdendo-se, em parte, parcela substancial das motivações que inspiraram o estabelecimento da doutrina em solo tedesco.

Com efeito, em seu nascedouro, o princípio da reserva do possível não se esgotava na apreciação da questão atinente à impossibilidade financeira do Estado como argumento ao não atendimento de um certo direito fundamental.

Na histórica decisão alemã, a par do aspecto concernente à limitação de recursos estatais, analisaram-se, igualmente, a possibilidade e o cabimento da pretensão sob a ótica do próprio cidadão, especificamente no que pertine à razoabilidade do seu pedido, em circunstância muito próxima ao do próprio interesse processual.

Embora neste momento seja possível anotar-se moderada distinção interpretativa entre o sistema brasileiro vigente e o conteúdo da decisão alemã da década de 70 do

¹ A autora é Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde 1993. É especialista em Direito Civil e do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura, especialista em Relações Internacionais junto à Fundação Getúlio Vargas (MBA) e mestranda LLM em Direito Comparado junto à Samford University (USA). É titular da cadeira n. 78 da Academia Paulista de Magistrados. Atua como assessora da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça e também como Formadora de Formadores de Magistrados e professora convidada junto à Escola Paulista da Magistratura.

século passado, o fato é que a matéria, em si própria, ainda não alcançou total maturidade, de modo que não se estabelece, em definitivo, contundente diferenciação entre estas duas formas de compreensão.

De maneira bastante genérica, porém, pode-se afirmar que, no Brasil, a alegação de impossibilidade financeira do Estado como argumento único à negativa à prestação de um direito foi acolhida inúmeras vezes.

E tal posicionamento, evidentemente, sempre foi alvo de contundente crítica, sob a premissa de que, a rigor, os recursos estatais não são necessariamente limitados e que existem meios legítimos para sua obtenção de modo a fazer frente à garantia dos direitos fundamentais.

Alega-se, de outro lado, que a incorporação do princípio no cenário brasileiro é descabida, na medida em que os dois países ostentam realidades muito próprias e diversas.

Parte da crítica é efetivamente pertinente, mormente em razão da impossibilidade de aferição científica e objetiva quanto ao acerto, ou não, por parte do administrador no que se refere ao emprego de verbas públicas e, bem ainda, no que diz respeito à pertinência desta contumaz alegação de escassez de recursos.

Em certa medida, o manejo desta resposta tem sido utilizado de forma bastante simplista, não sendo raras as vezes em que o ente estatal assim se comporta em juízo, sem ao menos trazer a prova da alegada impossibilidade financeira, “core” de sua defesa.

Por outra parte, mesmo quando há a demonstração documental de eventual inexistência de recursos, o reconhecimento da situação da omissão estatal subsiste ainda como tarefa árdua ao julgador porque, sabidamente, o Poder Público há de fazer escolhas quanto ao emprego das verbas públicas.

De todo modo, ao longo do tempo, a perspectiva da análise do tema alargou-se, sendo de bom alvitre mencionar-se que hoje já há muitas decisões judiciais em que este argumento único posto como resposta não mais determina o seu acolhimento.

E, além disso, tende-se, neste momento, a proceder-se à análise do tema de forma contextual, de modo a permitir a avaliação da plausibilidade, razoabilidade e proporcionalidade do pedido formulado.

E parece-nos mesmo que, para alcançar o equilíbrio na solução do impasse, seja efetivamente necessário o cotejo entre essas duas circunstâncias, procedendo-se ao antecedente exame da efetiva existência da razoabilidade do direito sob a ótica de quem pede, para, somente ao depois, analisar-se, se o caso, a questão relativa à disponibilidade de recursos.

Nenhum direito é absoluto. Bem por isso, é de rigor a análise da pertinência da pretensão sob a ótica do que pode razoavelmente ser esperado do ente estatal. Não fosse assim, todos os cidadãos estariam legitimados, desde logo, a compelir o Estado a fornecer-lhes, de imediato, tudo quanto lhes parecesse pertinente, o que, sabidamente, não é factível do ponto de vista prático.

Por fim, deve ser anotado que a noção do “mínimo existencial” há de estar igualmente presente na ponderação, prestando-se este critério como elemento orientador da solução nas hipóteses em que a plausibilidade do pedido e a impossibilidade de atendimento da prestação em razão da limitação de recursos encontram-se presentes e comprovadas.

O presente trabalho visa a trazer alguns aspectos que possam contribuir para a reflexão sobre o tema.

2. A origem do princípio da reserva do possível

A expressão “reserva do possível” (“*Vorbehalt des Möglichen*”) foi empregada pela primeira vez por ocasião do emblemático julgado “*Numerus Clausus*” da Corte Constitucional Alemã, em 18 de julho de 1972. Esse julgamento recebeu o número BVerfGE, 33, 330, e é considerado como o marco inicial da doutrina.

Segue-se o histórico. Na década de 60 do século passado, dois estudantes alemães pleitearam vagas na Universidade de Medicina das províncias de Bavária e Hamburgo e tiveram negadas suas pretensões em razão do limitado e predeterminado número de lugares disponíveis.

Essa restrição, então invocada pelas instituições de ensino, encontrava legitimidade na regra “*Numerus Clausus*” das Universidades, que consistia em requisitos específicos para o ingresso no ensino superior.

Acionadas pelos candidatos preteridos, as Cortes Administrativas solicitaram à Corte Constitucional a manifestação acerca da compatibilidade dessa regra com os parâmetros constitucionais, ante a possibilidade, em tese, da violação ao art. 12, inciso I, da Carta², dispositivo sobre o qual se assentou a pretensão.

Esta é a redação da norma constitucional: “todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e de sua aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei”.

Pois bem. Por ocasião do julgamento, a Corte Alemã não reconheceu a alegada incompatibilidade da restrição com a norma de cunho constitucional. Com efeito, afirmou a possibilidade desse regramento aos cursos de medicina no país, valendo-se do fundamento de que os direitos sociais se encontram sob a reserva do possível, assim entendido o que pode um indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade.

Kommers, em sua obra “*The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*,” assim traduziu para o inglês trecho da Decisão:

We may put aside the question of whether participatory rights (in state benefits) can be partially derived from (the concept that) a social state based on the rule of law takes on a guarantor’s obligation to implement the value system of the basic rights. We have determined that the legislator must decide whether and to what extent it will grant participatory rights within the limits of administrative services – even in a modern welfare state – and the citizen cannot force the legislature to make this decision.³

O argumento central da Corte para o reconhecimento de que a restrição das Universidades não feria a norma constitucional residiu no fato de que o Estado há de suprir uma pluralidade de demandas e que, no caso em questão, já havia ocorrido significativo aporte de investimentos nesta área, a afastar possível omissão.

² Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>.

³ KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of German*. 3. ed. 2012. p. 298.

Ademais, entendeu o Tribunal que o mandamento constitucional não obriga o ente público a conceder a cada candidato individualmente considerado e, ainda, a todo e qualquer momento, a vaga de ensino superior por ele desejada, sendo que determinação neste sentido implicaria na minoração de recursos em outras áreas, de modo que o princípio da igualdade restaria comprometido.⁴

Em análise dessas considerações, conclui-se que o Tribunal Alemão não se pautou apenas pela limitação financeira do Estado para denegar a pretensão dos estudantes.

A par desse aspecto, reconheceu que houvera já sido investido significativo valor nas Universidades de Medicina e que existiam demandas outras a serem atendidas, sob pena de priorização de um segmento em detrimento de outros, tudo a afastar o princípio da igualdade.

Outros sistemas jurídicos, entre eles o brasileiro, incorporaram a doutrina em questão em seu arcabouço jurídico. Houve, porém, relativa mutação de seus termos, na medida em que, a princípio, apenas a questão atinente à inexistência de recursos parecia relevante.

E, em razão desse fato, inúmeros autores brasileiros e estrangeiros se opuseram à validação da doutrina em outros sistemas jurídicos que não o germânico, ao argumento de que as circunstâncias entre seus países e a Alemanha apresentavam acentuados elementos distintivos.

De toda forma, o fato é que, ao menos no Brasil, o conceito se estabeleceu, ainda que, também aqui, tenha assumido contornos um pouco diferentes.

Analisa-se, pois, o contexto nacional.

3. Os direitos fundamentais

A pequena extensão do presente trabalho não permite discorrer de forma aprofundada sobre a doutrina dos direitos fundamentais em suas várias gerações ou dimensões, sendo certo que se trata de vastíssimo e controvertido tema, a não permitir o esgotamento ao cabo de poucas considerações.

Faz-se, pois, breve digressão sobre o assunto e assinala-se, de saída, que, no âmbito da doutrina brasileira, não existe consenso no que pertine à nomenclatura mais adequada para a definição dessas categorias de direitos.

Por uma opção eminentemente prática e porque não raras vezes a adoção da expressão “gerações de direitos” pode falsamente ensejar a impressão de que ocorreu sucessão ou substituição, utilizarei aqui “dimensões de direitos”.

A Constituição Federal de 1988, precisamente em seu Título II, previu rol de direitos e garantias fundamentais, observando-se que, para fins de organização, a matéria foi dividida em cinco capítulos, a saber: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Como é cediço, os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas, paulatinamente, em consonância com a demanda e com o cenário de cada época. E é jus-

⁴ JURGEN, Schwabe. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 662-662.

tamente por esta razão que se convencionou catalogar os diversos direitos em gerações ou dimensões.

Com vistas a esta classificação, podem ser citados, no âmbito da Carta Maior, como exemplos de direitos fundamentais de primeira dimensão, os direitos à vida, à liberdade e à igualdade previstos no “*caput*” do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Atrelem-se a esta classificação, outrossim, os demais direitos destes derivados, tais como as liberdades de manifestação (art. 5º, IV), de associação (art. 5º, XVII) e o direito de voto (art. 14, *caput*), aqui mencionados apenas de forma exemplificativa.

Pode-se dizer, quanto a estes, que se referem às liberdades em sentido amplo e que implicam, desde sua nascente histórica, na adoção de conduta negativa do Estado de modo a não interferir em seu pleno exercício.

Nas palavras de Bobbio, são direitos que reservam ao indivíduo uma esfera de liberdade em relação ao Estado, devendo este se abster de qualquer ato capaz de obstá-la.

Os direitos de segunda dimensão são derivados do princípio da igualdade, surgiram com a noção de Estado Social e são entendidos como direitos da coletividade.

São direitos que exigem prestações por parte do Estado, de forma que implicam em um “fazer” em oposição ao “não fazer”, tal como se exige para o pleno exercício dos direitos de primeira dimensão.

São eles, basicamente, os direitos sociais, a par dos culturais e econômicos, e os quais se acham alocados em capítulo próprio na Constituição Federal. Referem-se, em síntese, à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança e previdência social (art. 6º).

A alteração do paradigma decorrente da explícita positivação representa dizer que o Estado passou a ter a obrigação positiva de criar pressupostos fáticos para a realização desses direitos, os quais, frise-se, devem estar em consonância com os tratados, pactos e convenções internacionais.

Na visão de Paulo Bonavides, passaram a ser vistos numa perspectiva também de globalidade, enquanto chave de libertação material do homem.⁵

Segundo Sarlet, “os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social”.⁶

Tais direitos consagram os princípios da solidariedade ou fraternidade, sendo atribuídos genericamente a todas as formações sociais, na medida em que sua titularidade pode ser individual ou coletiva.

Como exemplos de direitos de terceira geração, podem ser mencionados os direitos relativos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio comum da humanidade e à paz, anotando-se que são eles de natureza transindividual e que se concebem como tendo por destinatária a própria coletividade.

Assim se expressa Bonavides:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 108.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2001. p. 50.

*geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.*⁷

Ao fazer referência aos direitos de terceira dimensão, Ingo Sarlet ressalta:

*cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.*⁸

Por fim, cabe mencionar que há doutrinadores que sustentam a existência de direitos de quarta e de quinta dimensão, atrelando-se os primeiros às questões relacionadas à engenharia genética, democracia e pluralismo e, os últimos, por sua vez, a noções relacionadas a amor e compaixão como direitos constitucionalmente protegidos.

Lançados esses breves apontamentos, volta-se ao tema central do trabalho para estabelecer que, dada a natureza da categoria de cada qual desses direitos, o princípio da reserva do possível, tem, em termos pragmáticos, estreita relação com os direitos de segunda dimensão, na medida em que são estes os que contam com a atuação direta e pontual do Estado para sua efetivação.

A problemática se instaura a partir deste ponto, na medida em que o Estado não dispõe, em princípio, de recursos ilimitados para atender a toda uma classe de demandas. E esta limitação, como sabido, é de ordem prática e também legal, já que o ente estatal sujeita-se a regras orçamentárias objetivas.

Ora, se, por um lado, não conta o Estado com irrestrita capacidade para fazer frente à satisfação de todos, é imperativo, por outra parte, que o direito garantido constitucionalmente deva ser efetivado, ainda que de modo não ideal.

Inicia-se, pois, o exercício da equação para a determinação das circunstâncias em que o Estado pode, em tese, invocar, o princípio da reserva do possível, e o que haverá de ser cotejado, como dito anteriormente, com a razoabilidade e a proporcionalidade da pretensão e com o ingresso, ademais, do parâmetro do mínimo existencial.

Procede-se, pois, ao exame desses paradigmas.

4. A reserva do possível e o mínimo existencial

Celso Antônio Bandeira de Melo, ao discorrer sobre a natureza jurídica dos princípios, assim pontuou:

⁷ BONAVIDES, Paulo, op. cit. p. 569.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit. p. 58.

(...) princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome de sistema jurídico positivo.⁹

Neste sentir, é evidente que todo o ordenamento jurídico rege-se por princípios, os quais, em certa medida, possuem caráter normativo similar ou mesmo superior às próprias regras jurídicas.

Segundo Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, sendo que, quanto à imperatividade, possuem o mesmo caráter normativo das regras.

Parte-se, portanto, da premissa de que tanto os princípios quanto as regras são normas para todos os efeitos. O que irá, pois, diferenciá-los é que as regras são necessariamente explícitas quanto ao seu cumprimento, ao passo que os princípios são informadores das ações que devam ser levadas a efeito, maximizando os resultados e segundo os critérios da exequibilidade.¹⁰

No funcionamento do sistema de normas, não raras vezes uma regra jurídica contrapõe-se a um determinado princípio. Nesta hipótese, é evidente que o princípio prevalecerá sobre a regra, sob pena de que, em alguma medida, o sistema seja ferido em sua essência.

Situações há, entretanto, em que ocorre a colisão principiológica e, para tanto, não há regra ou fórmula preestabelecida para que a questão seja dirimida.

Nessa hipótese, o julgador, no caso concreto, há de fazer uso do princípio da concordância prática ou da harmonização, que assim pode ser definido:

O princípio da concordância prática é aquele que, diante das situações de conflito ou concorrência, preconiza em confronto, sem que a aplicação de um imprima a supressão de outro. Diz-se, no caso, que deve haver cedência recíproca, de parte a parte, para que se encontre um ponto de convivência entre esses direitos.¹¹

Frise-se, neste ponto, que os princípios devem ser lidos à luz do sistema, haja vista que não se comportam como entidades autônomas. Tecido o texto constitucional, tornam-se interdependentes e formam, nesse contexto, uma amálgama principiológica, responsável pela coerência, coesão e unidade que blindam e garantem a higidez e harmonia do sistema jurídico.

Dentro de um contexto maior, portanto, é que a interpretação do princípio da reserva do possível há que ser ultimada, procedendo-se ao ajuste de sua aplicabilidade em cotejo com os demais princípios que se acham inseridos na ordem brasileira.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros Editores, 1996. p. 545.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 75.

¹¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 87.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, é um tratado celebrado pelos integrantes da Organização dos Estados Americanos (OEA), adotada e aberta à assinatura durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Entrou em vigor em 18 de julho de 1978, com a ratificação do décimo primeiro instrumento, de iniciativa de Granada.

O documento veio a ser ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, vigorando no ordenamento interno a partir do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

Com a promulgação da Emenda Constitucional 45 de 2004, restou expresso o mecanismo de inserção dos tratados internacionais na ordem nacional.

Nesse contexto, embora fosse desnecessário fazê-lo, a Emenda proclamou de forma explícita que as normas relacionadas a direitos humanos haveriam de ser equiparadas às normas internas de cunho constitucional (art. 5º, par. 3º).

O artigo 26 do tratado mencionado – Desenvolvimento Progressivo, e que se acha inserido no Capítulo III – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Convenção – acha-se cunhado com a seguinte redação:

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

A leitura do dispositivo em questão permite a conclusão de que a implementação de políticas públicas e a adoção das providências adequadas à consecução da efetividade dos direitos ali descritos, incluídos os de natureza social, acham-se atreladas à disponibilidade de recursos do Estado-Parte.

Nesse diapasão e porque, na lógica da integração legal, a expressão “na medida dos recursos disponíveis” está efetivamente positivada no Direito Brasileiro, afigura-se como perfeitamente sustentável a possível negativa do Estado frente a uma determinada e concreta pretensão. É o que decorre dessa interpretação.

Pois bem. Em linhas gerais, todos os direitos fundamentais alinhados na Constituição Federal ostentam igual relevo e devem ser atendidos de forma integral para o cumprimento de seu mister.

Mas há que se reconhecer, de outro lado, que o direito à saúde, porque intrinsecamente ligado à própria vida, situa-se em patamar privilegiado no que tange aos demais direitos, o que explica, em parte, que os doutrinadores brasileiros, quando do estudo do princípio da reserva do possível, tenham se dedicado a analisar com maior atenção esta específica área, a qual, se não atendida, potencialmente põe em cheque o princípio da dignidade humana, pilar maior do sistema constitucional brasileiro.

Por essas mesmas razões, grande parte das decisões judiciais hoje debatidas acerca da matéria diz respeito a esse específico tema, na medida em que, sem saúde, o homem

não pode sequer existir para ser titular dos outros direitos que lhe são assegurados pela Constituição Federal.

A relevância do direito à saúde, que, de uma certa forma, sobrepõe-se aos demais, determina a compreensão doutrinária e jurisprudencial de que a invocação do princípio da reserva do possível nessas hipóteses não é, via de regra, materialmente aceitável, porque, de forma pungente, contrapõe-se a uma situação em que se contempla o mínimo existencial.

É evidente que também outros direitos, tais como, educação e moradia, permitem o vislumbre do mesmo mínimo existencial. Entretanto, parece ser no direito à saúde que esse parâmetro se revela de maneira mais premente e inadiável, o que vem a determinar o acolhimento de grande parte das pretensões.

Neste ponto, portanto, há a tendência, por parte dos julgadores, de afastamento da alegação do princípio invocado pelo Estado, até porque possível denegação do direito nessa seara teria, potencialmente, efeitos deletérios irreversíveis.

Ainda assim, há que se ter em conta, por outro lado, a pertinência da pretensão sob a ótica de quem pede, tendo em mira a análise da razoabilidade do pleito como elemento equilibrador da equação.

Com efeito, existem julgados em que não ocorreu o acolhimento da pretensão posta em juízo porque, ainda que de forma implícita, entendeu-se por não presente a plausibilidade sob a ótica meritória.

Analisa-se a seguir, portanto, algumas decisões judiciais acerca da composição desta ponderação, não somente no campo da saúde como em relação a outros direitos.

5. As decisões judiciais

A aplicabilidade do princípio da reserva do possível tem sido vista com relação aos vários direitos garantidos constitucionalmente, não se limitando, ao que poderia parecer à primeira vista, às questões relacionadas ao direito à saúde, muito embora, é verdade, seja neste campo que o debate se revele mais visível.

Com efeito, a mesma discussão abre-se também com relação ao direito à educação, o direito à moradia, o direito ao transporte, o direito ao acesso à justiça e até mesmo no que concerne à abertura de vagas no sistema carcerário, este último aspecto com a finalidade de validar o princípio da dignidade humana do encarcerado.

Tribunais de todo o país têm enfrentado tais questões nos últimos anos e observa-se que não existe, ainda, homogeneidade quanto ao conteúdo das decisões, nem mesmo no âmbito de uma mesma Corte.

Tal fenômeno atesta, ao menos de forma parcial, que o conceito ainda não atingiu um patamar de estabilidade jurídica no que pertine à sua interpretação, notadamente no que se refere à consideração atinente à razoabilidade da pretensão sob a ótica do próprio pretendente, a par da incapacidade financeira do Estado recorrentemente alegada como resposta.

O estreito campo de abrangência deste trabalho não permite, evidentemente, uma análise individualizada do comportamento das Cortes Estaduais quanto ao enfrentamento dessas questões.

Por esta razão, portanto, aqui serão mencionadas tão somente decisões judiciais emanadas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, é importante anotar que os julgados referidos não são os únicos existentes naquelas Cortes acerca da matéria.

As decisões escolhidas possuem, portanto, caráter meramente informador quanto aos argumentos comumente utilizados para o desate da matéria, não se afirmando, por óbvio, acerca da inexistência de outras decisões das mesmas Cortes, mas com posicionamento diverso.

De todo modo, como são elas relativamente recentes, são capazes de ilustrar as tendências relativas ao entendimento jurisprudencial vigente.

Nesta conformidade, listam-se, por assunto, as seguintes decisões.

No que pertine, por primeiro, ao fornecimento de medicamentos pelo sistema público de saúde, consolidou-se o entendimento no Supremo Tribunal Federal de que a invocação do princípio da reserva do possível, “*de per si*”, não é capaz de elidir a pretensão.

Com efeito, apenas em situações muito excepcionais, a recusa ao fornecimento da medicação poderá ser admitida.

Prevalece, na hipótese, a circunstância do mínimo existencial, sob a acepção de que a ausência da medicação prescrita é capaz de, concretamente, comprometer não somente a saúde, mas também a própria vida do paciente.

Calha mencionar, a esse propósito, o julgado abaixo, que vem sendo secundado pelos Tribunais Estaduais de todo o país. Trata-se de demanda originária do Estado de Pernambuco em face de decisão que o condenou a fornecer medicamento a paciente que não dispunha de recursos financeiros para tanto.

Observa-se que o inconformismo do Estado à decisão judicial, manifestado pela interposição de Agravo Regimental, acarretou-lhe até mesmo a imposição de pena de litigância de má-fé, destacando-se da ementa a menção à existência de jurisprudência assentada sobre a matéria.

Ei-lo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado”. (STF - RE: 534908 PE , Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 11/12/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-031 DIVULG 21-02-2008 PUBLIC 22-02-2008 EMENT VOL-02308-07 PP-01408 LEXSTF v. 30, n. 353, 2008, p. 267-272).¹²

¹² Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14724332/agregno-recurso-extraordinario-re-534908-pe>>.

O direito à saúde não é uma condição abstrata, mas, sim, uma circunstância que abarca toda e qualquer providência que seja necessária à manutenção do estado saudável e à cura de doenças.

Incluem-se aqui, portanto, os tratamentos, medicações, intervenções cirúrgicas e os materiais necessários à sua realização, assim como terapias e quaisquer outras providências imprescindíveis ao restabelecimento da vida saudável do indivíduo.

Demais disso, é perceptível que a negativa a essa espécie de prestação não somente implica, como dito, no risco à própria vida, como também afronta, de maneira contundente, o princípio da dignidade humana, paradigma de todo o sistema constitucional.

Parece não restar dúvida, quanto a esse tópico, que a jurisprudência efetivamente se consolidou sobre o tema e que a invocação do princípio da reserva do possível, nesse específico contexto, não há de ser aceita.

Anote-se, de outro lado, que até mesmo medicamentos de caráter experimental têm determinado o provimento da pretensão, mormente quando não exista fármaco sucedâneo e que, de outra parte, seja constatada a específica prescrição médica.

Inúmeras decisões de Cortes Estaduais têm determinado essa providência a cargo do Poder Público, sendo certo que a questão, até o momento, não foi submetida de forma direta às instâncias superiores. De todo modo, incidentalmente, os Tribunais superiores resvalaram na questão.

Pois bem. Malgrado seja fato inconteste a adoção de posicionamento pró-paciente em face do Estado, há situações em que a concessão da pretensão não se afigura possível.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu como de Repercussão Geral a questão atinente à falta de registro de medicação na Anvisa, procedendo à conclusão de que o direito à saúde não é absoluto e que há barreiras legais a esta pretensão.

Inobstante tal conclusão, é interessante ressaltar que, do corpo do V. Acórdão, constou expressamente a “*competência do administrador público para gerir de maneira proba e razoável os recursos disponíveis*”¹³.

Em termos práticos, a pretensão, a esta altura, já estaria afastada pelo argumento central da decisão no que pertine à questão legal. De toda forma, a menção destacada acima afigurou-se como de extrema utilidade para o estudo do tema, ainda que, objetivamente, o fato antecedente já fosse suficiente a afastar a pretensão da parte.

Na ementa da Decisão, verifica-se que o alijamento da pretensão deu-se com base no parâmetro legal. A invocação do princípio da reserva do possível, aqui, funcionou apenas como abordagem incidental:

SAÚDE - MEDICAMENTO - FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO GERAL - CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. (STF - RE 657718 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 17/11/2011,

¹³ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>>.

ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 09-03-2012 PUBLIC 12-03-2012
REPUBLICAÇÃO: DJe-092 DIVULG 10-05-2012 PUBLIC 11-05-2012).¹⁴

Essa mesma controvérsia já havia sido enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça em outras oportunidades, tal como se verifica no julgado que segue:

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO IMPORTADO SEM REGISTRO NA ANVISA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança no qual se objetiva o fornecimento à impetrante de medicamento importado sem registro na Anvisa (substância química: Tetrabenazina; nomes comerciais: Nitoman, Xenazine ou Revcon). 2. O Tribunal de Justiça do Paraná, ao denegar a segurança, por maioria, externou o entendimento de que, “não sendo o medicamento postulado registrado na Anvisa, não é possível ao Estado do Paraná fornecer o referido medicamento a senhora impetrante. Nestas condições, voto para ser extinto o mandado de segurança sem julgamento do mérito porque ausente direito líquido e certo a ser tutelado” (fl. 139). 3. Não se observam a liquidez e a certeza do direito invocado pela impetrante nem a prática de ato ilegal ou de abuso de poder. 4. O fato de o medicamento pretendido não ter registro na Anvisa e, portanto, não poder ser comercializado no território nacional, denota que o alegado direito não é líquido nem certo para fins de impetração de mandado de segurança, porquanto o seu exercício depende de eventual autorização da Anvisa para que o medicamento seja importado e distribuído pelo Estado. 5. A entrada de medicamentos no território nacional, sem o devido registro na Anvisa, configura o crime previsto no artigo 273, § 1º-B, I, do Código Penal; fato que não pode ser desprezado pelo administrador público responsável pelo fornecimento do medicamento em questão, razão pela qual não há falar que o seu não fornecimento caracteriza ato ilegal ou de abuso de poder. 6. Recurso ordinário não provido. (STJ - Ministro Benedito Gonçalves, RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 35.434 - PR (2011/0192002-0)).¹⁵

Decorre também dessa Decisão que, malgrado seu relevo, tampouco o direito à saúde é ilimitado e absoluto. Nesta hipótese, a Corte procedeu a verdadeira operação de ponderação para, a final, reconhecer a falta da razoabilidade da pretensão, em sua própria origem.

A análise dessas duas decisões revela que se consolidou o entendimento de que a medicação importada sem registro na Anvisa, ainda que potencialmente eficiente, é elemento obstativo da pretensão, prejudicando-se, de forma objetiva, o próprio exame

¹⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28anvisa+e+sa%FAde%29&base=aseRepercussao&url=http://tinyurl.com/omplqkg>>.

¹⁵ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20161825&n_um_registro=201101920020&data=20120209&tipo=5&formato=HTML>.

da questão atinente ao custo, invariavelmente invocado pelo Estado para elidir o acolhimento do pedido.

E mais do que isso, o entendimento expressado nessas decisões é emblemático no que tange ao reconhecimento de que o direito à saúde, sob a ótica formal, é relativo. Como decorre da conclusão, ainda que a droga em questão fosse a única capaz de salvar uma vida, não poderia ser chancelada pelo Estado-Juiz pelas razões expostas no julgamento dos recursos.

No que concerne, por seu turno, ao fornecimento de medicações de alto custo, os Tribunais do país têm entendido que o deferimento da pretensão há de ser feito com reservas, porquanto reconhecida e notória a limitação econômica estatal.

Essa questão foi analisada de forma expressa no julgado abaixo, o qual, dentre outros fundamentos, reconheceu a inexistência da prova de que outras medicações seriam ineficazes quanto aos resultados almejados.

Embora, em sua essência, o pedido tenha sido indeferido por questão relacionada à falta de prova pré-constituída em Mandado de Segurança, o que, por si só, já determinaria a denegação da ordem, o fato é que outros argumentos foram alinhados no corpo da decisão, trazendo-se a lume, vez mais, a questão relacionada ao princípio da reserva do possível.

Observem-se, a propósito, os itens 5 e seguintes da decisão:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDANDO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E CONSEQUENTEMENTE DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. 1. “A concessão da ordem, em sede de Mandado de Segurança, reclama a demonstração inequívoca, mediante prova pré-constituída, do direito líquido e certo invocado” (RMS 24.988/PI, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18 de fevereiro de 2009). 2. No caso em foco, o compulsar dos autos denota que não há prova pré-constituída a embasar o pleito deduzido neste writ of madamus. Deveras, a prescrição medicamentosa do remédio Enbrel por médico conveniado ao Sistema Único de Saúde (fl. 15) não é suficiente para comprovar que a resposta do paciente ao tratamento será melhor do que aquela obtida com os medicamentos oferecidos pelo SUS (acitretina e ciclosporina) (fl. 18). 3. A produção da prova subjacente à assertiva de que o tratamento do paciente com a droga Enbrel surtirá mais efeito é de grande complexidade e, à toda evidência, demanda a realização de perícia técnica, cuja dilação probatória é incompatível com rito célere do mandado de segurança. 4. Ainda sob esse ângulo, o documento indicativo de que o tratamento deve ser realizado com o fármaco Enbrel (receita à fl. 15) foi produzido unilateralmente, sem o crivo do contraditório. Ademais, a contraprova produzida pelo impetrado, consistente na Nota Técnica NAT/AF n. 0321/2007 (fls. 74-76), milita em sentido oposto à pretensão do impetrante, pois consignou que: (a) o etanercepte, substância ativa do Enbrel, é de alto custo, relativamente nova e ainda não testada satisfatoriamente em pessoas portadores de psoríase; (b) o relatório médico de fl. 28 informa que o paciente foi tratado com acitretina, corticoterapia sistêmica e tó-

pica e hidratantes, mas não se refere aos medicamentos oferecidos pelo Ministério da Saúde para o tratamento de psoríase (ciclosporina e acitretina); e (c) a droga em comento foi recentemente incluída, pelo Ministério da Saúde, no rol de medicamentos com dispensação em caráter excepcional, através da Portaria MS/GM n. 2577/2006, e a sua utilização foi tão somente autorizada por aquele órgão para o tratamento de artrite reumatoide. Logo, a questão gravitante em torno da eficácia superior do Enbrel para o tratamento de psoríase e da menor manifestação de efeitos colaterais advindos da sua utilização deve ser analisada à luz do processo cognitivo (Precedentes: RMS 22.115/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 22 de junho de 2007 e RMS 17.873/MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 22 de novembro de 2004). 5. Apenas a título de argumento obter dictum, as ações ajuizadas contra os entes públicos com escopo de obrigar-lhes indiscriminadamente ao fornecimento de medicamento de alto custo devem ser analisadas com muita prudência. 6. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente, seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infindáveis necessidades de todos os cidadãos. 7. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros. 8. O art. 6º da Constituição Federal, que preconiza a saúde como direito social, deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação. De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos. 9. Recurso ordinário não provido. (STJ - MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 28.962 - MG (2009/0037261-9))¹⁶.

Destaca-se, pois, a opção do Ministro Relator em discorrer sobre a problemática do princípio da reserva do possível, para concluir, como dito alhures, que o direito à saúde não é absoluto e que os pedidos devem ser “*logicamente razoáveis*”. A “*ratio*” da decisão não se fundou na falta de recursos, mas, sim, na própria falta de razoabilidade objetiva da pretensão.

Ainda no tópico atinente ao direito à saúde, as situações de faltas de vagas em estabelecimentos hospitalares têm sido reconhecidas como de responsabilidade do Estado.

¹⁶ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6101999&n_um_registro=200900372619&data=20090903&tipo=5&formato=HTML>.

Ademais, tem-se que, nas hipóteses de inexistência, o Estado deverá custear a eventual ocupação em estabelecimento particular, tal como decidido no julgado abaixo.

Esta, a decisão:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EM REDE PARTICULAR. PEDIDO SUBSIDIÁRIO NA FALTA DE LEITO NA REDE PÚBLICA. GARANTIA DE EFETIVIDADE DA TUTELA JUDICIAL. 1. Não há violação ao art. 535 do CPC quando a prescrição jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida e a decisão está suficientemente fundamentada. 2. O direito à saúde, como consectário da dignidade da pessoa humana, deve perpassar todo o ordenamento jurídico pátrio, como fonte e objetivo a ser alcançado através de políticas públicas capazes de atender a todos, em suas necessidades básicas, cabendo, portanto, ao Estado, oferecer os meios necessários para a sua garantia. 3. Um vez reconhecido, pelas instâncias ordinárias, o direito a tratamento médico-hospitalar na rede pública de saúde, o resultado prático da decisão deve ser assegurado, nos termos do artigo 461, § 5º, do CPC, com a possibilidade de internação na rede particular de saúde, subsidiariamente, na hipótese de lhe ser negada a assistência por falta de vagas na rede hospitalar do SUS. Recurso especial provido. (STJ - RELATOR MINISTRO HUMBERTO MARTINS, RECURSO ESPECIAL Nº 1.409.527 - RJ (2013/0288479-1)).¹⁷

A particularidade do entendimento expressado nessa decisão atrela-se ao fato de que a prescrição de internação é fato urgente e insubstituível e que a limitação do número de leitos implica em gravame a ser contornado por outros meios, notadamente a assunção de despesas de estabelecimento privado.

Em princípio, pois, deve o Estado responder pela internação hospitalar, seja providenciando a alocação do paciente em hospital adequado da região, seja custeando a utilização de estabelecimento particular. A falta de providências desta ordem fragilizaria o princípio constitucional da dignidade humana.

Pois bem. Como dito ao início, o princípio da reserva do possível não se esgota na área da saúde, muito embora a relevância do tema tenha determinado maior atenção neste específico segmento.

Há outras circunstâncias, entretanto, em que ocorre a mesma ponderação e discussão.

Pautado no direito à educação e nos princípios protetivos da criança, o Supremo Tribunal Federal determinou ao Município de São Paulo matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis, sob pena de imposição de multa.

Nessa decisão, discorreu-se de forma ampla sobre a problemática da questão do princípio da reserva do possível e sobre a imperiosa necessidade de efetivação de “escolhas trágicas” ante o reconhecimento da escassez dos recursos públicos.

¹⁷ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31930206&n_um_registro=201302884791&data=20131018&tipo=5&formato=HTML>.

Concluiu-se, nesta esteira, pela relevância da pretensão, ainda que afirmada a contida capacidade financeira da municipalidade para o atendimento da pretensão.

Segue a extensa ementa:

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impõe o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional,

juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. **DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL.** - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. **A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”.** - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado

na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência. (STF ARE 639337 AgR/SÃO PAULO, AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 23/08/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma).¹⁸

¹⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28escolhas+tr%E1gicas%29&base=baseAcordao>>.

De relevo anotar que, em outras hipóteses, similar pretensão foi afastada à vista do reconhecimento de que, malgrado não houvesse vagas para todos os alunos, o Estado não teria sido omissor.

Destaca-se, a propósito, o seguinte julgado, este emanado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DEVER DO MUNICÍPIO. AMPLIAÇÃO DA REDE DE ENSINO. OMISSÃO DO MUNICÍPIO INDEMONSTRADA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA 07/STJ. 1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. Precedentes jurisprudenciais do STJ: REsp 806592, Relator Min. Luiz Fux, DJ 28.03.2007; RESP 804595/SC, DJ de 14.12.2006 e Ag 794505/SP, DJ de 01.02.2007. 2. In casu, a questão debatida nos autos - obrigação do poder público municipal de ampliar o número de vagas nas escolas educação infantil foi examinada pelo Tribunal a quo à luz de aspectos eminentemente constitucionais, consoante se conclui da razões expendidas no voto condutor do acórdão hostilizado, o que revela a impossibilidade de exame da questão em sede de recurso especial. 3. Nada obstante, e apenas em caráter obiter dictum, o acórdão recorrido, à guisa de exauriente cognição probatória, verificou que a insuficiência de vagas na rede de ensino da municipalidade in foco não decorre de negligência ou inadequação da Administração Pública, consoante se infere do excerto do voto condutor do acórdão hostilizado" (...) É verdade que muitas crianças ainda aguardam em filas de espera para ingressar nos educandários, mas restou comprovado que houve aumento do número de vagas, ou seja, houve a aplicação de recursos públicos na educação municipal, ainda que insuficientes para atender toda a demanda existente na municipalidade, a descaracterizar a alegada omissão do poder público municipal. Ademais, a ampliação física da rede de ensino restou bem demonstrada no documento de fl. 172, juntado em contestação pelo Município de Sapiranga, nele listadas mais de dez obras entre os anos de 1999 e 2003. Além disso, evidenciou, também em contestação, o aumento na oferta de vagas nas escolas de educação infantil de 815 em 1997, para 2479 em 2004 (fl. 171), sendo que somente em 2004 houve o acréscimo de 475 novas vagas, conforme declarou a Supervisora das Escolas Municipais de Educação Infantil, Jane Dodde Schuh (fls. 169-70)", aspectos fático-probatórios, cujo revolvimento, frise-se, resta obstado em sede de recurso especial, ante a incidência da Súmula 07/STJ. 4. Recurso especial não conhecido" (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 892.434 - RS (2006/0218767-5); RELATOR MINISTRO LUIZ FUX; J. 12/08/2008).¹⁹

¹⁹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4174168&num_registro=200602187675&data=20080915&tipo=5&formato=HTML>.

Aqui, de forma diferente da decisão transcrita anteriormente, entendeu-se que o Poder Público não havia sido omissivo e que cuidou de destinar recursos a essa específica área. Foi afastada, assim, a pretensão manejada pelo Ministério Público no sentido de compelir a Municipalidade à ampliação significativa do número de vagas disponíveis.

Privilegiou-se, de uma certa forma, o conteúdo programático do Poder Executivo, tudo a afastar a necessidade de interferência do Poder Judiciário na condução desta específica questão.

Acerca de outras matérias também já se pronunciaram as Cortes Superiores.

No julgado que segue, foi afastada a alegação do princípio da reserva do possível no que se refere a políticas públicas atinentes ao meio ambiente:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Insuficiência orçamentária. Invocação. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Corte Suprema já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. 2. Assim, pode o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias desse direito, reputado essencial pela Constituição Federal, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. A Administração não pode justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República sob o fundamento da insuficiência orçamentária. 4. Agravo regimental não provido. (STF - RE 658171 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 01/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 25-04-2014 PUBLIC 28-04-2014).²⁰

Reconheceram-se, nesta decisão, a relevância e a essencialidade da argumentação da parte frente ao argumento estatal de insuficiência de recursos. E, ademais, restou consignado que esta forma de determinação de cunho judicial não é capaz de violar o princípio da separação dos poderes.

Nesta outra decisão que abaixo segue, houve também negativa quanto ao acolhimento de invocação do princípio da reserva do possível no que tange à possibilitação de acesso à assistência judiciária à população carente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - DEFENSORIA PÚBLICA - IMPLANTAÇÃO - OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS - SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL - O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO "DIREITO A TER DIREITOS" COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS

²⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28m%EDnimo+existencial%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k9lyl9p>>.

DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS - INTERVENÇÃO JURISDI-CIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINA-DO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍ-DICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) - LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUIZES E TRIBUNAIS - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETI-VADAS PELO PODER PÚBLICO - A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBI-LIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLE-MENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO - A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) - CONTROLE JURISDI-CIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOUTRINA - PRECEDENTES - A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIA-LIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - “THEMA DECIDENDUM” QUE SE RESTRINGE AO PLEITO DEDUZIDO NA INICIAL, CUJO OBJETO CONSISTE, UNICAMENTE, na “criação, implantação e estruturação da Defensoria Pública da Comarca de Apucarana” - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO, EM PARTE. - Assiste a toda e qualquer pessoa - especialmen-te àquelas que nada têm e que de tudo necessitam - uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fun-damentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa impor-tância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública. - O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs. - É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam - além de desrespeitados pelo Poder Públi-co ou transgredidos por particulares - também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação esta-tal quanto mediante inércia governamental. A situação de incons-titucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios

que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um “facere” (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse “non facere” ou “non praestare” resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Precedentes (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Doutrina. - É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. Precedentes. Doutrina. - A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa Instituição da República: a transgressão da ordem constitucional - porque consumada mediante inércia (violação negativa) derivada da inexecução de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134) - autoriza o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado e permite aos juizes e Tribunais que determinem a implementação, pelo Estado, de políticas públicas previstas na própria Constituição da República, sem que isso configure ofensa ao postulado da divisão funcional do Poder (STF: AI 598212 ED/PR - PARANÁ EMB. DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 25/03/2014).²¹

Aqui entendeu-se acerca da imprescindibilidade do serviço de forma tal que o argumento de insuficiência de recursos não pode ser acolhido. Constatou-se da decisão, outrossim, que o controle levado a efeito pelo Poder Judiciário não é capaz de configurar ofensa ao postulado da divisão funcional das esferas.

Como alertado, este trabalho não se presta a esgotar o tema em comento. Há várias outras decisões relativas a estas questões, tais como, a título de exemplo, quanto ao direito ao transporte gratuito de idosos, atendimento de gestantes na rede pública, vagas em estabelecimentos carcerários, apenas para citar alguns.

De toda forma, como antecipado, reputa-se como não totalmente amadurecida a problemática em questão, de modo que ainda se contempla certa intermitência quanto ao conteúdo das decisões nas diversas Cortes do país.

²¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>>.

E aliás, não é por outra razão, que se antevê a possibilidade de que muitos outros aspectos venham a ser enfrentados pelas Cortes Brasileiras nos próximos anos, na medida em que os próprios direitos, mesmo que já positivados há mais de vinte e cinco anos, encontram-se ainda em evolução quanto às formas de sua efetivação.

É de ser anotado, ademais, que a judicialização destas questões, diversamente do que sustentado pelo Poder Público em mais de uma oportunidade, não atenta contra a tripartição dos poderes, máxime quando sabido que estes atuam no modelo de freios e de contrapesos.

Por fim, também é disposição constitucional que nenhuma pretensão poderá ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário, o qual, sobretudo nas questões atinentes aos direitos fundamentais, tem o papel de verdadeiro guardião da Constituição.

6. Conclusão

Como alertado ao início deste desprezioso trabalho, buscou-se, aqui, tão somente trazer algumas pinceladas de elementos informadores e auxiliares do exame deste delicado tema, o qual implica na preservação e na concretização de direitos fundamentais.

Conforme mencionado, doutrina e jurisprudência brasileiras, ao início, analisaram o princípio da reserva do possível sob a exclusiva ótica do desprovento de recursos financeiros para fazer frente às demandas atinentes aos direitos fundamentais de segunda dimensão, notadamente os de cunho social.

O exame das várias decisões judiciais emanadas das Cortes Superiores vem a demonstrar que, paulatinamente, os julgadores acabaram, em alguns casos, por se aproximar da decisão alemã que deu à luz ao então novo conceito.

Com efeito, em várias delas, abordou-se também a questão da razoabilidade da pretensão sob a ótica do que se pode legitimamente esperar do Poder Público.

Outrossim, ampliou-se, também, o âmbito de percepção de outras nuances, notadamente a do mínimo existencial, que, obrigatoriamente, ingressa na equação como relevante elemento revelador da plausibilidade do direito à vista do caso concreto.

No que toca a possíveis críticas atinentes à possibilidade de análise, pelo Poder Judiciário, da conduta do Poder Executivo sob a ótica do modelo de emprego de recursos e também possíveis omissão ou escolhas indevidas, não se sustenta a alegação de ingerência imprópria em outro Poder.

E isto porque o sistema de freios e contrapesos e a sujeição a esta espécie de controle legal não comprometem, em absoluto, o princípio da separação de poderes, tal como estabelecido na Constituição Federal.

Por fim, tem-se que a permanente evolução dos conceitos intrínsecos dos direitos fundamentais, hoje já categorizados em quatro ou cinco diferentes dimensões, determina a antevisão de que outras questões similares certamente virão a ser conhecidas pelo Poder Judiciário, notadamente no que toca à possibilidade, ou não, de invocação do princípio da reserva do possível.

Aliás, é intuitivo que o amadurecimento dos direitos ainda latentes na Constituição Federal determinará maior demanda e, conseqüentemente, ensejará maiores dificuldades ao Poder Executivo para dar cumprimento a ela.

Remanescerá, pois, ao Poder Judiciário, tal como já ocorre, servir de guardião a seu cumprimento, chancelando, ou não, as opções do Poder Público para fazer frente às situações que se apresentem.

E, no contraponto, como fato antecedente a esta própria análise, haverá o julgador de considerar a questão sob a ótica da razoável pretensão da parte, inclusive no que se refere à eventual detecção de situação que vise à garantia do mínimo existencial, parâmetro inarredável da Constituição.

7. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

JURGEN, Schwabe. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3. ed. 2012.

KRELL, Andreas J. *Os direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Revista de Doutrina*, n. 24, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Garantia da separação de poderes nas medidas emergenciais do Estado de Defesa e do Estado de Sítio da Constituição Federal

Wagner Roby Gídaro¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

A Constituição faz previsão de medidas emergenciais prevendo a necessidade de atuação firme e rigorosa contra condutas hostis que possam prejudicar a paz social e ordem pública. Trata-se do Estado de Defesa e do Estado de Sítio. São momentos de exceção que fazem previsão de medidas igualmente de exceção. É fato que, no Brasil, tais medidas não são corriqueiras, mas cada vez mais é possível ver no mundo ataques terroristas, que criam pânico na população e deixam os governantes desorientados. Os jornais atuais possuem editoriais, correspondentes e especializações das várias situações e ameaças de ataques externos condutores dessas causas. “Ataques terroristas serão parte recorrente do nosso futuro”, já disse Bruce Ackerman².

Neste século, um dos ataques mais graves foi o de 11 de setembro de 2001, quando terroristas sequestraram quatro aviões e direcionaram dois deles contra as Torres Gêmeas de Nova York acarretando a morte de quase três mil pessoas. Um terceiro foi direcionado ao Pentágono, e o quarto, por absoluta valentia e coragem dos passageiros, teve seu fim em um campo, sendo o destino do ataque desconhecido. Há quem diga que o alvo era o Capitólio. Tais ataques não foram os mais graves considerando o número de vítimas, mas certamente foram os mais assustadores. Agora, quando este artigo estava sendo produzido, outro ataque de semelhante intensidade ocorreu em Paris. Tratou-se de militantes jihadistas que invadiram o jornal satírico *Charlie Hebdo*, no dia 7 de janeiro de 2015, e mataram friamente doze pessoas, entre elas os principais chargistas do jornal, alguns conhecidos mundialmente. Os terroristas “vingavam” Maomé em razão de charges publicadas do profeta, no passado. São várias as organizações que se especializaram em ataques dessa natureza: Al-Qaeda, composta por muçulmanos fundamentalistas criada inicialmente para proteger o Afeganistão contra as invasivas da antiga União Soviética e hoje se dedica a erradicar a influência ocidental sobre o mundo árabe. Boko Haram da Nigéria, absolutamente antiocidente e busca a implantação da lei islâmica naquele país. Em 2014, sequestrou 297 meninas de uma escola (*Chibok Government Secondary School*) na Nigéria, provavelmente em razão de serem do sexo feminino (nenhum menino da escola foi levado) e porque o Governo insistiu em colocá-los juntos na mesma escola. Ainda se aguarda informação sobre as crianças. O Hamas, ainda que não seja considerado um grupo terrorista propriamente dito, luta pela destruição de Israel e a consolidação do Estado da Palestina. O mais atual grupo é o Estado Islâmico (EIIS). Foi criado como um grupo sunita radical para luta contra o ditador da Síria e aparece

¹ Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública de Campinas, Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo e Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

² The emergency constitution. *Yale Law Journal*, p. 1020-1091, 2004.

em meio a uma divisão dos sunitas e xiitas no Iraque. As lideranças mundiais buscam meios de fazer cessar as atrocidades praticadas, cada vez mais frequentes. Outro grupo terrorista é o Talibã, de atuação no Paquistão e no Afeganistão, que busca a aplicação da lei islâmica denominada “sharia”. Já comandou o Afeganistão entre os anos de 1996 e 2001, vem retomando parte daquele país e se fortalecendo após a retirada de tropas americanas. Na Espanha, a atuação do grupo ETA (Pátria Basca e Liberdade), que busca a separação e independência do País Basco em relação à Espanha. Um dos mais antigos em atividade. Também nessa categoria de grupo separatista é o IRA (Exército Republicano Irlandês), que objetiva a independência da Irlanda do Norte do Reino Unido. Houve deposição de armas, mas há quem alegue que o grupo, ainda que utilize meios políticos para o seu objetivo, “é considerado como uma ameaça à paz e à segurança internacionais”³. As FARC, Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia, que atua em guerrilhas, sequestrando pessoas influentes na Colômbia e objetivando imposição de ideais de esquerda. Controla o tráfico de entorpecentes e assim consegue seu financiamento.

Esse é o panorama mundial, vários grupos, com suas táticas suicidas, fundamentalistas e aterrorizantes. As ocorrências são cada vez mais graves em alguns lugares, como é o caso dos Estados Unidos e seus aliados na guerra contra tais organizações.

Em função disso, medidas de emergência são fortemente utilizadas nos Estados Unidos como instrumento dessa luta, seja para evitar novos ataques, seja para tranquilizar a população. Porém, a utilização de tais medidas de forma ilimitada e com absoluto prejuízo aos direitos individuais pode ser perigosa para a garantia do Estado Democrático de Direito.

Analisando essas medidas de urgência sob o enfoque do direito e da democracia foi que Ackerman escreveu seu ensaio *The Emergency Constitution*, a Constituição de Emergência, contextualizando as reações do governo americano e fazendo uma proposta de estrutura legal de emergência com certo equilíbrio entre as necessárias medidas de emergência e as garantias fundamentais. Resumiu seus argumentos na necessidade de utilização de inteligência para esperar o próximo ataque; possibilidade de aumento de regras sem a preocupação que os ataques se organizam tempos depois e com formas diferentes; aprovação de leis repressivas com uma proteção restritiva de todos, o tempo todo; ações repressivas como necessidade para acalmar o pânico e prevenir novos ataques; e o fortalecimento do Poder Executivo em vista de suas “forças de emergência”, o que pode se tornar uma ameaça à existência do próprio Estado Democrático.

O primeiro questionamento de Ackerman está em se estabelecer a efetiva natureza do ataque terrorista: é guerra ou é crime? Em verdade, os ataques terroristas não se encaixam em nenhuma das duas situações. Não é guerra porque guerra se dá, normalmente, com o conflito entre estados soberanos. Ainda que se utilize a expressão “guerra ao terror”, esta não é uma expressão jurídica específica. É uma metáfora. Além disso, as guerras acabam e o terrorismo sempre permanece, ainda que não ocorram imediatamente outros ataques. Os grupos se modificam e se amoldam a outros grupos. Se o terrorismo fosse uma guerra, seria uma guerra sem fim. De qualquer forma, a guerra pode ser muito mais grave. Cita a Guerra Fria com a possibilidade de ataques nucleares, o que acarretaria muito mais mortes. O ataque terrorista causa somente prejuízos físicos às pessoas, enquanto a guerra causa prejuízos ao regime de governo, às fronteiras do país etc.

³ Disponível em: <<http://www.brasile Escola.com/geografia/grupos-terroristas-mundo.htm>>.

Em relação ao crime, algumas organizações criminosas também são mais perniciosas. São organizações poderosas em vista do tráfico de influência, o poder, a corrupção, que são questões culturais muito antigas. Existem organizações mundialmente conhecidas como Yakuza, US Mafia, Máfia Italiana, Máfia Russa, Máfia Turca, Máfia Israelense⁴. Como escreve Antonio Carlos Lipinski,

*nos Estados Unidos, na década de 1920, imperou o contrabando, a prostituição e a proteção. Com a lei seca, as chamadas “famílias” se associaram a alguns produtores de bebidas alcoólicas e posteriormente passaram a dominar toda a cadeia produtiva. (...) Na Itália, as principais organizações, identificadas como “de modelo mafioso”, são: Cosa Nostra, Cammora, ‘Ndrangheta e a Sacra Corona... Atuam: (a) dedicam-se às atividades marcadamente criminosas, como o tráfico de drogas, a exploração do lenocínio e de jogos de azar, fraudes nas concorrências públicas, venda de proteção, sequestro de pessoas, usura etc.*⁵

Há avaliação de que somente as cinco maiores organizações criminosas do mundo movimentem quase cem bilhões de dólares por ano. Segundo o site da *Revista Época Negócios*, só a Máfia Japonesa conhecida como Yamaguchi Gumi (Yakuza) tem receita de US\$ 80 bilhões e já se tornou a maior organização criminoso do mundo. O dinheiro é proveniente do tráfico de drogas, jogos de azar e extorsão⁶.

No Brasil, as primeiras organizações criminosas foram identificadas com o cangaço⁷, no final do século XIX, em razão do coronelismo que vigia na época e da necessidade da atividade violenta de jagunços e capangas de grandes fazendeiros. Essa violência evoluiu para saques de vilas e pequenas cidades, com a extorsão de dinheiro mediante sequestro de pessoas e ameaças⁸. No século XX, surgiu o “jogo do bicho”, primeira prática delituosa organizada após o cangaço⁹.

A partir daí, a organização para o tráfico nos morros e favelas e para a atuação no interior dos presídios foi rápida, com o aparecimento de movimentos como “Comando Vermelho”, “Terceiro Comando” e “Falange Vermelha”¹⁰ no Rio de Janeiro e Primeiro Comando da Capital (PCC) em São Paulo. Os primeiros movimentos desses grupos ocorreram em 1970 no Rio de Janeiro, notadamente nas favelas, que praticavam tráfico de entorpecentes e assaltos a bancos¹¹.

⁴ LIPINSKI, Antonio Carlos. *Crime organizado e a prova penal*. Juruá, 2006. p. 16.

⁵ LIPINSKI, Antonio Carlos. *Crime organizado e a prova penal*. Juruá, 2006. p. 16-17.

⁶ Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2014/09/5-maiores-organizacoes-criminosas-do-mundo.html>>.

⁷ A palavra se origina de **canga**, o conjunto de arreios que amarram o boi ao carro. Segundo Olivieri, é provável que esse nome tenha surgido porque os bandoleiros usavam as espingardas a tiracolo ou com as correias no peito, lembrando a canga do boi (OLIVIERI, Antonio Carlos. *O cangaço*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1997. p. 9. In: SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado*, p. 25.

⁸ SILVA, Eduardo Araújo da, op. cit., loc. cit.

⁹ Tratava-se de sorteio de prêmios a apostadores mediante recolhimento de apostas iniciada no limiar do século XX. A origem dessa contravenção penal é atribuída ao Barão de Drumond, que teria criado o inocente jogo de azar para arrecadar dinheiro com a finalidade de salvar os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. A ideia foi posteriormente popularizada e patrocinada por grupos organizados, que passaram a monopolizar o jogo, mediante corrupção de policiais e políticos. Na década de 1980, os praticantes dessa contravenção movimentavam cerca de US\$ 500.000 por dia com apostas, sendo 4% a 10% desse montante destinado aos banqueiros (ibidem, loc. cit.).

¹⁰ Quadrilhas de roubo a bancos formadas no Presídio de Ilha Grande.

¹¹ LIPINSKI, Antonio Carlos. *Crime organizado e a prova penal*. Juruá, 2006. p. 24.

O fortalecimento da proteção nos bancos com a instalação de novos mecanismos – porta giratória detectora de metais, agentes de segurança fardados ou não, alarmes de ligação direta com a polícia, cofres com segredo de tempo e outros – trouxe dificuldades ao empreendimento, o que resultou em vertiginosa queda dos números atinentes a esse crime. Com isso, houve o incremento das práticas de roubos de cargas¹².

A ausência de política de proteção e de prevenção ao crime possibilitou o desenvolvimento de organismos criminosos interligados em todos os Estados da Federação, contaminando todos os níveis da sociedade e até altos escalões do Poder Público.

O Brasil atual apresenta todos os fatores favoráveis à explosão da criminalidade, como fome, desemprego, diferenças sociais, racismo e preconceito, defasagem nas vagas de escola e completa despreocupação com educação e cultura¹³. Esse cenário acarreta inevitável crescimento da macrocriminalidade e torna núcleos habitacionais pobres verdadeiros guetos sem controle e inacessíveis ao Estado.

O uso da violência e intimidação é característica do crime organizado. Dizer que isso somente ocorreu na “fase clássica” da máfia, como do começo do século passado com as máfias americanas do tráfico de bebidas ou nos grupos armados terroristas, é desconhecer a situação atual do crime organizado no Brasil e no mundo, muito embora não seja necessário suceder tal intimidação para que fique caracterizada a ocorrência do crime organizado.

Sabe-se que é possível a diminuição dessa modalidade criminosa em decorrência do desenvolvimento do caráter empresarial e tecnológico da organização, mas isso somente até o momento em que a “empresa” do crime não se verificar ameaçada por delação ou pela possibilidade do depoimento comprometedor.

Como bem avaliou Francis Beck:

Esta violência ou intimidação também pode ser enquadrada na utilização da chamada ‘lei do silêncio’, ou omertà, que guarda algumas semelhanças com o tradicional método criminoso de ameaçar com morte os possíveis delatores. Esta obrigação de manter sigilo acerca das atividades da organização tanto pode se dirigir aos seus membros (como é mais comum) quanto a terceiros sem nenhum vínculo aparente com a organização. Este último é o caso, por exemplo, dos moradores dos morros cariocas ‘controlados’ pelo tráfico de drogas¹⁴.

Essa situação pôde ser constatada com clareza já na década de 1980, em razão de uma política de contenção das atividades das organizações criminosas no Brasil, mais a falta de aparelhamento da polícia. A legislação não foi suficiente para conter o avanço rápido do crime organizado, ramificado entre os estados da Federação. Já, nessa época, era comum a “queima de arquivo” com homicídios dos membros de quadrilhas presos¹⁵.

¹² O mapa do Brasil apresentou “pontos negros” de alta incidência de roubos de caminhões e cargas, que são negociadas muito rápido, com o ingresso, na organização, de agentes públicos (ibidem, p. 23).

¹³ LIPINSKI, Antonio Carlos. *Crime organizado e a prova penal*. Juruá, 2006. p. 24.

¹⁴ BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*, São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 88.

¹⁵ LIPINSKI, Antonio Carlos. *Crime organizado e a prova penal*. Juruá, 2006. p. 23.

O uso da violência é absolutamente aceitável a esses grupos criminosos, na medida em que em determinadas circunstâncias esta é a única maneira de alcançarem seus objetivos. Claro que tudo é feito na forma de dissimulação, eis que a prática de homicídios e “queima de arquivo”, testemunhas ou réus colaboradores, poderá causar “repulsa por parte da população fazendo nascer sentimento de revolta”¹⁶, o que não é interessante nem mesmo para a criminalidade.

Muito bem, delineado o contorno do risco à ordem pública no Brasil e traçando os pontos entre guerra e crime, convém observar que as medidas de emergência podem ser aplicadas também em caso de ataques criminosos.

Ambas situações (guerra e crime) possibilitam a ação do governo e justificam medidas emergenciais. É uma função de proteção, através da qual o governo deve agir definitivamente para demonstrar que o risco é temporário e ele está tomando todas as providências necessárias. Defende Ives Gandra Martins que:

*Todo o regime jurídico disciplinado no título V da Constituição Federal, com o título “da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, também denominado “regime constitucional da estabilidade democrática e da solução das crises”, é voltado a assegurar ao povo que, no estado democrático de direito, haja segurança contra crises institucionais e defesa externa (mecanismos do estado de defesa e de sítio e atuação das forças armadas) e a conter a insegurança interna provocada pela atuação de criminosos, em todas as áreas.*¹⁷

São atribuições do Presidente da República, como preservação da ordem institucional e da harmonia das relações federativas. Se tratam de

*funções igualmente relevantes (...) as conferidas ao Presidente da República para decretar o estado de defesa (art. 136) e o estado de sítio (art. 137), com o intuito de preservar a ordem pública e a paz social. Assume também o relevo na preservação da normalidade institucional e da harmonia das relações federativas a atribuição que se lhe confere para decretar a intervenção federal (CF, arts. 34, 35 e 36). O Presidente da República é, para todos os fins, o Comandante Supremo das Forças Armadas.*¹⁸

Nos Estados Unidos, as medidas de emergência são mais utilizadas que no Brasil. A primeira oportunidade de uso da força americana visando o combate ao terrorismo ocorreu em 1972, quando o Presidente Nixon criou o Comitê de Combate ao Terrorismo. Foram esforços das agências militares e federais. A mais importante se denominou *DELTA FORCE*, que desenvolveu suas atividades no Irã (1980), Honduras (1982), Sudão (1983), entre outros¹⁹.

¹⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado* - aspectos gerais e mecanismos legais, p. 19.

¹⁷ MARTINS, Ives Gandra. *Restrição de direito também deve ser interpretada de forma restritiva*. Publicação do site do Conjur de 15 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-nov-15/restricao_direito_tambem_interpretada_forma_restritiva>.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 929.

¹⁹ MANZANO, Luís Fernando de Moraes; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América*. Trabalho apresentado ao curso de pós-graduação *strictu sensu* da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009, p. 28.

Em 1986, o Presidente Ronald Reagan firmou o *Federal Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act*, fornecendo um conceito de terrorismo internacional com referência ao *Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)*. Em 1987, foi aprovado o *Anti-Terrorism Act*. Em 1996, o Presidente Bill Clinton elaborou um ato federal de combate ao terrorismo, denominado *Omnibus Counterterrorism Act*. Em 1995, também foi aprovado o *Comprehensive Terrorism Act*. Em março de 1996, foi aprovada a lei denominada *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*²⁰.

Em 24 de abril de 1996, o Presidente Bill Clinton assinou a lei federal contra o terrorismo, após o atentado de Oklahoma, cujos principais aspectos eram: a) a responsabilidade de quem financia ou contribui com os grupos terroristas; b) a exigência de identificadores nos explosivos plásticos a fim de permitir o rastreamento; c) os criminosos condenados por crimes federais deverão indenizar as vítimas²¹.

Finalmente, em setembro de 2001, foi aprovado pelo Congresso Americano e assinado pelo Presidente George Bush, o *USA PATRIOT ACT*²². Ocorreu através de lei aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos após os atentados de 11 de setembro de 2001, sob o compromisso de unificar e fortalecer a América, provendo-a dos mecanismos necessários para obstruir os atos terroristas de 2001²³.

Várias foram as inovações legislativas e de criação de instrumentos de investigação. Os poderes da polícia se multiplicaram e foram utilizados também em situações que não se caracterizaram como terrorismo. Permitiu o Ato longos períodos de prisão para suspeitos independentemente de mandado, buscas sem comunicação ou autorização judicial e sem a presença do interessado. Os promotores tiveram suas funções robustecidas e a polícia autorizada a interceptar telefones, dividir informação de inteligência e rastrear usuários de internet. *O Patriot Act*, ao aumentar o poder de polícia o fez a custa das liberdades civis, cuja justificativa se baseou na necessidade de proteção dos direitos constitucionais de todos os americanos²⁴.

O eficientismo penal pareceu ser uma nova forma de direito penal de emergência e solução aos males que afligiram os americanos²⁵.

Em razão disso, Bruce Ackerman, por sua vez, argumentou que tais medidas de emergência, aplicadas por um longo tempo, se tornam um problema constitucional. São fontes de autoritarismo e repressões burocráticas por conta do presidente. A Constituição também não pode se preocupar somente com essas medidas emergenciais²⁶.

Em virtude disso, sua proposta está no sentido de que a autoridade emergencial deva ter o limite pela revisão das leis. Deve existir um mecanismo de separação de poderes, impedindo o poder de censura e a censura não impedirá que a oposição vote

²⁰ VERVAELE, John A. E. La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: Inter Arma Silent Legis?. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XLVIII, p. 747, 2005, apud MANZANO, Luís Fernando de Moraes; BECHARA, Fábio Ramazzini. Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América. Trabalho apresentado ao curso de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

²¹ MANZANO, Luís Fernando de Moraes; BECHARA, Fábio Ramazzini, ob. cit., p. 28.

²² POTTER, Lymani, ob. cit., p. 372-372.

²³ MANZANO, Luís Fernando de Moraes; BECHARA, Fábio Ramazzini, ob. cit., p. 31.

²⁴ MANZANO, Luís Fernando de Moraes; BECHARA, Fábio Ramazzini, ob. cit., p. 31.

²⁵ MANNA, Adelmo. *Erosione delle garanzie individuali in nome dell'efficienza dell'azione di contrasto al terrorismo: la privacy*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Fascicolo 4 - Ottobre-Dicembre 2004, p. 1039, apud MANZANO, Luís Fernando de Moraes; BECHARA, Fábio Ramazzini, ob. cit., p. 31.

²⁶ The emergency constitution. *Yale Law Journal*, 2004, p. 1041.

o término do estado de emergência. A constituição incentiva o processo democrático e encoraja minorias a contribuir com a construção do legislativo que acaba com o estado de emergência. Esse estado de emergência deve ocorrer somente com o evento que Bruce Ackerman denomina “evento-gatilho”.

Ele continua na construção de sua proposta: emergências podem ser declaradas somente após o efetivo ataque; possível manter por curto intervalo, proporcionando a partidos menores oportunidades de informação; e o objeto das emergências deverá ser limitado às necessidades de alívio e prevenção justificados.

Para limitar, então, os poderes do Poder Executivo frente às necessárias prevenções e alívio da população, Bruce Ackerman estabelece a limitação pelas supermaiorias, exigindo do Poder Executivo, a cada dois meses, requisição de nova autorização, com aumento de dificuldade de aprovação. Na primeira requisição dos poderes, a aprovação por maioria simples das casas do legislativo; na primeira renovação, a aprovação por 60% das casas do legislativo; na próxima renovação, a aprovação por 70% das casas do legislativo e assim por diante. Com isso, salvo se houver alguma investida terrorista, essa escalada de supermaioria terminará com os poderes emergenciais em curto tempo.

No Brasil, os poderes emergenciais são controlados entre os Poderes do Estado?

O estado de exceção previsto nas medidas emergenciais não infringe o espírito liberal da Constituição Federal. Isso já ficou estabelecido pela inclusão do estado de exceção constitucionalizado a partir do final do século XVIII. Todavia, as regras da constituição devem ser suficientes para garantir o controle eficiente entre os poderes e consequentemente a distribuição do poder estatal. Gilberto Bercovici cita casos de utilização do estado de exceção no Brasil, fazendo anotar que certo abuso de utilização e prorrogação do estado de sítio ocorreu por responsabilidade dos presidentes da república na Constituição Federal de 1891. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal da época se encaminhou no sentido de se abster de julgar o mérito entendendo corresponder a uma “questão política” de conveniência do Presidente da República²⁷.

Bercovici cita o caso de Rui Barbosa, que tentou limitar o estado de sítio por meio de impetração de *habeas corpus* alegando inconstitucionalidade do estado de sítio, o que resultou em improvimento do pedido em 27 de abril de 1892. No entanto, houve ao menos um julgado, de 16 de abril de 1898, que determinou limites aos efeitos do estado de sítio, afirmando a não cessação da imunidade parlamentar, anulando atos de Prudente de Moraes, contra alguns parlamentares²⁸.

Na mesma obra, Gilberto Bercovici cita Jellinek, pelo qual,

²⁷ *Soberania e Constituição: poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional*. Tese apresentada ao Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado - Área de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005. p. 208.

²⁸ BARBOSA, Rui. *O estado de sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites in obras completas*, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, 1956, vol. XIXZ, t. III, p. 49-66; Hambloch, Ernest, *Sua Majestade, o Presidente do Brasil: Um estudo do Brasil Constitucional (1889-1934)*, reimpr. Brasília, Senado Federal, 2000, p. 105-109; Motta Filho, Cândido, *O Poder Executivo e as ditaduras constitucionais*, São Paulo, Estabelecimento Gráfico Phoenix, 1940, p. 82-95; e Rodrigues, Lêda Boechat, *História do Supremo Tribunal Federal*, 2. ed, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991, t. I, p. 15-41 e 99-136, apud Bercovici, Gilberto. *Soberania e Constituição: poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional*. Tese apresentada ao Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado - Área de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005. p. 208.

*o direito não consegue resolver os conflitos entre os vários poderes dentro do Estado. As constituições não conseguem dominar efetivamente a distribuição do poder estatal. As forças políticas reais acabam atuando independentemente de qualquer forma jurídica. Nos momentos críticos da vida do Estado, o direito não consegue determinar a sua direção*²⁹.

O estado de sítio, segundo o autor, deve ser emanção de normas jurídicas, um franco exercício da atividade legiferante³⁰.

A previsão está nos artigos 136 a 139, da Constituição Federal, pelos quais, o Presidente da República pode decretar o Estado de Defesa ou o Estado de Sítio, com a finalidade de restabelecer a ordem pública ou a paz social. É o chamado “sistema constitucional de crises”, composto por normas constitucionais que possibilita ampliação do poder repressivo do Estado, justificado pela gravidade da perturbação da ordem pública³¹. São duas medidas diferentes. Uma mais moderada e a segunda em caso de ineficácia da primeira e outras possibilidades mais graves. O Estado de Defesa (art. 136, CF), como ensina Alexandre de Moraes, “é uma modalidade mais branda de estado de sítio e corresponde às antigas medidas de emergência do direito constitucional anterior e não exige para sua decretação, por parte do Presidente da República, autorização do Congresso Nacional”³². No entanto, haverá um controle posterior, pois dentro de vinte e quatro horas, o Presidente submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta. Sendo rejeitado o decreto, cessará imediatamente o estado de defesa. As hipóteses do estado de defesa estão previstas no próprio caput do artigo 136: Ameaça à ordem pública ou paz social; instabilidade institucional e calamidade natural. O Presidente da República, verificando quaisquer das situações possíveis, solicita pareceres do Conselho da República³³ e da Defesa Nacional³⁴. Somente

²⁹ Ob. cit., p. 210-211.

³⁰ Ob. cit., p. 212.

³¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 703.

³² Ob. cit., p. 703.

³³ Art. 89/90 CF: Art. 89. O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam: I - o Vice-Presidente da República; II - o Presidente da Câmara dos Deputados; III - o Presidente do Senado Federal; IV - os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados; V - os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal; VI - o Ministro da Justiça; VII - seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução. Art. 90. Compete ao Conselho da República pronunciar-se sobre: I - intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio; II - as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas. § 1º - O Presidente da República poderá convocar Ministro de Estado para participar da reunião do Conselho, quando constar da pauta questão relacionada com o respectivo Ministério. § 2º - A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República.

³⁴ Art. 91. O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos: I - o Vice-Presidente da República; II - o Presidente da Câmara dos Deputados; III - o Presidente do Senado Federal; IV - o Ministro da Justiça; V - o Ministro de Estado da Defesa; VI - o Ministro das Relações Exteriores; VII - o Ministro do Planejamento. VIII - os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. § 1º - Compete ao Conselho de Defesa Nacional: I - opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos desta Constituição; II - opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal; III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; IV - estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático. § 2º - A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional.

após tais pareceres decidirá pela medida. O prazo máximo é de 30 dias, prorrogado por mais 30 dias, mas uma única vez. Somente terá locais específicos e a abrangência será determinada no decreto. As restrições a direitos e garantias individuais são: restrição ao sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas; restrição ao direito de reunião. Em relação à restrição ao direito de liberdade, em verdade, os dispositivos da Constituição Federal não alteram a situação de normalidade, pois haverá exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente. O Presidente da República deverá efetuar prestação de contas relatando ao Congresso Nacional as medidas aplicadas, com justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas (CF, art. 141, parágrafo único)³⁵.

O Estado de Sítio, nos dizeres de Alexandre de Moraes, “corresponde à suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais, apresentando maior gravidade do que o Estado de defesa e obrigatoriamente o Presidente da República deverá solicitar autorização da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para decretá-lo”³⁶. São duas situações diferentes para o Estado de Sítio: Na primeira, prevista no artigo 137, I, da Constituição Federal, as hipóteses de incidência ocorrem por comoução nacional ou ineficácia do Estado de Defesa. Também deverá o Presidente requisitar os pareceres dos Conselho da República e de Defesa Nacional. Porém, com os pareceres, ainda não pode autonomamente decretar o Estado de Sítio, pois dependerá da autorização expressa do Congresso Nacional que aprovará somente por maioria absoluta de seus membros. O prazo máximo também é de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta dias somente por uma vez e não fica restrito a lugares específicos, pois terá âmbito nacional. As restrições decretadas serão: restrição à inviolabilidade domiciliar, restrição ao sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas; restrição ao direito de reunião; restrição ao direito de propriedade. Em relação à restrição ao direito de liberdade, novamente, os dispositivos da Constituição Federal não alteram a situação de normalidade, pois haverá exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente. Em acréscimo, também haverá restrição à liberdade de manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação (art. 220, CF)³⁷. No mais, se aplicam os mesmos instrumentos do Estado de Defesa.

A outra situação prevista para o Estado de Sítio é a do artigo 137, II, da Constituição Federal, na qual a medida de emergência é decretada em razão de declaração de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira. Nesse caso, igualmente, o Presidente da República demandará os pareceres dos Conselhos da República e de Defesa Nacional. Novamente, com os pareceres, ainda não pode autonomamente decretar o Estado de Sítio, pois dependerá da autorização expressa do Congresso Nacional, que aprovará somente por maioria absoluta de seus membros. No entanto, o prazo já não tem a limitação de trinta dias e, nota-se, poderá haver restrição, em tese, de todas as garantias constitucionais, desde que presentes os três requisitos da Constituição Federal: necessidades de efetivação da medida; tenham sido objeto de deliberação por parte do Congresso Nacional; e as restrições estarem expressamente previstas no decreto.

³⁵ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 706.

³⁶ Ob. cit., p. 703.

³⁷ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 705.

Como se verifica, para o gerenciamento de crises, a Constituição Federal estabeleceu os poderes do Presidente da República, mas em todos os casos deve existir o controle do Poder Legislativo e eventualmente do Poder Judiciário através de medidas próprias que impeçam a violação de direitos e garantias fundamentais. Há, portanto, o controle político sobre a decretação do Estado de Defesa e do Estado de Sítio, estes em suas duas situações. Para o Estado de Defesa o controle é posterior, pois em vinte e quatro horas o Presidente submeterá a ordem ao Congresso Nacional. No Estado de Sítio, o controle é prévio, uma vez que há necessidade de autorização para o decreto pelo Presidente. Além disso, também prevê a Constituição Federal a fiscalização pela Mesa do Congresso Nacional que designará Comissão de cinco membros, após apreciação pelos líderes partidários, para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas, tanto em referência ao Estado de Defesa quanto ao Estado de Sítio. Destarte, a Constituição Federal consegue equilibrar os poderes do Presidente na atuação de gerenciamento de crises emergenciais com o controle prévio e posterior pelo Congresso Nacional.

Além disso, prevê o artigo 85, da Carta Maior a possibilidade de crime de responsabilidade do Presidente da República em atos que atentem contra a Constituição Federal e contra o exercício de direitos políticos, individuais e sociais, além da segurança interna do país. Esse controle é posterior em face da atuação do Presidente da República e por crime de responsabilidade, autorizado pela Câmara de Deputados, será processado perante o Senado Federal.

O controle de atuações específicas também pode ser exercido pelo Poder Judiciário, fazendo valer a força nas decisões proferidas em ações como de mandado de segurança, individual e coletivo, ações populares, ações civis públicas, *habeas corpus* e *habeas data*.

Estas são pequenas considerações sobre a garantia da separação de poderes na aplicação das medidas emergenciais da Constituição Federal.

Bibliografia

- ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, p. 1029-1091, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional*. Tese apresentada ao Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005.
- BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
- LIPINSKI, Antonio Carlos. *Crime organizado e a prova penal*. Juruá, 2006.
- MANZANO, Luís Fernando de Moraes; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América*. Trabalho apresentado ao curso de pós-graduação *strictu sensu* da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009.
- MARTINS, Ives Gandra. *Restrição de direito também deve ser interpretada de forma restritiva*. Publicação do site do Conjur de 15 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-nov-15/restricao_direito_tambem_interpretada_forma_restritiva>.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado - aspectos gerais e mecanismos legais*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado*. São Paulo: Atlas, 2003.

Sites consultados:

- <http://www.brasilecola.com/geografia/grupos-terroristas-mundo.htm>
- <http://news.yahoo.com/katie-couric-kidnapping-nigeria-bringbackourgirls-184944658.html>
- <http://pointblanknews.com/pbn/exclusive/why-chibok-girls-became-boko-harams-lame-duck/>
- <http://www.usp.br/aun/exibir.php?id=6314&edicao=1112>
- <http://noticias.terra.com.br/mundo/desvende-o-estado-islamico/>
- <http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2014/09/5-maiores-organizacoes-criminosas-do-mundo.html>

Coordenação geral
Wanderley José Federighi

Coordenação editorial
Marcelo Alexandre Barbosa

Capa
Mateus Schinor Bianchi

Editoração, CTP, impressão e acabamento
Páginas & Letras - Editora e Gráfica Ltda.

Revisão
Páginas & Letras - Editora e Gráfica Ltda.
Yara Cristina Marcondes

Formato
175 x 245 mm

Mancha
140 x 210 mm

Tipologia
Trebuchet MS

Papel
Capa: Cartão Revestido 250g/m²
Miolo: Offset Branco 75g/m²

Acabamento
Cadernos de 16pp.
costurados e colados - brochura

Tiragem
3.500 exemplares

Junho de 2015