

ISSN - 0101-1480



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Revista da
PGGE
Procuradoria-Geral do Estado RS

v.34 n.72
julho/dezembro de 2013

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 34	n. 72	p. 1 - 194	jul./dez. 2013
------	--------------	-------	-------	------------	----------------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979) - . - Porto Alegre : PGE, 1979-

v.; 21 cm.
Semestral.

Publicação interrompida de 2008 a 2010.
Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v.1-9, n. 1-23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catologação na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.

Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.

Procuradoria-Geral do Estado do RS
Procuradoria de Informação, Documentação e
Aperfeiçoamento Pessoal

Av. Borges de Medeiros, 1555 – 16. Andar
90110-901 Porto Alegre/RS
Fone/Fax: (51) 32881656 – 32881652
E-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br
Site: <http://www.pge.rs.gov.br>

Pede-se permuta
Piedese canje
We ask exchange
On demande échange
Wir bitten um autausch
Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

TARSO FERNANDO HERZ GENRO

Governador do Estado

BETO GRILL

Vice-Governador do Estado

CARLOS HENRIQUE KAIPPER

Procurador-Geral do Estado

MARÍLIA VIERA BUENO

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos

BRUNO DE CASTRO WINKLER

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

PAULO ROBERTO BASSO

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Institucionais

ROSELAINÉ ROCKENBACH

Corregedora-Geral da PGE

FERNANDA FIGUEIRA TONETTO

Coordenadora da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Carlos Henrique Kaipper
(Presidente)
Fernanda Figueira Tonetto
Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues
José Luis de Bolzan Morais
Ricardo Antônio Lucas Camargo

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia
Secretária-Executiva
Bibliotecária crb 10/1343

Corag 
Imprensa Oficial
do Estado do Rio Grande do Sul

Av. Cel. Aparício Borges, 2199
Fone: (51) 3288-9700
E-mail: editora-tecnica@corag.rs.gov.br
www.corag.rs.gov.br

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
DOCTRINA	
Controle de Constitucionalidade, Separação de Poderes e Eficácia Vinculante Carlos Eduardo Rangel Xavier	9
O Controle Judicial dos Atos Administrativos Praticados no Âmbito dos Certames Públicos Flávia Faermann	51
A Judicialização da Saúde no Estado do Rio Grande do Sul e o Princípio da Separação dos Poderes Priscila Tahisa Krause	73
A “Separação dos Poderes” como Garantia Fundamental Cristian Ricardo Prado Moises	107
TRABALHO FORENSE	
Medida Cautelar Fiscal Melissa Guimarães Castello	135
PARECERES	
Parecer 15.516 - Casa Civil. Nepotismo. Súmula vinculante nº 13. Aplicabilidade. Silvio Guido Fioravanti Jardim	161
Parecer 16.174 – Sistema Único de Saúde – SUS. Sistema Nacional de Aditoria. Competência comum das três esferas da federação. Competência da Secretaria Estadual de Saúde para realizar auditoria no sistema sob gestão municipal. Aplicabilidade da Lei RS nº 11.867/02. Revisão do parecer nº 14.249 Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho	180



EDITORIAL

Temos a honra de fazer a apresentação do número 72 da Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, cujo tema “Relação entre os poderes” é daqueles que têm por característica singular a constante renovação de sua atualidade, desde o seu surgimento até os dias atuais.

Se analisarmos, mesmo com pouco acuramento, a história da humanidade, perceberemos que o debate sobre a separação dos poderes sempre se fez presente: viajamos desde A República de Platão e A Política de Aristóteles, avançamos no tempo para O segundo tratado do Governo Civil de Locke e O espírito das leis de Montesquieu, e mais tarde nos sensibilizamos com os postulados da Revolução Francesa e seu republicanismo – e o tema central continua sendo, com as nuances dos respectivos contextos históricos, os limites de cada um dos poderes do Estado.

No século XXI, se consolidados alguns pilares dos movimentos constitucionalistas passados, nem por isso a discussão sobre o tema perde em magnitude e importância, aqui legitimada pelos artigos acadêmicos, trabalhos forenses e pareceres jurídicos de autores capazes de religar a teoria e a prática, como os leitores e as leitoras terão a oportunidade de comprovar nas próximas linhas.

Com a edição da presente Revista, renova-se o compromisso da Procuradoria-Geral do Estado em enfrentar grandes temas, sobretudo por meio do elevado debate e do aperfeiçoamento de seus membros, com vistas ao fim último de colaborar para o fortalecimento das Instituições.

Por todos esses motivos, desejamos a todos e a todas que a leitura seja profícua e enriquecedora!

Fernanda Figueira Tonetto

Procuradora do Estado

Coordenadora da Procuradoria de Informação,

Documentação e Aperfeiçoamento Profissional – PIDAP.



CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, SEPARAÇÃO DE PODERES E EFICÁCIA VINCULANTE

Carlos Eduardo Rangel Xavier¹

RESUMO

Consideração da regra hoje contida no artigo 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil em perspectiva crítica, sob três enfoques: correlação dos sistemas de controle difuso e concentrado de constitucionalidade com a separação dos poderes, análise histórica do processo constituinte de 1933-4 e consideração da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia vinculante e da reclamação constitucional.

Palavras-Chave: Controle de constitucionalidade. Sobre-
tamento legislativo. Eficácia vinculante.

ABSTRACT

Critical consideration of the article 52, X, of Brazilian current Constitution, by three ways: judicial review and checks and balances, historical analysis of Brazilian constitutional process in 1933-4 and the recent precedents of Brazilian Supreme Court about bidding effect and constitutional claim.

Keywords: Judicial review. Legislative overruling. Bidding effect.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo investigar, criticamente, a regra hoje inserida no artigo 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)². Serão utilizadas, basicamente, três perspectivas de abordagem: na primeira, indagar-se-á como os dois

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná. Procurador do Estado do Paraná.

² “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;”

grandes sistemas de controle de constitucionalidade desenvolvidos pelas ciências política e do direito (o difuso e o concentrado) relacionam-se com a ideia de separação de poderes; na segunda, será divisada a gênese histórica (processo constituinte de 1933-4) da regra hoje inserida no dispositivo ao início mencionado (artigo 52, X, da CRFB); e, por fim, na terceira, serão apresentadas considerações acerca dos institutos da eficácia erga omnes e da eficácia vinculante, advogando-se que esta última (especialmente carente de maior desenvolvimento teórico no âmbito nacional), a partir das ideias apresentadas ao longo do texto e, especialmente, da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da reclamação constitucional, seja desdobrada em eficácia vinculante *externa* e eficácia vinculante *interna*.

A temática não é nova, mas permanece atual. A suspensão, pelo Senado, da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, além de brotar do seio da tensão – teórica e, ademais, inerente ao controle de constitucionalidade – entre os poderes legislativo e judiciário,³ é revigorada a partir de recentes embates – concretos – entre o Congresso Nacional e a mais alta Corte do País. Aliás, é esta mesma tensão, suposta no Brasil desde meados do século passado (tanto que traduzida em regra incorporada à Constituição de 1934 e reproduzida nos textos constitucionais subseqüentes, inclusive o de 1988), que está por trás da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 33/2011.⁴

³ Veja-se o que escreveu Celso Agrícola Barbi a propósito do artigo 91, IV, da Constituição de 1934 (dispositivo que inaugurou a regra da suspensão pelo Senado na história constitucional brasileira): “Politicamente, a fórmula encontrada era hábil, porque deixava de violar o princípio da independência dos Poderes, uma vez que a suspensão da execução da lei ficou na competência de um órgão do Legislativo” (**Ação Declaratória Principal e Incidente**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 183 *Apud* DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição. Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 91). *Contudo, como este estudo pretende demonstrar, a regra, em sua gênese, não foi exatamente inspirada em exercício de função legislativa.*

⁴ A PEC 33/2011 propõe, em resumo: aumentar o quórum do artigo 97 da Constituição (reserva de plenário) para 4/5; encaminhamento de súmulas vinculantes, editadas pelo Supremo, para aprovação legislativa; remessa de decisão do STF, em controle abstrato material de emendas constitucionais, ao Congresso,

Assim, a análise realizada ao longo do ensaio e as conclusões ao final apresentadas podem, inclusive, ter alguma serventia para a consideração crítica da própria PEC 33/2011, muito embora esta não seja, pela restrição de objeto que se impôs ao trabalho, enfrentada de forma direta.

2 O SISTEMA DE CONTROLE DIFUSO. OS FREIOS E CONTRAPESOS. A INFLUÊNCIA NORTE-AMERICANA AO DIREITO BRASILEIRO. NASCIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle judicial de constitucionalidade das leis, segundo James Grant, é uma genuína "contribuição das Américas à ciência política"⁵.

que, discordando do teor, submeteria a questão a consulta popular. Esta PEC, em verdade, acrescenta dois novos elementos ao debate, caso se compreenda que o art. 52, X, da CRFB tem sua aplicação restrita à atuação do STF como “legislador negativo”: o problema da inconstitucionalidade por omissão (especialmente no que diz respeito à submissão de súmulas vinculantes ao controle legislativo) e a questão do controle de emendas constitucionais. Não obstante, e levando em conta apenas a já mencionada tensão entre legislativo e judiciário que está no centro do controle de constitucionalidade das leis, todo o estudo realizado ao longo do presente ensaio pode ajudar a desenvolver um olhar crítico sobre a mencionada PEC. De todo modo, acrescente-se que a PEC 33/2011, entra em – e sai de – pauta de acordo com as nuances do jogo político (como instrumento deste mesmo jogo que é); possivelmente nem sequer venha a ser aprovada. Para verificar a coloração política por trás da Proposta de Emenda Constitucional em questão, basta perceber que dos quatro exemplos de “ativismo judicial” elencados na “justificação” da PEC 33/2011 dizem respeito à interferência do STF no jogo político: fidelidade partidária, verticalização das coligações partidárias e redução de vagas de vereadores. Tem razão, nesse particular, Fernando Limongi: “As intervenções do Supremo no terreno da legislação eleitoral e partidária - é tempo de afirmá-lo com todas as letras - carecem de coerência. O Supremo, por paradoxal que possa parecer, tem sido fonte de instabilidade. Ao pretender legislar no campo eleitoral, não tem como evitar atrelar suas decisões à disputa político-partidária. Perde assim a isenção para reclamar a capacidade de arbitrar uma luta em que se envolve” (**STF – Fator de instabilidade institucional?** Disponível em <http://supremoemdebate.blogspot.com.br/2013/04/stf-fator-de-instabilidade-institucional.html>. Acesso em 09.08.2013).

⁵ GRANT, James A. C. **El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política.**

De fato, a tese do *judicial review* foi, inicialmente, apresentada nos *Federalist Papers*, antes de ser definitivamente incorporada pela Suprema Corte no célebre caso *Marbury v. Madison*⁶.

Preocupação central dos Federalistas em relação à democracia que florescia na América era o *autocontrole do governo*. E, como fica claro no *Federalist 51*⁷ (cuja autoria foi atribuída a James Madison), é no *princípio da separação de poderes e*, especialmente, no *sistema de freios e contrapesos*, que seria encontrada a autocontenção do governo, lançando-se as bases teóricas do modelo de distribuição de poder encontrado na Constituição dos Estados Unidos. Engenhosamente, Madison demonstra que é necessário conjugar a ambição dos homens (motivações pessoais dos integrantes dos diferentes poderes do Estado contrapostas entre si) à disciplina constitucional para preservar o governo livre de qualquer tendência facciosa.

O *Federalist 51*, assim, é dedicado basicamente a estas ideias. Dele se extrai que os poderes têm de ser dotados de *vontade própria* e cada um deve ter a menor ingerência possível na escolha dos membros do outro, recebendo investidura pela mesma fonte de autoridade, o povo.

A exposição prossegue, demonstrando que, em uma república, o poder dotado de maior força é o legislativo. Daí, inclusive, a neces-

Publicación de la Revista de la Facultad de Derecho de Mexico, 1963, p. 24 Apud CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. (reimpressão). Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 46.

⁶ Mauro Cappelletti, no entanto, demonstra como, curiosamente, o princípio da supremacia do parlamento inglês contribuiu ao desenvolvimento da cultura de controle de constitucionalidade nas colônias britânicas, especialmente nos Estados Unidos da América, registrando casos em que, antes mesmo da ratificação do texto constitucional de 1787, já houve a contraposição judicial de leis dos Estados às Constituições destes, prevalecendo estas sobre aquelas, como se deu, em 1780, em New Jersey (*Holmes v. Walton*) e, em 1782, na Virgínia (*Commonwealth v. Caton*). **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. (reimpressão). Porto Alegre: Fabris, 1999, pp. 57-63.

⁷ JAY, John; HAMILTON, Alexander; MADISON, James. **The Federalist Papers – A Penn State Electronic Classics Series Publication**. Pennsylvania: Pennsylvania State University, 2001, pp. 231-4. Disponível em <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>. Acesso em 22.08.2013.

sidade de repartir a legislatura em muitas frações e desligá-las umas das outras, do que surge não apenas a repartição de competências legislativas entre União e Estados como também a necessidade da instituição do Senado (*Federalists 62 e 63*)⁸. Este último, funcionando como instância revisora do Congresso, dobra a proteção do povo.

Da supremacia da atividade legislativa e da relativa inferioridade do poder executivo, deduz-se ainda a conveniência de conferir-se a este último o poder de veto, como forma de se defender e de defender o povo de desvios eventualmente cometidos pelo legislativo.

Em posição de maior inferioridade ainda está, segundo os Federalistas, o poder judiciário. Os juízes não criam leis nem as executam, e não têm poder de iniciativa. Por isso, representam a menor ameaça à ordem constitucional e aos demais poderes. *Não têm influência sobre a espada nem sobre o tesouro*. Alexander Hamilton afirma, no *Federalist 78*,⁹ que o judiciário apenas pode significar fonte de ameaça se em conluio com algum dos outros poderes.

Como consequência, está sempre sob o risco de ser *dominado, intimidado ou influenciado* pelos demais.

Assim, é apresentada a conclusão (base do *judicial review*, posteriormente encampado de forma expressa pela Suprema Corte no conhecido caso *Marbury v. Madison*, de 1803), segundo a qual a independência do poder judiciário é essencial à sobrevivência não apenas deste como da própria Constituição, quando esta tem o atributo de “limitada”. Constituição “limitada”, no contexto considerado, é aquela que estabelece restrições à atividade legislativa, sendo expressamente mencionadas por Hamilton as vedações ao confisco e à retroatividade da lei.

Se a Constituição estabelece restrições à atividade do legislador, e se o legislador recebe do povo a delegação para agir (o mesmo

⁸ JAY, John; HAMILTON, Alexander; MADISON, James. **The Federalist Papers – A Penn State Electronic Classics Series Publication**. Pennsylvania: Pennsylvania State University, 2001, pp. 275-86. Disponível em <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>. Acesso em 22.08.2013.

⁹ JAY, John; HAMILTON, Alexander; MADISON, James. **The Federalist Papers – A Penn State Electronic Classics Series Publication**. Pennsylvania: Pennsylvania State University, 2001, pp. 352-8. Disponível em <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>. Acesso em 22.08.2013.

povo cuja vontade está expressa na Constituição), segue-se que qualquer lei contrária à Constituição é nula, por exceder os limites da delegação.

Se ao poder judiciário é conferida a tarefa de interpretar as leis, e nesta tarefa está abrangida a supressão de antinomias, então a incompatibilidade da lei com a Constituição é espécie de antinomia que deve ser resolvida pelos juízes. Trata-se de simples decorrência da função primordial do poder de julgar, não significando predominância do judiciário sobre o legislativo (aliás, como visto, o que introduz o *judicial review*, dentro da lógica de freios e contrapesos estabelecida pelos autores dos *Federalist Papers* é, exatamente, o menor perigo que o judiciário oferece à ordem constitucional e, nessa medida, sua inferioridade em relação aos demais poderes).

É já suficientemente conhecida, no Brasil, a tese apresentada por John Marshal no caso *Marbury v. Madison*,¹⁰ e também se sabe que esta tese é centrada na ideia de *supremacia da Constituição*¹¹. O estudo dos *Federalist Papers*, contudo, permite agregar outro dado (além de apresentar o primeiro substrato teórico à doutrina posteriormente encampada pela Suprema Corte): a demonstração de que a doutrina do *judicial review* é estritamente ligada à peculiar

¹⁰ A estrutura do raciocínio então encampado pela Suprema Corte pode ser assim resumida: “*Premissa 1: A obrigação do Poder Judiciário é aplicar a lei. Premissa 2: Quando existem duas leis contraditórias, a aplicação de uma delas exclui a aplicação da outra. Premissa 3: A Constituição é a lei suprema e define quando outras normas são lei. Premissa 4: A supremacia da Constituição implica que quando esta esteja em conflito com um norma sancionada pelo Legislativo, a última carece de validade. Premissa 5: Se a premissa 4 não fosse verdadeira, o Legislativo poderia modificar a Constituição através de uma lei ordinária e, deste modo, a Constituição não seria operativa para limitar o Legislativo. Premissa 6: O Legislativo está limitado pela Constituição. Premissa 7: Se uma norma não é válida, esta carece de força obrigatória. Conclusão: Se uma norma sancionada pelo Legislativo é contrária à Constituição, essa norma não deve ser aplicada pelo Poder Judiciário.*” (NINO, Carlos Santiago. **La Constitución e la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, pp. 261-2 *Apud* ORTOLAN, Marcelo A. Biehl. *Common Law, Judicial Review e Stare Decisis: Uma Abordagem Histórica do Sistema de Controle de Constitucionalidade Anglo-Americano em Perspectiva Comparada com o Sistema Brasileiro*. In MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A Força dos Precedentes – Estudos do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 29.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 281.

compreensão de separação de poderes desenvolvida na América, traduzida na engenharia institucional conhecida como sistema de freios e contrapesos.

Por isso, com Mauro Cappelletti, pode-se afirmar que o controle difuso de constitucionalidade está assentado sobre as *premissas da supremacia da Constituição*¹² e do *sistema de freios e contrapesos*¹³.

Outro ponto, agora, deve ser considerado. A possibilidade de que todos os juízes e tribunais controlem a constitucionalidade das leis, como é mesmo meramente intuitivo, pode gerar a profusão de decisões discrepantes e, assim, insegurança jurídica (veja-se, a propósito, a situação vivenciada hoje no Brasil). Contudo, esse potencial inconveniente do modelo difuso, nos Estados Unidos nem sequer veio a ser percebido de forma significativa, em razão do princípio do *stare decisis*¹⁴ e, em especial, com a força obrigatória das decisões da Suprema Corte¹⁵.

Como se sabe, o sistema de controle difuso de constitucionalidade existe no Brasil desde a proclamação da República (na verdade, antes mesmo de constar na Constituição de 1891, foi afirmado pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, também chamado de "Constituição Provisória")¹⁶.

Curiosamente, contudo, em razão da tradição de *civil law* que impregnava a cultura jurídica nacional do fim do Século XIX, cultura esta que continuou ecoando ao longo de todo o Século XX (e ainda se faz sentir neste princípio de Século XXI),¹⁷ não se consolidou na

¹² **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. (reimpressão). Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 46.

¹³ **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. (reimpressão). Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 98.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. (reimpressão). Porto Alegre: Fabris, 1999, pp. 80-2.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 75-7.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1094.

¹⁷ Veja-se o apanhado de autores já apresentado em nota de rodapé anterior.

doutrina o reconhecimento da força obrigatória das decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade.

Justiça, no entanto, seja feita a Rui Barbosa. O jurista baiano, cuja influência foi responsável pela adoção do modelo americano de controle de constitucionalidade no Brasil,¹⁸ afirmava categoricamente que as decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade deveriam ter observância obrigatória para o poder judiciário:

[...] ante a sentença nulificativa o ato legislativo, imediatamente pede a sua sanção moral e expira em virtude da lei maior com que colida. E se o julgamento foi pronunciado pelo mais alto tribunal de recurso, 'a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem apelo, no tocante aos princípios constitucionais sobre que versa. Nem a legislação tentará contrariá-lo, porquanto a regra *stare decisis* exige que todos os tribunais daí em diante o respeitem como *res judicata*; e enquanto a Constituição não sofrer nenhuma reforma, que lhe altere os fundamentos, nenhuma autoridade judiciária o infringe¹⁹.

A despeito do alerta do "Águia de Haia", preferiu-se adotar *solução tipicamente brasileira* ao problema (ver, abaixo, o tópico 5).

3 O SISTEMA DE CONTROLE CONCENTRADO. SUPREMACIA DA LEI E NÍTIDA DIVISÃO DOS PODERES. INFLUÊNCIA TARDIA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

O desenvolvimento europeu do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, mais de um século após o surgimento do modelo difuso na América (e após a própria incorporação deste pelo Brasil), teve como precursora a Áustria (Constituição de 1920)

¹⁸ DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição. Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85.

¹⁹ BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires.** São Paulo: Saraiva, 1933, IV volume, p. 268. Apud SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 743, nota de rodapé 108.

e como pai Hans Kelsen²⁰. O modelo difundiu-se pelo continente, valendo registrar, pela influência destes países à cultura jurídica brasileira, sua adoção pela Itália (Constituição de 1948) e pela Alemanha (Lei Fundamental de Bonn, 1949)²¹.

Desenvolvido em países de tradição de *civil law*, o delineamento do modelo de controle concentrado de constitucionalidade está ancorado em duas premissas teóricas: *a supremacia da lei* e *a nítida divisão de poderes*²².

Como decorrência do princípio da supremacia da lei (contribuição da Revolução Francesa ao direito europeu que influencia até os dias de hoje o conceito de jurisdição ensinado nas faculdades de direito no Brasil)²³, os juízes e os tribunais ordinários devem "ter como boas as leis existentes"²⁴, do que decorreu a afirmação da *presunção de validade das leis*²⁵.

Relembre-se, ademais, que o idealizador do modelo de controle concentrado é Hans Kelsen, e que sua teoria do direito está estruturada a partir de verificação da compatibilidade formal das normas inferiores com aquelas das quais retiram seu substrato de validade²⁶. De maneira que não se afigura de todo estranha ao modelo de controle concentrado de constitucionalidade estruturado no contexto do positivismo jurídico europeu a ideia subjacente de supremacia da lei.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. (reimpressão). Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 68.

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 280.

²² CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. (reimpressão). Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 84.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp.25-41.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. (reimpressão). Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 85.

²⁵ JAQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 383.

²⁶ **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995, *passim*.

Consequentemente, e ainda por influência de uma nítida divisão de poderes (vale dizer, separação de poderes mais estanque e menos influenciada por um sistema de freios e contrapesos como o afirmado pelos Federalistas norte-americanos), desenvolveu-se na Europa a ideia de que apenas uma corte especial (um tribunal constitucional), poderia, por meio do ajuizamento de ação direta, em juízo abstrato, reconhecer a inconstitucionalidade de leis, com decisão dotada de efeitos *erga omnes*²⁷. Essa fórmula, percebe-se, é consentânea com as ideias que passaram a impregnar a cultura jurídica europeia a partir do final do Século XVIII, negando-se, portanto, ao judiciário a possibilidade de imiscuir-se nas atividades legislativas.

Vale transcrever, a esse respeito, o seguinte trecho, em que Mauro Cappelletti bem demonstra que o sistema de controle concentrado, embora seja um passo adiante do modelo francês (controle puramente político), ainda está apegado às noções de supremacia da lei e de separação de poderes que estão na base da tradição continental:

Também nestas modernas Constituições europeias, de fato, vale o tradicional princípio francês que aos juízes vedou o controle sobre a legitimidade constitucional das leis e toda 'interferência', portanto, em relação ao poder legislativo; pelo que, sob este aspecto, também na Austria, na Itália e na Alemanha, está a salvo o princípio montesquieuiano da nítida separação dos poderes do Estado. E, no entanto, enquanto a França não admite derrogações ao princípio, nos outros Países, pode, ao invés, derogá-lo um órgão, a "Corte Constitucional"²⁸.

O modelo de controle concentrado exclusivamente via ação direta, contudo, não tardou a se demonstrar insuficiente²⁹. Assim,

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. (reimpressão). Porto Alegre: Fabris, 1999, pp. 82-4.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. (reimpressão). Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 99-100.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. (reimpressão). Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 106.

por exemplo, estruturou-se tanto na Áustria (inicialmente de forma mais tímida) quanto na Alemanha e na Itália a possibilidade de que, diante de determinado caso concreto, a corte constitucional viesse a ser provocada (ainda de forma concentrada, portanto), para resolver, em abstrato, a questão incidental relativa à inconstitucionalidade da lei a ser aplicada pelos juízos e tribunais ordinários³⁰.

A decisão do tribunal constitucional em controle *incidental*, porém *concentrado*, é igualmente dotada de força obrigatória aos demais juízos,³¹ não se limitando, portanto, ao caso concreto que motivou sua manifestação.

O modelo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, como se sabe, veio a ser paulatinamente incorporado ao direito brasileiro. Encontrando seus primórdios na "representação interventiva" prevista na Constituição de 1934³² e, após, na representação de inconstitucionalidade (cuja legitimidade era atribuída apenas ao Procurador-Geral da República) da EC 16/1965 à Constituição de 1946,³³ somente veio a ter impacto significativo, segundo a doutrina especializada, após a Carta de 1988³⁴. Até então, dada a legitimação restrita da "representação de inconstitucionalidade" ao Procurador-Geral da República, esta exercia papel subalterno em relação ao controle concreto³⁵.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. (reimpressão). Porto Alegre: Fabris, 1999, pp. 107-11.

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. (reimpressão). Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 109.

³² MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1097.

³³ BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 362.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 67.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1117.

4 PRIMEIRO OLHAR CRÍTICO SOBRE O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

No Brasil convive-se desde o final do Século XIX com o sistema de controle difuso de constitucionalidade.

A experiência com o modelo de fiscalização abstrata, por sua vez, é deveras recente (especialmente se levada em conta a afirmação, já aduzida, de que este apenas teve repercussão significativa após a entrada em vigor da Constituição de 1988).

Comparando-se a estruturação dos dois modelos, é possível constatar, conforme já delineado, uma clara dicotomia: *supremacia da Constituição e sistema de freios e contrapesos* (modelo difuso, americano) contra supremacia da lei e nítida divisão de poderes (modelo concentrado, europeu).

Além da incorporação primeira do modelo difuso no Brasil (o que dá claro indício de que se tenha optado pela solução americana, e não pela europeia), seria absurdo supor que nossa ordem constitucional não abarque as ideias da *supremacia da Constituição e do sistema de freios e contrapesos*.

A supremacia da Constituição, como se sabe, é a ancora teórica do controle de constitucionalidade³⁶.

Já a simples análise do "direito constitucional positivo" permite verificar a adoção do sistema de freios e contrapesos, inclusive em alguns pontos bastante similar àquele proposto pelos Federalistas e resumido linhas atrás. Basta que se considerem, de par com o modelo de controle difuso adotado desde o final do Século XIX, os seguintes artigos da Constituição: 2º (independência e *harmonia* dos poderes);³⁷ 22, 23, 24 e 30 (repartição de competências legislativas

³⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A Teoria das Constituições Rígidas**. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, pp. 83-93. VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 17-9.

³⁷ "A *harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do

– com influência também do modelo germânico, como se sabe, e da municipalidade como ente federativo, mais uma típica criação brasileira); 44 (bicameralismo legislativo); 52, III (aprovação, pelo Senado, de autoridades nomeadas pelo Presidente da República); 61, § 1º (iniciativa legislativa privativa do Presidente da República); 70 (controle externo, pelo Congresso Nacional); 84, V (veto presidencial); 102, parágrafo único, 104, parágrafo único, 114-A (escolha dos Ministros do STF, do STJ e do TST pelo Presidente da República, ainda que, quanto às duas últimas Cortes, haja parametrização constitucional um pouco mais acentuada).

Assim, uma vez que o mecanismo dos freios e contrapesos e a supremacia da Constituição são facilmente identificáveis no direito constitucional brasileiro, não estaria o inciso X do artigo 52 da atual Constituição fora do próprio contexto do sistema de controle difuso originalmente desenhado no País? A resposta, inegavelmente, é positiva (basta que se lembre a lição de Rui Barbosa, já citada).

Em outras palavras, a suspensão, pelo Senado, da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF não é uma estrita necessidade técnica que decorra do princípio da separação de poderes, especialmente se considerada a doutrina da supremacia da Constituição (a que nenhum jurista brasileiro parece se opor) e a tradição norte-americana de controle de constitucionalidade, manifestamente a primeira influência incorporada no Brasil sobre o tema.

5 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO CONSTITUINTE DE 1933-4

Importa, então, considerar a gênese da regra hoje contida no artigo 52, X, da CRFB. Introdz-se o assunto por meio de duas perguntas que objetivam instigar a reflexão: *a atribuição, conferida ao Senado, de suspensão da execução de lei declarada inconstitucional de forma incidental pelo STF, é, efetivamente, exercício de prerroga-*

equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmandô de um em detrimento do outro e especialmente dos governados” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, P. 110).

tiva inerente ao poder legislativo? se é, por que então foi conferida apenas àquela casa, e não ao Congresso Nacional?

As respostas são extraídas diretamente da análise do desenvolvimento do processo constituinte de 1933-4 e, em especial, com a consideração de que o anteprojeto apresentado pelo governo de Getúlio Vargas objetivava acabar com o bicameralismo federativo: extinguiu-se o Senado e propunha-se, singelamente, que o poder legislativo fosse "exercido pela Assembleia Nacional, com a sanção do Presidente da República" (texto original do artigo 20 do anteprojeto)³⁸.

No decorrer da tramitação, a Emenda 1.949 propôs, em lugar do "Conselho Supremo" que constava do anteprojeto original,³⁹ a criação de um órgão chamado de "Conselho Federal", cujo objetivo seria o de promover a "coordenação" entre os poderes. Paulo Bonavides e Paes de Andrade afirmam que esta função de coordenação dos poderes tem seus antecedentes doutrinários no poder moderador do Império⁴⁰.

Em paralelo, o artigo 57, § 3º, da redação original do anteprojeto, consagrava uma espécie de eficácia *erga omnes* para as decisões de inconstitucionalidade do Supremo: uma vez reconhecida, por 2/3 dos integrantes daquela corte (redação do § 1º), a inconstitucionalidade, caberia "a todas as pessoas, que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para garantia de todo direito certo e incontestável"⁴¹. Essa questão suscitou diversos debates entre os constituintes, nos quais

³⁸ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Porto (Portugal): Universidade Portucalense Infante D. Henrique, pp. 316-8.

³⁹ Este "Conselho Supremo", idealizado por Alberto Torres, já fora proposto com a tônica antirrepublicana de "poder coordenador" – traço, portanto, que foi mantido pelo "Conselho Federal" (cf. ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, ano 15, n. 57. Brasília, 1978, p. 251).

⁴⁰ **História Constitucional do Brasil**. Porto (Portugal): Universidade Portucalense Infante D. Henrique, pp. 318-9.

⁴¹ ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, ano 15, n. 57. Brasília, 1978, p. 234.

se tentou equacionar a necessidade de conferir-se força obrigatória aos julgados do Supremo com a compreensão que se tinha acerca da separação dos poderes. Ao final, venceu a ideia que atribuiu ao Conselho Federal (imaginado, não é demais reiterar, para exercer a função de "coordenação de poderes"⁴², tanto que chamado por Ana Valdez Ayres Neves de Alencar de "superorgão")⁴³ a competência para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pela mais alta Corte da nação⁴⁴.

No decorrer do processo constituinte a corrente unicameralista perdeu força, sendo suplantada pela bicameralista⁴⁵. O resultado prático disso, no entanto, foi a simples substituição do "Conselho Federal", como até então delineado, pelo Senado. Nas palavras do constituinte Raul Fernandes, o que houve foi apenas uma *mudança de nome*⁴⁶. Paulo Bonavides e Paes de Andrade sublinham que Senado Federal foi um "nome de última hora", restabelecido por "emenda final de redação"⁴⁷ (a de número 711,⁴⁸ acrescenta-se).

⁴² Luiz Guilherme Marinoni, em nota de rodapé, arrola algumas das soluções consideradas nos debates da Constituinte: "a exigência da declaração de inconstitucionalidade 'em mais de um aresto' do Supremo; a criação de uma Corte de Justiça Constitucional, com a adoção de modelo de controle incidental concentrado e principal; o deferimento dessa competência ao Tribunal Superior Eleitoral etc." (SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 746, nota de rodapé 112)

⁴³ A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, ano 15, n. 57. Brasília, 1978, p. 263.

⁴⁴ ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, ano 15, n. 57. Brasília, 1978, pp. 251-63, em especial, p. 253.

⁴⁵ ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, ano 15, n. 57. Brasília, 1978, pp. 251-63, em especial, p. 251.

⁴⁶ ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, ano 15, n. 57. Brasília, 1978, p. 250.

⁴⁷ **História Constitucional do Brasil**. Porto (Portugal): Universidade Portucalense Infante D. Henrique, p. 318.

⁴⁸ ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, ano 15, n. 57. Brasília, 1978, p. 263.

Manteve o Senado, assim, a ressaltada feição de "superórgão" inicialmente conferida ao Conselho Federal, tanto que, a par de suas atribuições legislativas, conferiram-se lhe outras "de caráter administrativo e coordenador", inicialmente projetadas para aquele⁴⁹.

Em conclusão (e respondendo aos dois questionamentos que abrem o presente tópico): *a regra hoje encontrada no art. 52, X, da CRFB tem sua gênese em ideia que nada tem a ver com exercício de função legislativa: antes, estava deslocada da construção teórica da separação de poderes* (acima desta, em verdade, no patamar da "coordenação"). Seu ancestral histórico é o poder moderador do Império, e não o arranjo institucional da separação de poderes enquanto elemento teórico (nem mesmo enquanto consideração teórica em voga quando da Constituinte de 1933-4, acrescenta-se). *Por isso mesmo é uma competência conferida apenas ao Senado* (como sucessor do malfadado "Conselho Federal", sombra antirrepublicana àquele processo constituinte), não sendo compartilhada com a Câmara dos Deputados⁵⁰.

Trata-se, portanto, de solução tipicamente brasileira, sem qualquer antecedente teórico ou político (senão, reitera-se, o poder moderador imperial). Em arremate à conclusão apresentada no parágrafo anterior, cita-se o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni:

É indispensável perceber, assim, que o Senado assumiu a função de suspender a execução da lei apenas em razão de que, no contexto histórico, foi necessário conferir tal poder ao "Conselho" que possuía a função de "coordenação dos Poderes". Em outras palavras, isso ocorreu em virtude de má compreensão da função do Judiciário e de disputa entre os Poderes – baseados em distorcida e superada concepção de "separação dos poderes" –, que dificultaram a percepção de que a eficácia vinculante é uma decorrência absolutamente natural dos precedentes da Suprema Corte⁵¹.

⁴⁹ ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, ano 15, n. 57. Brasília, 1978, p. 264.

⁵⁰ Não é demais lembrar, aqui, a redação do artigo 44 da CRFB: "O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal."

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel.

6 SEGUNDO OLHAR CRÍTICO SOBRE O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO. EFICÁCIA *ERGA OMNES* E EFICÁCIA VINCULANTE (*EXTERNA E INTERNA*)

Ao olhar crítico sobre a gênese e o desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade brasileiro apresentado até aqui se deve, portanto, agregar a análise da jurisprudência recente do STF. Por meio da consideração das diferentes cargas de eficácia das decisões do Supremo em controle de constitucionalidade e do atual delineamento jurisprudencial do instituto da reclamação constitucional (especialmente a de competência do STF: artigo 102, I, I, da CRFB)⁵² tem o presente estudo a pretensão de propor solução ao impasse teórico (e, por que não, até mesmo pragmático) que está, como demonstrado, no centro da regra contida no artigo 52, X, da CRFB.

Registra-se, desde já, que não se objetiva simplesmente desconsiderar a regra do artigo 52, X, da CRFB mas divisar, a partir da forma de análise proposta, o seu âmbito exato de aplicação.

A temática eficácia *erga omnes* e eficácia vinculante é tormentosa na doutrina e na própria jurisprudência do STF (tanto que sua orientação jurisprudencial recente acaba praticamente por diluir, como se verá, a segunda na primeira). Além de serem assuntos não assimiláveis à nossa tradição jurídica anterior à Carta de 1988, a produção científica a respeito dos temas é escassa (assim como o é a relativa à reclamação constitucional, instrumento que se viu, recentemente, atrelado à ideia da eficácia vinculante – inicialmente no controle abstrato⁵³ e, após, por força de expressa previsão inserida por Emenda Constitucional, no que concerne às súmulas vinculantes).

Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 746.

⁵² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] 1) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;”

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1412.

Para diferenciar eficácia *erga omnes* de eficácia vinculante, convém tentar conceituá-las.

Definição que oferece menor dificuldade é a da eficácia *erga omnes*. Assimila-se à ideia de "força de lei" do direito alemão. Em poucas palavras, trata-se da própria extirpação, da ordem jurídica, da norma declarada inconstitucional⁵⁴.

Menos simples é a tarefa de encontrar uma definição para o que seja eficácia vinculante. Embora, de maneira bastante autorizada, Gilmar Ferreira Mendes defenda, com base na doutrina germânica, que a eficácia vinculante tem por objetivo outorgar à decisão do STF "amplitude transcendente ao caso concreto",⁵⁵ tendo a tese sido inicialmente aceita pela Corte na Reclamação (Rcl) 1987,⁵⁶ este en-

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1396

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1403. Esclareça-se que o "caso concreto", na expressão utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes, não trata do controle incidental, mas sim do controle abstrato. Por "caso concreto" deve ser entendida a lei especificamente objeto de impugnação em ação direta, cuja existência seria extirpada da ordem jurídica pela eficácia *erga omnes da declaração de inconstitucionalidade*. *A eficácia vinculante, assim, teria por objetivo atingir todos os demais atos legislativos (por exemplo, de outras unidades da federação) dotados da mesma situação de inconstitucionalidade.*

⁵⁶ "RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de sequestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui

tendimento acabou por ser superado em feito posterior, a Rcl 3014⁵⁷.

Consagrou-se, então, na jurisprudência do Supremo, a ideia de que, na Rcl 3014 a Corte "rejeitou a aplicação da chamada 'teoria da transcendência dos motivos determinantes'", o que, no entanto, deve ser considerado de forma crítica.

A análise dos debates levados a efeito na Rcl 3014 (o acórdão tem 95 páginas) permite claramente verificar que a preocupação dos Ministros do Supremo era menos teórica e mais de *política judiciária*: ao admitir que a eficácia vinculante levasse à transcendência dos motivos determinantes (e, portanto, à possibilidade de ajuizamento

eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de sequestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente." (Rcl 1987, Relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 01.10.2003, DJ de 21.05.2004, p. 33)

⁵⁷ "RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ALEGADO DESRESPEITO AO ACÓRDÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.868. INEXISTÊNCIA. LEI 4.233/02, DO MUNICÍPIO DE INDAIATUBA/SP, QUE FIXOU, COMO DE PEQUENO VALOR, AS CONDENAÇÕES À FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL ATÉ R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS). FALTA DE IDENTIDADE ENTRE A DECISÃO RECLAMADA E O ACÓRDÃO PARADIGMÁTICO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.868, examinou a validade constitucional da Lei piauiense 5.250/02. Diploma legislativo que fixa, no âmbito da Fazenda estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Por se tratar, no caso, de lei do Município de Indaiatuba/SP, o acolhimento do pedido da reclamação demandaria a atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. Tese rejeitada pela maioria do Tribunal. 2. Inexistência de identidade entre a decisão reclamada e o acórdão paradigmático. Enquanto aquela reconheceu a inconstitucionalidade da Lei municipal 4.233/02 'por ausência de vinculação da quantia considerada como de pequeno valor a um determinado número de salários mínimos, como fizera a norma constitucional provisória (art. 87 do ADCT)', este se limitou 'a proclamar a possibilidade de que o valor estabelecido na norma estadual fosse inferior ao parâmetro constitucional'. 3. Reclamação julgada improcedente." (Rcl 3014, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 10.03.2010, DJe-091, de 20.05.2010)

de reclamação por pessoas não abrangidas pelo dispositivo da decisão prévia em controle abstrato), o receio dizia respeito exatamente à possível enxurrada de reclamações perante a Corte. Relembre-se que o problema enfrentado nas Rcls 1987, 3014 e em tantas outras em que a temática foi suscitada, dizia respeito à possibilidade de sequestro judicial de verbas públicas no contexto do pagamento de precatórios ou requisições de pequeno valor, situação que tem a potencialidade de se repetir não apenas em relação aos Estados da Federação mas, igualmente, por todos os Municípios do País (a Rcl 3014 fora ajuizada pelo Município de São Paulo).

Assim, após a apresentação do voto do Relator, Ministro Ayres Britto, afirmando que na Rcl 4219 o Tribunal retomou a discussão da teoria da transcendência dos motivos determinantes, tendo, até aquele momento, quatro Ministros votado de forma contrária à sua adoção, seguiu-se algum debate a respeito do conhecimento ou não da reclamação (uma vez que o Relator afirmou, ainda, que a tese acolhida no acórdão reclamado não estaria em desacordo com a daquele tido por afrontado), o que motivou pedido de vista do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Em seu voto-*vista*, o Ministro Gilmar Mendes desviou o debate da aplicação da teoria da transcendência (ciente do início de sua rejeição pela Corte), afirmando que

a controvérsia reside não na concessão de efeito vinculante aos motivos determinantes das decisões em controle abstrato de constitucionalidade, mas na possibilidade de se analisar, em sede de reclamação, a constitucionalidade de lei de teor idêntico ou semelhante à lei que já foi objeto de fiscalização abstrata de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Colocado o feito novamente em julgamento, acenderam-se os debates, oportunidade na qual o Ministro Gilmar Mendes explicitou motivos que permitem claramente relacionar sua posição (agora, reforça-se, no sentido de realizar controle incidental de constitucionalidade na reclamação) aos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à razoável duração do processo:

Estou propondo que o Tribunal examine para conhecer ou não da reclamação e, neste caso, emita incidentalmente um juízo sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade na reclamação; do contrário, nós permitiremos que essas questões cheguem ao Tribunal pela via do sistema difuso, com um ônus do ponto de vista até de economia processual, enorme para a Corte.

E, após intervenção do Ministro Cezar Peluso, arrematou: "Pior para as partes, porque o Tribunal só vai se pronunciar depois de muitos anos."

Seguiu-se intervenção da Ministra Cármen Lúcia, ressaltando, com base em dados apresentados pelo próprio Gilmar Mendes que "o número de reclamações vem crescendo assustadoramente." Segundo afirmou, portanto, era necessário que a Corte estabelecesse de forma bastante clara o rumo que iria tomar a partir dali. Imediatamente, o Ministro Sepúlveda Pertence invocou uma previsão do Ministro Moreira Alves em "encontro casual": "ele ainda vai viver para assistir o número das reclamações ultrapassar os agravos de instrumento" (hoje, apenas agravos, de acordo com a redação ao artigo 544 do Código de Processo Civil – CPC – dada pela Lei 12.322/2010).

A isso os Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes opuseram que, pela via do controle difuso, o potencial de litigiosidade era enorme, sendo que seriam interpostos milhares de recursos extraordinários sobre o assunto e que um pronunciamento do Tribunal em reclamação como aquela então apreciada "certamente teria caráter pacificador".

Logo em seguida, a Ministra Cármen Lúcia concluiu que o Supremo, que não pode proceder ao controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais, estaria concentrando esta atividade, pela via concreta, por meio da reclamação, com o que concordou o Ministro Gilmar Mendes.

Embora afirmando "certa simpatia" pela tese do Ministro Gilmar Mendes, a Ministra Cármen Lúcia afirmou acompanhar o Relator em razão da ausência de efetivo confronto com o paradigma.

Seguiram-se novas considerações a respeito das "escolhas" a serem feitas pelo Tribunal, de parte dos Ministros Gilmar Mendes e

Cármem Lúcia, referendadas por posicionamento do Ministro Cezar Peluso em que afirmou a necessidade de considerar-se o "efeito pedagógico" das decisões do Supremo, com o acesso direto à Corte via reclamação.

Neste ponto, o Ministro Joaquim Barbosa afirmou que se estaria "criando um atalho", uma "simplificação". Mas "atalho extremamente eficaz", redarguiu Cezar Peluso.

Em seguida, o Ministro Ricardo Lewandowski entrevistou para afirmar que seguia o Ministro Gilmar Mendes e julgava procedente a reclamação, por entender que havia, sim, similitude entre a decisão reclamada e a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) julgada pelo Supremo, o que mudou o enfoque do debate.

Retomando o enfoque da questão estritamente na perspectiva da política judiciária, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou: "Estamos à beira de acabar com as outras instâncias", ao que o Ministro Ayres Britto acrescentou que se estava discutindo uma tese "concentraciônica", que permitiria o acesso à Corte *per saltum*.

O julgamento foi interrompido por pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski. Em seu voto, reafirmou sua adesão à tese do Ministro Gilmar Mendes, julgando procedente a reclamação.

O Ministro Marco Aurélio, então, voltou à questão do confronto entre a decisão recorrida e a tida como paradigma, para afirmar que julgava improcedente a reclamação.

Retomados os debates, a Ministra Ellen Gracie, novamente na perspectiva da política judiciária, lembrou à Corte que a repercussão geral foi criada exatamente para tratar de "questões multitudinárias". Afirmou-se que se trata de "remédios concorrentes" (Cezar Peluso) e contrapôs-se que "cada um deve ser utilizado na sua exata medida" (Ellen Gracie) e que a reclamação "não é o meio próprio" (Marco Aurélio). O Ministro Ayres Britto reiterou distinção, já apresentada ao longo dos debates, de que "A reclamação não se destina a guardar a Constituição" (ou seja, não seria instrumento de controle de constitucionalidade), mas a "guardar o guardião da Constituição".

Àquele ponto bem delimitadas as posições (Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski de um lado e, do outro, Sepúlveda Pertence, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e

Marco Aurélio), o Ministro Marco Aurélio exclamou: "daqui a pouco só teremos processos de capa rosa! Isso assusta."

O Ministro Cezar Peluso tentou, em perspectiva mais acadêmica, traçar um paralelo com a Suprema Corte americana, porém a Ministra Ellen Gracie o interrompeu afirmando que esta "tem um número bem menor de processos para julgar".

O Ministro Ayres Britto afirmou, em seguida, que se a tese for "levada às últimas consequências, ressuscita até a advocatória", ao que a Ministra Ellen Gracie acrescentou que o Supremo teria que "revisar todas as decisões judiciais do país."

Ressurgiram os debates acerca de ter havido, ou não, descumprimento à decisão do Supremo pela decisão reclamada, discorrendo os integrantes da Corte longamente acerca da interpretação do julgamento da ADI 2868, até o momento em que a Ministra Ellen Gracie instou fosse retomada a questão do cabimento da reclamação. Interveio pela primeira vez o Ministro Eros Grau, afirmando filiar-se à tese defendida pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

Prosseguiram os debates, colocando-se novamente o problema de política judiciária em perspectiva, e encerrou-se o julgamento. O resultado final proclamado foi o seguinte:

[...] o Tribunal, por maioria de votos, julgou improcedente a reclamação, vencidos os Senhores Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Celso de Mello.

Em resumo, a tese da transcendência dos motivos determinantes foi deixada de lado em razão da proposta, apresentada pelo próprio Ministro Gilmar Mendes, de que se fizesse controle incidental de constitucionalidade na reclamação. E, a despeito da insistência da Ministra Ellen Gracie para que o Tribunal apreciasse a questão do cabimento, o fundamento que prevaleceu, para a maioria, foi o de que não seria possível contrastar, no caso concreto, a decisão reclamada com o julgamento da ADI, não tendo havido específico desrespeito à decisão do Supremo.

De todo modo, como o debate sobre o cabimento se deu a propósito do controle incidental na reclamação, este julgamento

representa o precedente no qual o STF afastou a tese da teoria da transcendência dos motivos determinantes – muito embora, formalmente, tenha até conhecido da reclamação, uma vez que esta foi julgada improcedente!

Assim, embora a maioria não tenha deixado claro se admitia o exercício de controle incidental de constitucionalidade em reclamação, a prática posterior do Supremo, de simplesmente negar conhecimento a uma série de reclamações afirmando que a Corte rejeitou, na Rcl 3014, a teoria da transcendência dos motivos determinantes, acaba por demonstrar que não se emprestou maior efetividade à nova tese formulada pelo Ministro Gilmar Mendes. O motivo, reitera-se, é claramente de política judiciária.

Convém aqui reforçar por que o STF houve por limitar a eficácia vinculante apenas à parte dispositiva. Uma vez que o dispositivo da decisão na ação direta enunciará, por exemplo, que o *pedido é julgado procedente para declarar inconstitucional a Lei X, do Estado A*, apenas as pessoas atingidas pela Lei X é que poderão impugnar, perante o Supremo, decisões judiciais ou administrativas que apliquem aquela lei. Pessoas atingidas pela Lei Y, do Estado B, ou pela Lei Z, da União, ainda que a situação de inconstitucionalidade seja a mesma, não terão, a partir do que decidiu o Supremo na Rcl 3014, acesso direto à Corte por meio da ação de competência originária prevista no artigo 102, I, l, da Constituição. *A motivação subjacente, não é demais reforçar, foi estancar um possível aumento vertiginoso de reclamações perante o Tribunal.*

Em suma, a anunciada rejeição à tese da "transcendência dos motivos determinantes" no controle abstrato foi uma decisão de política judiciária.

Diga-se, a respeito, que a identificação dos motivos determinantes (ou, simplesmente, da *ratio decidendi*)⁵⁸ nada mais é do que técnica de aplicação de precedentes, seja de força obrigatória, seja de força persuasiva⁵⁹. No cotidiano do próprio controle difuso, ao negar

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 221-33 e 253-71.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 111-9.

seguimento a miríades de recursos extraordinários e agravos, por contrariedade a entendimento jurisprudencial dominante (Súmula 286 do STF),⁶⁰ o Excelso Pretório e as presidências das cortes locais outra coisa não fazem senão identificar *ratio decidendi* ou motivos determinantes (para confirmar que o acórdão recorrido está de acordo com o entendimento da Corte). No contexto do artigo 557, § 1º-A, do CPC, acontece a mesma coisa, apenas que em sentido contrário: o relator identifica que a decisão recorrida contrariou entendimento dominante do STF e, por isso, dá provimento de plano ao recurso⁶¹.

O único problema, portanto (e, bem vistas as coisas, foi isso o que o STF rejeitou na Rcl 3014), está em possibilitar o ajuizamento da reclamação por pessoas não abarcadas pela coisa julgada *erga omnes* (em outras palavras, pelo dispositivo da decisão), ainda que da eficácia *erga omnes* propriamente dita o STF, como ainda se demonstrará, jamais tenha deduzido possibilidade de ajuizamento de reclamação...

Por isso é que se afirma que o atual entendimento do STF (ao limitar a eficácia vinculante à parte dispositiva) acaba por diluir a eficácia vinculante na coisa julgada *erga omnes*⁶².

Isso não quer dizer, contudo, como ainda se explicitará de forma mais clara adiante, que os tribunais e juízos inferiores não sejam vinculados ao que decide o Supremo em matéria constitucional, seja em controle concreto, seja em controle abstrato.

⁶⁰ “Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.” Esta súmula, como se sabe, é utilizada além dos limites do recurso extraordinário por divergência, confundindo-se o próprio mérito com questão de admissibilidade do recurso extraordinário.

⁶¹ O exemplo, percebe-se, serve não apenas para o provimento de plano a recursos extraordinários no Supremo, mas, igualmente, para apelações e agravos de instrumento no 2º grau. Na verdade, a própria negativa de seguimento, em 2º grau, a partir do caput do artigo 557 do CPC (que apenas não foi utilizado no exemplo anterior porque este não serve de fundamento à decisão das presidências das cortes locais, senão apenas aos relatores propriamente ditos dos recursos), segue a mesma lógica de necessidade de identificação dos “motivos determinantes” ou *ratio decidendi*.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1402

Um exemplo serve bem para ilustrar a afirmação.

Na ADI 3106,⁶³ o STF declarou inconstitucional a cobrança compulsória de contribuição para custeio de serviços de assistência à saúde de servidores do Estado de Minas Gerais. Segundo o en-

⁶³ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 79 e 85 DA LEI COMPLEMENTAR N. 64, DE 25 DE MARÇO DE 2002, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. IMPUGNAÇÃO DA REDAÇÃO ORIGINAL E DA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 70, DE 30 DE JULHO DE 2003, AOS PRECEITOS. IPSEMG. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E APOSENTADORIA ASSEGURADOS A SERVIDORES NÃO-TITULARES DE CARGO EFETIVO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO § 13 DO ARTIGO 40 E NO § 1º DO ARTIGO 149 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Artigo 85, caput, da LC n. 64 estabelece que ‘o IPSEMG prestará assistência médica, hospitalar e odontológica, bem como social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º e aos servidores não titulares de cargo efetivo definidos no art. 79, extensiva a seus dependentes’. A Constituição de 1988 --- art. 149, § 1º --- define que ‘os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefícios destes, de sistemas de previdência e assistência social’. O preceito viola o texto da Constituição de 1988 ao instituir contribuição compulsória. Apenas os servidores públicos titulares de cargos efetivos podem estar compulsoriamente filiados aos regimes próprios de previdência. Inconstitucionalidade da expressão ‘definidos no art. 79’ contida no artigo 85, caput, da LC 64/02. 2. Os Estados-membros não podem contemplar de modo obrigatório em relação aos seus servidores, sob pena de mácula à Constituição do Brasil, como benefícios, serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social, e farmacêutica. O benefício será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa aos que se dispuserem a dele fruir. 3. O artigo 85 da lei impugnada institui modalidade complementar do sistema único de saúde --- ‘plano de saúde complementar’. Contribuição voluntária. Inconstitucionalidade do vocábulo ‘compulsoriamente’ contido no § 4º e no § 5º do artigo 85 da LC 64/02, referente à contribuição para o custeio da assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica. 4. Reconhecida a perda de objeto superveniente em relação ao artigo 79 da LC 64/02, na redação conferida LC 70/03, ambas do Estado de Minas Gerais. A Lei Complementar 100, de 5 de novembro de 2007, do Estado de Minas Gerais --- ‘Art. 14. Fica revogado o art. 79 da Lei Complementar nº 64, de 2002’. 5. Pedido julgado parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade: [i] da expressão ‘definidos no art. 79’ --- artigo 85, caput, da LC 64/02 [tanto na redação original quanto na redação conferida pela LC 70/03], ambas do Estado de Minas Gerais. [ii] do vocábulo ‘compulsoriamente’ --- §§ 4º e 5º do artigo 85 [tanto na redação original quanto na redação conferida pela LC 70/03], ambas do Estado de Minas Gerais.” (ADI 3106, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 14.04.2010, DJe-179, de 23.09.2010)

tendimento sufragado pela Corte na Rcl 3014, apenas a lei mineira, portanto, é objeto da eficácia vinculante prevista no artigo 102, § 2º, da CRFB. Isso não impediu, todavia, que diversos recursos extraordinários interpostos por outras Unidades da Federação contra decisões de seus tribunais locais que, em controle concreto, reconheceram inconstitucionalidade similar (inclusive mencionando o entendimento esposado pelo Supremo na ADI em questão) tivessem – ou ainda tenham – seguimento negado.

Ora, se os tribunais estaduais reconhecem a autoridade do julgamento do Supremo na ADI 3106 e se os recursos extraordinários interpostos deste tipo de decisão têm transito obstado (por exemplo, relativamente a leis de Goiás⁶⁴ e do Rio Grande do Sul),⁶⁵ é pouco mais do que evidente que o que determina esta possibilidade é a consideração dos "motivos determinantes" do julgamento da ação direta e não, obviamente, o seu dispositivo (que reitera-se, declarou inconstitucional lei do Estado de Minas Gerais). Qualquer análise casuística da jurisprudência do Supremo a respeito de diversos outros temas permitiria uma demonstração do argumento *ad nauseam*, mas tem-se por suficiente o exemplo aqui utilizado.

Retomando a análise, convém agora trazer à memória a questão enfrentada na Rcl 4335. Nesta, o Ministro Gilmar Mendes

⁶⁴ “TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA PARA O CUSTEIO DE SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 149, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO. ADI 3.106/MG. AGRAVO IMPROVIDO. I – No julgamento da ADI 3.106/MG, firmou-se entendimento de que a instituição de contribuições compulsórias para o custeio da saúde, realizada pelos Estados, contraria o art. 149, § 1º, da Constituição. Restou consignado, nessa ocasião, que contribuições dessa espécie somente são admissíveis quando forem voluntárias. II – Na mesma linha, foi afirmado quando do julgamento do RE 573.540-RG/MG, que é ilegal a cobrança compulsória de contribuição instituída para financiamento de plano de saúde para servidor público. III – Agravo regimental improvido.” (AI 577304 AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 19.10.2010, DJe-218, de 12.11.2010)

⁶⁵ “Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Constitucional. Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS. Inconstitucionalidade da cobrança compulsória de contribuição para assistência à saúde. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (RE 631648 AgR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 08.02.2011, DJe-042, de 02.03.2011)

apresentou a tese da "transcendência dos motivos determinantes" da decisão do Supremo em controle incidental. Para tanto, fez menção a lições doutrinárias suas acerca da "mutação constitucional" operada em torno do artigo 52, X, da Constituição. Segundo este seu entendimento, o dispositivo em comento, dado o atual estágio de evolução do controle de constitucionalidade, determinaria ao Senado a mera "publicidade" da decisão do STF, nenhum juízo político de conveniência e oportunidade devendo aquela casa legislativa fazer⁶⁶. Já votaram os Ministros Eros Grau (conhecendo da reclamação), Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski (não conhecendo da reclamação), estando o julgamento, ao tempo em que produzido este trabalho, suspenso por pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

Todavia, uma vez que a Corte já rejeitou a tese da transcendência em relação ao controle abstrato, não é difícil concluir que igualmente a rejeitará em relação ao concreto. Precedente bastante significativo dessa constatação é a Rcl 10793,⁶⁷ na qual, embora se

⁶⁶ Explicitação da tese da "mutação constitucional" operada em relação ao artigo 52, X, é encontrada em MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 1161-8.

⁶⁷ "RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA POR MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.955-RG/RJ. INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE ORIGEM PARA SOLUCIONAR CASOS CONCRETOS. CORREÇÃO DA EVENTUAL DESOBEDEIÊNCIA À ORIENTAÇÃO ESTABELECIDADA PELO STF PELA VIA RECURSAL PRÓPRIA, EM JULGADOS DE MÉRITO DE PROCESSOS COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA. 1. As decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia. 2. Cabe aos juízes e desembargadores respeitar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema. 3. O legislador não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o ônus de fazer aplicar diretamente a cada caso concreto seu entendimento. 4. A Lei 11.418/2006 evita que o Supremo Tribunal Federal seja sobrecarregado por recursos extraordinários fundados em idêntica controvérsia, pois atribuiu aos demais Tribunais a obrigação de os sobrestarem e a possibilidade de realizarem juízo de retratação para adequarem seus acórdãos à orientação de mérito firmada por esta Corte. 5. Apenas na rara

tenha afirmado que as decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do poder judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia (o que apenas corrobora a proposta deste trabalho, no sentido da identificação de uma eficácia vinculante interna diferenciada da externa), não se conheceu da reclamação, sob o argumento de que não cabe o acesso à Corte *per saltum*.

Feita essa breve incursão à jurisprudência do Supremo acerca da reclamação e das cargas eficáciais no controle de constitucionalidade, a eficácia vinculante, por ora não adjetivada, poderia ser conceituada como aquele efeito da decisão em controle abstrato que permite que as pessoas abrangidas pela eficácia *erga omnes* (ou seja, pelo dispositivo da decisão)⁶⁸ acessem, de forma direta, o STF, mediante reclamação, impugnando decisão judicial ou administrativa.

O mesmo vale, mudando o que deve ser mudado (uma vez

hipótese de que algum Tribunal mantenha posição contrária à do Supremo Tribunal Federal, é que caberá a este se pronunciar, em sede de recurso extraordinário, sobre o caso particular idêntico para a cassação ou reforma do acórdão, nos termos do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil. 6. A competência é dos Tribunais de origem para a solução dos casos concretos, cabendo-lhes, no exercício deste mister, observar a orientação fixada em sede de repercussão geral. 7. A cassação ou revisão das decisões dos Juízes contrárias à orientação firmada em sede de repercussão geral há de ser feita pelo Tribunal a que estiverem vinculados, pela via recursal ordinária. 8. A atuação do Supremo Tribunal Federal, no ponto, deve ser subsidiária, só se manifesta quando o Tribunal a quo negasse observância ao *leading case* da repercussão geral, ensejando, então, a interposição e a subida de recurso extraordinário para cassação ou revisão do acórdão, conforme previsão legal específica constante do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil. 9. Nada autoriza ou aconselha que se substituam as vias recursais ordinária e extraordinária pela reclamação. 10. A novidade processual que corresponde à repercussão geral e seus efeitos não deve desfavorecer as partes, nem permitir a perpetuação de decisão frontalmente contrária ao entendimento vinculante adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos o questionamento deve ser remetido ao Tribunal competente para a revisão das decisões do Juízo de primeiro grau a fim de que aquela Corte o aprecie como o recurso cabível, independentemente de considerações sobre sua tempestividade. 11. No caso presente tal medida não se mostra necessária. 12. Não-conhecimento da presente reclamação.” (Rcl 10793, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 13.04.2011, DJe-107, de 03.06.2011)

⁶⁸ O que não abarca outros atos normativos eivados da mesmas situação de inconstitucionalidade, reitera-se.

que aqui não se tem mais decisão em controle abstrato), para as súmulas vinculantes (artigo 103-A, caput e § 3º, da CRFB). A diferença é que não se vai valer em eficácia vinculante do dispositivo ou da fundamentação, mas da regra enunciada na súmula.

Do conceito (que, logo adiante, será qualificado), é importante extrair as ideias de *vinculação à Administração Pública e a possibilidade de ajuizamento de reclamação*. Estes são, salvo melhor juízo, os dados que permitem extremar a eficácia vinculante da eficácia *erga omnes*. A propósito, anota-se que, historicamente, o Supremo jamais admitiu reclamação calcada apenas em eficácia *erga omnes* (a afirmação diz respeito ao período histórico em que esta era única carga eficaz ADI expressamente positivada). Isto a Corte afirmou, por exemplo, por ocasião da Rcl 447,⁶⁹ entendimento que somente veio a ser revisto após a positivação infraconstitucional da eficácia vinculante para a ação direta de inconstitucionalidade,⁷⁰ no artigo

⁶⁹ “- DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. RECLAMAÇÃO. PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E GARANTIA DA AUTORIDADE DE SUAS DECISÕES. ARTIGO 102, I, “I”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 156 DO REGIMENTO INTERNO DO S.T.F. [...] 3. A decisão proferida pela Corte, no julgamento de mérito de ação direta de inconstitucionalidade, esta, sim, tem eficácia “*erga omnes*”, por envolver o controle concentrado (‘*in abstracto*’) de constitucionalidade, mas não comporta execução. E para preservação de sua autoridade, nessa espécie de ação, o S.T.F. só excepcionalmente tem admitido Reclamações, e apenas a quem tenha atuado no respectivo processo, não sendo esse o caso da Reclamante. 4. Reclamação conhecida, apenas em parte, e, nessa parte, julgada improcedente.” (Rcl 447, Relator Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.1995, DJ de 31.03.1995 p. 7772)

⁷⁰ “QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. 1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de

28, parágrafo único, da Lei 9.868/98.⁷¹

Esses dados (vinculação à Administração Pública e cabimento de reclamação) é que são, ainda, reputados como tecnicamente fundamentais para a diferenciação que se pretende fazer. Trata-se de predicados da *eficácia vinculante externa*. Esta (a eficácia vinculante externa) está positivada de forma expressa na Constituição (arts. 102, § 2º,⁷² na redação dada pela EC 45/2004, e 103-A, *caput* e § 3º)⁷³. Seu diferencial em relação à eficácia *erga omnes*, não é

constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa ad causam de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP (DJ de 30.08.01), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido.” (Rcl 1880 AgR, Relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2002, DJ de 19.03.2004, p. 17)

⁷¹ “Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

⁷² “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

⁷³ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [...] § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.” Embora a Constituição não positivasse de forma expressa a eficácia vinculante ao próprio Supremo, é certo que a Corte apenas poderá revogar seus precedentes a partir de uma robusta carga argumentativa. Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso

demais reiterar, é a possibilidade de ajuizamento direto, pelo prejudicado, de reclamação ao STF (com a ressalva de que, no contexto do controle abstrato, apenas têm legitimidade para a reclamação as pessoas também abrangidas pelo dispositivo da decisão e, portanto, pela eficácia *erga omnes*).

Contudo, as decisões do Pleno do Supremo em controle concreto (e aquelas adotadas em controle abstrato, para a consideração da constitucionalidade de diplomas normativos não abrangidos pelo dispositivo da decisão) têm, inegavelmente, eficácia vinculante interna. Por esta, entende-se a vinculação dos demais órgãos do poder judiciário às decisões do Supremo⁷⁴.

Aqui é posta em evidência a extensão subjetiva da diferenciação: a eficácia vinculante externa atinge os integrantes do poder judiciário e a Administração Pública; a eficácia vinculante interna, apenas o judiciário.

Embora a distinção (eficácia vinculante externa e interna) não esteja expressa na Constituição, ela é uma decorrência implícita da ordem constitucional, além de estar, inegavelmente, positivada no plano infraconstitucional.

Com efeito, seria absolutamente carente de amparo lógico um sistema que admitisse que juízos ou tribunais inferiores contrariassem aquilo que foi decidido pela Corte com competência para dar a última palavra em matéria constitucional⁷⁵. Daí afirmar-se a previsão implícita de eficácia vinculante interna às decisões do Pleno do Supremo.

No plano infraconstitucional, o efeito vinculante está expressamente positivado no artigo 481, parágrafo único, do CPC,⁷⁶ sendo

de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1395 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 388-93.

⁷⁴ Embora a Constituição não positive de forma expressa a eficácia vinculante ao próprio Supremo, é certo que a Corte apenas poderá revogar seus precedentes a partir de uma robusta carga argumentativa. Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1395 e MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 388-93.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 75-85.

⁷⁶ “Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao

ainda decorrência de interpretação lógica dos artigos 518, § 1º,⁷⁷ 557, caput e § 1º-A,⁷⁸ e 543-B, §§ 2º e 3º,⁷⁹ do mesmo Código.

Convém, aqui, que a análise se detenha um pouco sobre o primeiro dos dispositivos mencionados (o artigo 481, parágrafo único, do CPC, que é, como se sabe, incorporação legislativa de entendimento jurisprudencial do STF cujo objetivo inicial foi o de racionalizar a aplicação da cláusula de reserva de plenário contida no artigo 97 da Constituição)⁸⁰. Seria de pouca significação lógica que a regra em questão consagrasse apenas uma *faculdade* dos órgãos fracionários integrantes dos tribunais, da seguinte forma: se estes *quissem* reconhecer inconstitucionalidade já pronunciada pelo Pleno do Supremo em controle concreto, não necessitariam instaurar incidente de declaração de inconstitucionalidade; se, contudo, *quissem* reconhecer que a norma já pronunciada inconstitucional pelo Supremo fosse compatível com a Constituição, assim poderiam fazer.

A falta de coerência da proposição apresentada no parágrafo anterior é gritante. Dessa forma, a única interpretação constitucionalmente viável ao dispositivo em questão é aquela que indica

plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

⁷⁷ “§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.” Luiz Guilherme Marinoni afirma que “embora o texto da norma fale em súmula, hoje, como é óbvio, o precedente de tribunal superior é suficiente para impedir o recebimento de recurso que a ele diretamente se opõe (Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 517.)

⁷⁸ “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”

⁷⁹ “§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.”

⁸⁰ VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 47-8.

que, uma vez afirmada, incidentalmente, pelo Pleno do Supremo, a inconstitucionalidade de determinada lei, a esta decisão estão vinculados os demais tribunais. O mesmo vale, por simples questão de coerência lógica, se a decisão da maioria absoluta do Pleno do STF for pelo reconhecimento da constitucionalidade de determinada previsão legal⁸¹.

Acrescenta-se que não somente os tribunais, mas, igualmente, os juízes de 1º grau devem obediência ao entendimento do Pleno do STF.⁸² Ou que coerência haveria em supor que o juiz de 1º grau poderia contrariar a decisão do guardião da Constituição para que o órgão fracionário do tribunal local, mediante recurso da parte prejudicada, fosse obrigado a reformar a decisão? Logo, por mera implicação lógica, fica claro que também o juiz de 1º grau deve obediência à decisão do Pleno do Supremo adotada em controle concreto.

A *eficácia vinculante interna*, portanto, volta-se, diretamente, apenas aos demais integrantes do poder judiciário,⁸³ que devem obediência ao quanto decidido pelo Pleno do Supremo em matéria constitucional (e, portanto, apenas *indiretamente* à Administração Pública). Sua diferença em relação à *eficácia vinculante externa*, esta expressamente positivada no texto constitucional, está em que aquela (*a interna*) não permite o acesso direto ao Supremo mediante reclamação. Por isso, não sujeita de forma direta a Administração Pública. Mas, obviamente, a Administração Pública está indiretamente submetida às decisões do Supremo não dotadas de eficácia vinculante externa, uma vez que, senão em reclamação, em qualquer ação outro órgão do poder judiciário está obrigado, pela própria ordem constitucional, a afirmar o mesmo que o Supremo. Por isso, é totalmente conveniente que a Administração, independentemente do grau da eficácia vinculante da decisão do Supremo (*se externa*

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 507-8.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 507.

⁸³ Com a ressalva já feita, em nota de rodapé anterior, do ônus argumentativo que o próprio STF tem que enfrentar para revogar seus precedentes.

ou *interna*), tome todas as providências necessárias para ajustar sua conduta à moldura constitucionalmente definida pela Corte.

Essa linha de argumentação está amparada nos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni acerca da eficácia vinculante:

A extensão da eficácia vinculante aos fundamentos, e não ao dispositivo, revela claramente a intenção de dar eficácia obrigatória aos precedentes. De outra parte, não há por que falar em precedente quando não se outorga valor aos seus fundamentos. Assim, a importância da eficácia obrigatória dos precedentes, no direito contemporâneo, sustenta a eficácia vinculante dos fundamentos.

Daí a proximidade entre os institutos da eficácia vinculante dos fundamentos e do *stare decisis*. Em verdade, o que afasta o instituto da eficácia vinculante dos fundamentos – como posto na Alemanha – do *stare decisis* não é propriamente sua razão de ser, mas a sua extensão subjetiva.

O *stare decisis* se refere ao poder dos juízes, ao passo que a eficácia vinculante dos fundamentos atinge, na Alemanha, todos os órgãos do Poder Público. Note-se, entretanto, que a extensão subjetiva da eficácia vinculante constitui opção técnica, ainda que baseada em valores de Estado. Nada impede que esta eficácia seja estendida ou limitada. Lembre-se que na Alemanha e na Espanha a eficácia vinculante atinge todos os poderes públicos, mas no Brasil apenas os órgãos judiciários e as autoridades administrativas. Ademais, embora no Brasil a eficácia vinculante não atinja o Supremo Tribunal Federal em virtude de norma constitucional, na Espanha há norma expressa – art. 13 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – que diz que, quando uma sala do tribunal constitucional considerar necessário se afastar, "em qualquer ponto, da doutrina constitucional precedente firmada pelo tribunal, a questão será submetida à decisão do Pleno."

Também nada obsta que se restrinja a eficácia vinculante apenas ao Poder Judiciário, quando este instituto assume fisionomia praticamente igual à do *stare decisis*. Aliás, nesta dimensão é possível pensar, por exemplo, na eficácia vinculante dos fundamentos das decisões do Superior Tribunal de Justiça em relação aos órgãos judiciários das justiças federal e estadual.⁸⁴

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 291-2.

Em outras palavras, trata-se da necessidade, implícita na ordem constitucional, de considerar-se a regra do *stare decisis* no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Assim, à ideia de eficácia vinculante dos fundamentos, limitada ao poder judiciário, tratada por Luiz Guilherme Marinoni no trecho transcrito, este trabalho deu o adjetivo de interna.

À tradicional objeção de que, em processos individuais, os fundamentos da decisão não transitam em julgado, facilmente contrapõe-se o argumento de que *stare decisis* e coisa julgada são institutos distintos, e que servem a finalidades diferentes⁸⁵. Aliás, percebe-se que a chamada coisa julgada *erga omnes* (cuja finalidade é exatamente extirpar a norma declarada inconstitucional da ordem jurídica) continua sendo característica exclusiva do controle abstrato.

Em conclusão, reconhecendo o STF determinada inconstitucionalidade no controle concreto, a lei não será retirada da ordem jurídica (não há, portanto, eficácia *erga omnes*) e não haverá possibilidade de que os prejudicados por decisões judiciais ou administrativas em sentido contrário ajuízem reclamação (eficácia vinculante externa); contudo, todos os demais juízos e tribunais são obrigados a observar o que decidiu o guardião da Constituição (eficácia vinculante interna), seja por uma questão de coerência do sistema, seja, quando menos, em razão do que determina o artigo 481, parágrafo único, do CPC. O mesmo vale para leis diferentes daquela que tenha sua inconstitucionalidade reconhecida em controle abstrato, mas que apresentem a igual situação de inconstitucionalidade.

Utilizando-se de ideias desenvolvidas no âmbito dos Estados Unidos, a eficácia vinculante interna determina, nas hipóteses consideradas no parágrafo anterior, que se tenha uma *dead law*, que, contudo, permanece *on the books*⁸⁶.

E onde entraria o artigo 52, X, da Constituição? A atuação do Senado (ainda que mediante função legislativa atípica, como

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 111-2, 139-41, 294-325 e 277-8.

⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. (reimpressão). Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 81. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 84.

já visto, uma vez que exercida de forma exclusiva por aquela casa, sem o concurso da Câmara dos Deputados) serve exatamente para extirpar a norma da ordem jurídica. Ou seja, quando a decisão do STF é adotada no controle concreto, a suspensão, pelo Senado, faz as vezes da eficácia *erga omnes* do controle abstrato: retira a lei – que já estava "morta" para o poder judiciário, em razão do entendimento externado pelo guardião da Constituição – "dos livros"; retira-a da ordem jurídica.

Reitera-se: o artigo 52, X, continua tendo aplicação: diz respeito exclusivamente à extirpação da norma da ordem jurídica. Contudo, mesmo que a providência não seja adotada pelo Senado, ficará o poder judiciário vinculado à decisão do Pleno do Supremo, ainda que esta seja adotada em controle concreto.

O controle da obediência dos tribunais e juízos inferiores à orientação do Supremo, contudo, será feito pela via recursal própria, ascendendo-se à corte, via de regra, mediante o recurso extraordinário (e não mediante o ajuizamento direto de reclamação).

Esse é o delineamento do que se procurou chamar, neste trabalho, de *eficácia vinculante interna*.

Assim, não se faz necessário defender que tenha havido "mutação constitucional" em torno do artigo 52, X, da Constituição. Basta que se leve em conta que ele tem uma função que vai além da "mera publicidade" da decisão do Supremo (como já mencionado, a definitiva extirpação da norma da ordem jurídica). Contudo, enquanto não adotada a providência pelo Senado, fica o poder judiciário diretamente vinculado (e a Administração Pública, indiretamente) ao que decidiu o Supremo no controle concreto. A única ressalva, reitera-se, é que o acesso ao STF não será possível mediante reclamação (Rcl 3014 e Rcl 10793).

Reconhece-se que a supressão da possibilidade de reclamação, na espécie (assim como a restrição operada em relação à parte dispositiva da decisão no controle abstrato), compromete a efetividade do instituto e da própria garantia da autoridade das decisões do Supremo.

Contudo, trata-se de mera consequência do atual delineamento jurisprudencial que o STF deu à reclamação e à eficácia vinculante expressamente positivada na Constituição (e aqui adjetivada de externa), atrelando estas à possibilidade de afirmação da autoridade

da decisão apenas àquelas pessoas abrangidas pelo dispositivo da decisão em ação direta.

O que se procurou demonstrar é que, a despeito desse entendimento (que aqui foi, reforça-se, adotado como premissa teórica, muito embora tenha sido criticado também em teoria), a Constituição – implicitamente – e a legislação infraconstitucional (notadamente o artigo 481, parágrafo único, do CPC), por uma questão de coerência, consagram outra espécie de eficácia vinculante, a interna.

Em suma, a Constituição reclama o cultivo de verdadeira cultura judicial de respeito aos precedentes do STF, ainda que, especialmente no que concerne a suas decisões em controle concreto, a reclamação não figure, segundo o mesmo Tribunal, como instrumento de sujeição direta dos magistrados e da Administração Pública.

7 CONCLUSÕES

O modelo de controle difuso de constitucionalidade assenta suas premissas sob o fundamento dúplice: supremacia da Constituição e sistema de freios e contrapesos. O controle concentrado, desenvolvido na Europa, por sua vez, gira em torno do eixo da supremacia da lei e de uma nítida divisão de poderes.

Não há dúvida de que o Brasil incorporou não somente, por primeiro, o modelo de controle difuso pensado na América como também, de forma significativa, o arranjo institucional desenvolvido pelos Federalistas e conhecido como sistema de freios e contrapesos.

Nessa perspectiva, a possibilidade de sobrestamento legislativo da decisão de inconstitucionalidade, como uma necessidade decorrente estritamente da separação de poderes, apenas pode ser compreendida como leitura histórica descontextualizada.

A propósito, a regra hoje contida no artigo 52, X, da Constituição, foi pensada no processo constituinte de 1933-4, ao contrário do que possam imaginar seus defensores, como atribuição de um "superórgão" então encarregado da função de "coordenação dos poderes". Nada tinha, portanto, com a separação de poderes propriamente dita. Tratava-se, antes, de expressão antirrepublicana cujas raízes podem ser reconduzidas ao poder moderador imperial.

Com essas constatações, contudo, não se advoga que necessariamente tenha havido "mutação constitucional" do dispositivo. Este tem sua aplicação limitada ao campo da supressão da lei da ordem jurídica, a exemplo do que acontece com a eficácia erga omnes do controle concentrado.

Isso não significa, no entanto, que as decisões do Pleno do STF em controle concreto não vinculem o poder judiciário (o que, neste trabalho, chamou-se de eficácia vinculante interna). Essa vinculação, embora não se confunda com a eficácia vinculante expressamente positivada para o controle abstrato (aqui adjetivada de externa), é uma decorrência implícita da necessidade de coerência imposta pela Constituição, encontrando inclusive expressão infraconstitucional (notadamente no artigo 481, parágrafo único, do CPC).

Assim podem ser resumidas, portanto, as ideias relativas às cargas eficaciais das decisões do STF tratadas ao longo do ensaio:

– Eficácia *erga omnes*: controle abstrato; parte dispositiva da decisão; supressão da norma (e apenas da norma expressamente mencionada no dispositivo) da ordem jurídica;

– Eficácia vinculante externa: controle abstrato e súmula vinculante; parte dispositiva da decisão do controle abstrato e regra enunciada na súmula vinculante; sujeita de forma direta a Administração Pública e o poder judiciário; possibilidade de ajuizamento de reclamação apenas pelas pessoas abrangidas pela parte dispositiva da decisão em ação direta, ou pelo conteúdo da súmula vinculante, em face de decisão judicial ou administrativa;

– Eficácia vinculante interna: controle concreto e controle abstrato (para normas não abrangidas pelo dispositivo da decisão na ação direta); sujeita de forma direta o poder judiciário e apenas indiretamente a Administração; impossibilidade de ajuizamento de reclamação.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Valderes Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, ano 15, n. 57. Brasília, 1978.

BARBI, Celso Agrícola. *Ação Declaratória Principal e Incidente*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires**. São Paulo: Saraiva, 1933, IV volume.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Porto (Portugal): Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. (reimpressão). Porto Alegre: Fabris, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição. Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRANT, James A. C. **El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política**. Publicación de la Revista de la Facultad de Derecho de Mexico, 1963

JAKUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JAY, John; HAMILTON, Alexander; MADISON, James. **The Federalist Papers – A Penn State Eletronic Classics Series Publication**. Pennsylvania: Pennsylvania State University, 2001. Disponível em <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A Teoria das Constituições Rígidas**. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

NINO, Carlos Santiago. **La Constitución e la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

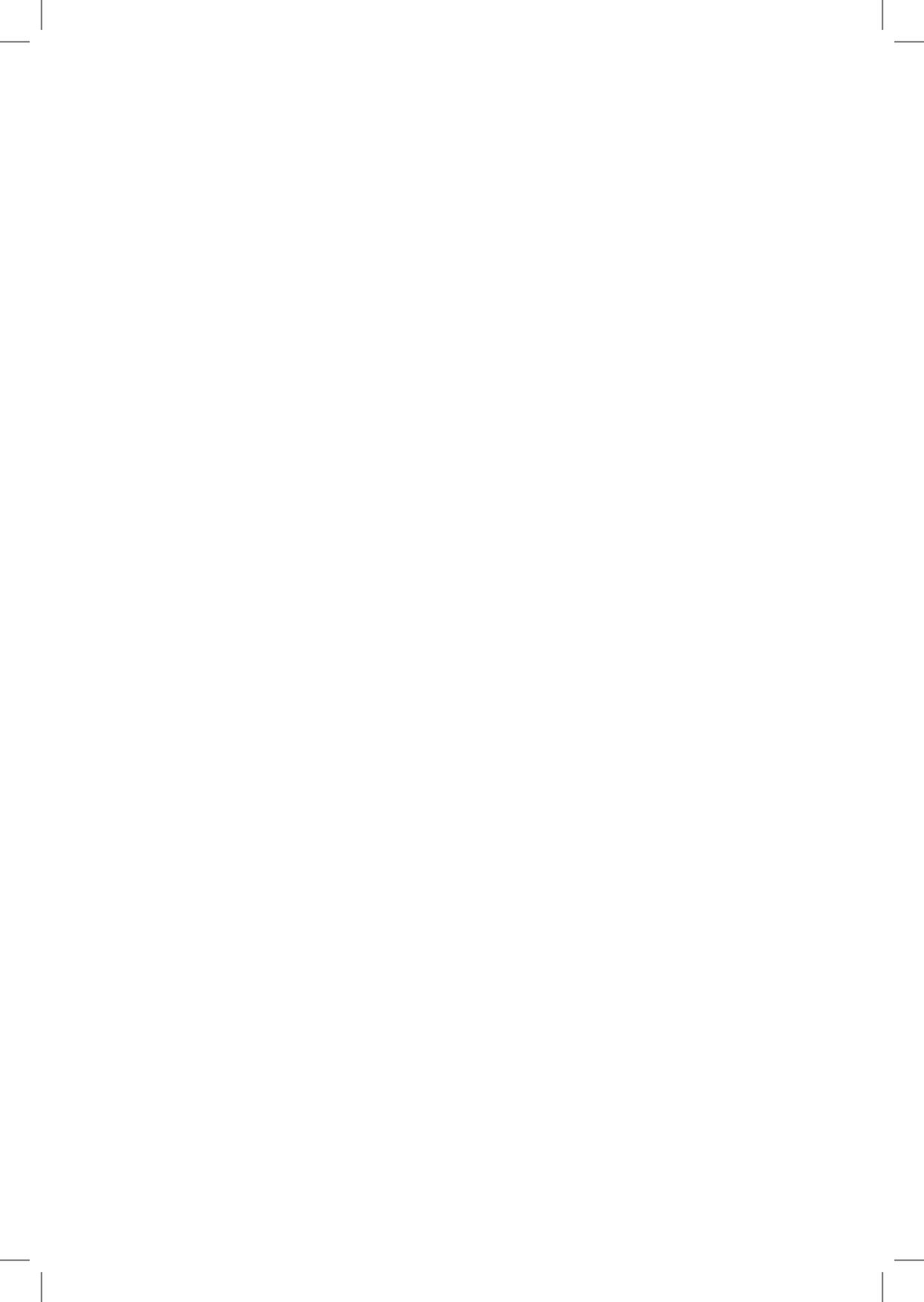
MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORTOLAN, Marcelo A. Biehl. Common Law, Judicial Review e Stare Decisis: Uma Abordagem Histórica do Sistema de Controle de Constitucionalidade Anglo-Americano em Perspectiva Comparada com o Sistema Brasileiro. In MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A Força dos Precedentes – Estudos do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.



O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PRATICADOS NO ÂMBITO DOS CERTAMES PÚBLICOS

Um estudo doutrinário e jurisprudencial da questão sob a perspectiva da legitimidade democrática, da legalidade e da isonomia

Flávia Faermann¹

RESUMO

O presente artigo discute quais os limites do controle judicial das provas de concursos públicos. Inicialmente, discorre acerca do conceito de poder vinculado e discricionário. Após, aborda a conceituação, natureza jurídica e princípios que norteiam a seleção pública, especificamente o princípio da legalidade e da isonomia. Por fim, analisa-se o controle jurisdicional em relação à prova, suas hipóteses de cabimento, possível violação ao princípio da isonomia e a posição da jurisprudência brasileira acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVES: Concurso público. Atos administrativos. Controle judicial. Poder Discricionário e Vinculado. Princípios da Legalidade e Isonomia.

SUMMARY

The current article discusses the judicial control limits of the public competition. In the beginning, talks about the linked and discretionary power's concept. Later, discusses the concept, legal nature and principles that guide the public selection, specifically the principle of legality and equality. By the end, analyzes the judicial control on the tests, their chances of appropriateness, possible equality principle's violation and the position of the Brazilian case law on the subject.

¹ Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.

1 INTRODUÇÃO

É tema que suscita curiosidade no âmbito jurídico e, ainda, é controverso: qual o real limite que circunscreve a atuação do Magistrado ao sentenciar uma demanda em que se contesta a correção de prova de certame público realizado no âmbito de outro Poder, como o Executivo? E vai-se além: apenas o princípio da separação de poderes, elevado à cláusula pétrea, que é violado, ou também o princípio da isonomia o é?

Sabe-se que a separação entre os poderes é tema que remonta à Grécia Antiga, mais especificamente, doutrina de Aristóteles. Segundo o jurista português NUNO PIÇARRA,² as origens da ideia da separação dos poderes estão no conceito de constituição mista de ARISTÓTELES em sua obra *Política*, segundo o qual:

(...) constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político.

Assim, PIÇARRA extrai do pensamento aristotélico a ideia de equilíbrio ou balanceamento das classes sociais que virá a ser associada à doutrina da separação de poderes, numa fase já adiantada de sua evolução, através da sua participação no exercício do poder político.

Aristóteles, de fato, no Livro IV da *Política* (14-16) registrou a existência de diferentes funções dentro do Estado, sem, no entanto, preocupar-se em recomendar que órgão distinto as exercessem, para que, desse modo, fossem garantidos os indivíduos contra o poder estatal. Tal preocupação só surge no pensamento político com o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, que substitui a vontade do monarca, livre das leis, pela ratio das leis.

² PIÇARRA, Nuno, in *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, p. 31.

John Locke afirmará e dará contornos preciosos ao pensamento liberal, defensor veemente da propriedade privada. Se o objetivo da sociedade é gozá-la, o único instrumento, para ele, era a lei. A primeira e fundamental lei positiva de qualquer comunidade passa a ser o estabelecimento do Poder Legislativo. Aqui o ponto culminante das ideias liberais de Locke, em que adquire caráter instrumental a distinção entre função legislativa e executiva, destinando-se a frear o Poder do Estado. Montesquieu, então, só teria de retomar a Aristóteles e recolocar como terceira função do Estado a Judiciária, consistida em poder de fazer a guerra e a paz e estabelecer alianças.

De fato, o poder político mostra-se uno e a divisão horizontal visa atender ao objetivo de contenção do poder, por ele mesmo, conforme já doutrinavam Locke e Montesquieu. Todavia, paradoxalmente, o princípio da separação dos poderes é mais ainda do que contenção: é a otimização das funções públicas. É princípio voltado para a eficiência, princípio com status constitucional, vez que distribui as funções dentre três poderes, sem hierarquia entre os mesmos, que se completam.

A interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes é assunto de fervorosa discussão, tanto em relação a sua atuação frente ao Legislativo, quanto ao Executivo. Quanto à primeira interferência referida, questiona-se o fundamento democrático do exercício jurisdicional. Diante da intensa atuação do STF no controle de constitucionalidade, especificamente quanto à declaração de inconstitucionalidade e extirpação de uma norma do ordenamento, que foi criada pelo Poder Legislativo, escolhido legitimamente pelo povo, dotado de Poder, como seu representante, discute-se a legitimidade democrática para tanto, também chamada de força contramajoritária ou paradoxo contramajoritário. A lei é fruto de um processo democrático; há um elo evidente entre a atuação e legislativa e a democracia. Apenas se considerarmos a atuação do Magistrado para garantir a estabilidade e supremacia da Constituição, vislumbra-se fundamento para tanto. Trata-se de um instituto de garantia da força contramajoritária da Constituição; se o legislador sujeita-se à Constituição, do confronto entre ela e a lei, prevalece a Constituição. Possui origem no ambiente jurídico norte-americano e diz respeito a um desafio estabelecido, e

que comprova o fato de que a intervenção do Judiciário nos outros Poderes possui limites definidos e fundamentos específicos que a justificam e devem estar presentes quando da interferência nos Poderes Legislativo e Executivo.

No constitucionalismo contemporâneo, o controle jurisdicional (exercido pelo judiciário) ganhou muita força. Essa associação teve repercussão nos EUA, que desenvolveram um controle de constitucionalidade difuso – realizado por qualquer juiz - e concreto - atente-se que os precedentes judiciais têm eficácia vinculante, como é comum no *commom law*. Hans Kelsen, por outro lado, defendia o controle de constitucionalidade exercido por uma corte constitucional, de modo concentrado e abstrato. Apesar da associação comumente existente, é possível afirmar-se numa ordem jurídica a superioridade da constituição em face da legislação, mas ainda assim não se acolher a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade, confiando-se em outros meios para assegurar a prevalência da lei, como a separação dos poderes ou a força da opinião pública. A dificuldade contramajoritária decorre do fato de os juízes não serem eleitos, mas, mesmo assim poderem invalidar decisões tomadas pelo legislador escolhido pelo povo. E, ainda mais, pelo reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisão, quem as interpreta e aplica também participa de seu processo de criação. A crítica é que o controle jurisdicional de constitucionalidade confere aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente.

Assim, questiona-se a interferência, pelo Poder Judiciário, nos atos administrativos praticados pelo Poder Executivo quando realiza um certame público, invadindo, em tese, o princípio da separação dos Poderes, cláusula pétrea prevista no art. 60, par. 4 e, por tais razões deve ser permitida nos estritos limites que permeiam a legalidade.

O Poder Judiciário realiza controle sob os atos emanados pela Administração Pública, sejam os vinculados como também os discricionários, estes com algumas ressalvas. Nos atos vinculados, todos os elementos do ato administrativo estão definidos em lei e devem observar sempre a competência, forma, objeto, motivo, finalidade, sob pena de tornarem-se nulo. Nos atos discricionários, há

vinculação apenas da forma, competência e finalidade, ficando o objeto e motivo a critério da administração pública. Assim, quando a controvérsia relativa à alguma questão de prova de certame público estiver dentro do âmbito discricionário da Administração Pública, inviável a interferência pelo Poder Judiciário, ficando essa limitada ao enfrentamento de eventual violação à legalidade.

Já no que se refere ao princípio da isonomia, ocorre que, na maioria das situações em que um Magistrado anula questão de um certame público, faz apenas em relação ao candidato que postulou judicialmente a nulidade da mesma. Todavia, se a isonomia é princípio basilar que inclusive justifica a seleção pública através de concurso, merece ser considerada no momento em que o concurso público passa a ser questionado no âmbito do Judiciário.

2 PODERES ADMINISTRATIVOS: PODER DISCRICIONÁRIO E PODER VINCULADO

A CF de 1988, em seu artigo 37, II, previu que a *investidura em cargos públicos ou empregos públicos depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou títulos*. Na formulação dessas questões, a Administração Pública lança mão de seu poder discricionário, relativamente ao que será cobrado no exame, bem como quanto ao teor das questões.

Segundo Odete Medauar, *a margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade corresponde à noção de mérito administrativo*³. Portanto, o mérito administrativo é o juízo de conveniência e oportunidade da escolha visando o interesse público. Em algumas hipóteses, contrapõem-se legalidade e mérito, especialmente nos casos ora em apreço, situação na qual ao Poder Judiciário não caberia o exame do mérito das decisões administrativas. A autora referida comenta, inclusive, haver uma atenuação do contraponto legalidade-mérito. De fato, é possível observar que a atuação do Poder Judiciário, atualmente, não se limita apenas ao exame da conformidade entre o ato praticado e a legislação estrita,

³ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno, 17 ed., Revista dos Tribunais, p.127.

como também faz a ponderação entre o ato praticado e a norma jurídica em sentido amplo, incluindo os princípios constitucionais.

No que se refere à discricionariedade administrativa, há fundamentadas justificativas para o poder de escolha. O Poder Executivo possui função de direção política e administrativa, sendo que as mesmas não poderiam ser realizadas eficazmente se tudo já fosse predeterminado pela lei. A complexidade do Estado moderno impede que a legislação possa definir todas as soluções possíveis para diversas situações, sendo hoje reconhecidos, inclusive, instrumentos informais de alteração da própria Constituição, como a mutação constitucional. O engessamento da interpretação constitucional é, felizmente, fato superado. A complexidade do mundo atual impede que a interpretação da Constituição seja feita exatamente nos termos em que pretendeu a Assembléia Constituinte de 1988. Além disso, em razão da natureza prolixa de nossa Carta Magna, inviável também efetivarem-se diversos direitos ali previstos se, muitas vezes, os próprios entram em conflito. Inclusive, tal fato é também uma das justificativas da existência de métodos interpretativos exclusivamente aplicáveis à interpretação constitucional.

Acerca do fenômeno da mutação constitucional, doutrina Luis Roberto Barroso:⁴

A norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais do poder. No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram esse condicionamento recíproca entre norma e realidade.

(...) A mutação constitucional se realiza por vai da interpretação feita por órgãos estatais ou por meio dos costumes e práticas políticas socialmente aceitas. Sua legitimidade deve ser buscada no equilíbrio entre dois conceitos essenciais à teoria constitucional, mas que guardam tensão entre si: a rigidez da Constituição e a plasticidade de suas normas. A rigidez

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a Construção do novo modelo. 3 ed. Editora Saraiva. 2012

procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma. (...)

O STF tratou da questão no famigerado RE n. 603.583, abordando a constitucionalidade do exame da OAB e a impossibilidade de essa autarquia regulamentar a matéria, usurpando a competência legislativa privativa do Presidente da República. No inteiro teor, assim se manifestou o então Ministro Relator Marco Aurélio:⁵

A crença de que as condutas adotadas pelo Poder Público devem estar exaustivamente versadas em lei em sentido formal e material somente tem contribuído para o desprestígio da atividade legislativa, porquanto se traduz na produção desenfreada de leis, hoje na casa das centenas de milhares. A reserva de lei revelada no inciso XIII do artigo 5º da Carta da República esgota-se na previsão abstrata de que a aprovação no exame consubstancia requisito para o exercício profissional da advocacia, sendo certo que a disciplina dos detalhes a respeito da prova podem – e devem – ficar a cargo da própria Ordem.

O Direito, para manter-se atual, tem de estar aberto aos fluxos sociais. Na quadra vivida, as mudanças constantes e rápidas tornam difícil ao operador do Direito acompanhá-las e, com maior razão, ao legislador. Antes se pensava no passar do tempo como algo positivo ao Direito, necessário à maturação das questões jurídicas, à reflexão sobre temas com relevante impacto social. Hoje, um simples piscar de olhos pode nos fazer obsoletos. Cito os avanços em campos como o da genética, das relações sociais, da internet, etc. Nesse contexto, o princípio da legalidade há de ser tomado em termos, não devendo prosperar a conclusão segundo a qual, ainda que a natureza da obrigação jurídica reclame certa integração em nível administrativo, surgiria, por tal razão, inexistível.

Assim, imprescindível é a existência de maleabilidade à Administração para bem realizar suas funções. Os órgãos estatais são também sujeitos ativos desse cenário de interpretação constitucional,

⁵ STE, RE n. 603.584, Min. Marco Aurélio, em 26/10/2011.

intitulado de “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais”⁶. Os três poderes atuam realizando a interpretação constitucional, sendo que, apesar de parecer que a interpretação judicial possua primazia, é indene de dúvidas que o legislador e também o administrador atuam nesse mesmo sentido. A atividade dos mesmos possui fundamento na Constituição, sendo que essa precisa ser interpretada na rotina de suas funções. Da Carta Magna extraem-se os princípios legitimadores de suas condutas e a finalidade das mesmas, tendo essa questão ampla aplicação no âmbito do controle judiciário nos concursos públicos. Se ao administrador é também conferida a função de interpretar a Constituição, e o faz também no âmbito de um concurso público, o controle judiciário sob essa atividade exaspera e anula uma atuação legitimada e fundamentada, sendo que essa usurpação passa a ter uma dimensão ainda maior do que se vislumbra ordinariamente: anulação de uma questão de um concurso público elaborada por um órgão responsável. Ela passa a dizer respeito não só a essas partes, como também ao poder legítimo do administrador de interpretar e, especialmente, de aplicar a Constituição⁷.

Retomando a questão acerca da discricionariedade, e restringindo um pouco a análise ao âmbito dos poderes administrativos, é fato incontroverso que aquela está presente, também, na elaboração de questões de concursos públicos. O órgão responsável determina quais as questões técnicas, sempre dentro da legalidade, que devem ser supridas para que um candidato seja considerado apto para ser investido em um cargo; ou seja, quais os critérios, sempre razoáveis e proporcionais, que são considerados como pilares para aferir o conhecimento técnico do candidato.

Já o poder vinculado está presente quando a autoridade, diante de uma determinada circunstância, é obrigada a tomar decisão já determinada, vez que sua conduta é ditada previamente pela norma jurídica. Há um poder de decisão concedido ao administrador, mas há ao mesmo tempo predeterminação de situações e condições para

⁶ HABERLE, Peter. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL. A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: a contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição, 1977.

⁷ SEABRA Fagundes V.M., *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 2005, p.3.

tanto, o que o canaliza a uma só direção. Assim, havendo apenas uma opção de decisão, verifica-se o poder vinculado.

A doutrina contemporânea refere que no cotidiano das atividades administrativas, poucas são as situações de vinculação e discricionariedade puras, havendo apenas uma predominância de um em relação ao outro. No âmbito da prática de atos administrativos em certames públicos, há a presença do poder discricionário na elaboração das questões, no lançamento do edital e nos critérios de correção. Até a valoração das notas do concurso é discricionária, pois a banca examinadora realiza a correção da prova com base no seu juízo de valor, desde que seja observado o tratamento isonômico.

Da mesma forma, há a presença do poder vinculado, limitando-se essas mesmas atividades à legalidade, ou seja, a atividade do administrador responsável pelo certame ao que determinou o edital, bem como a critérios de correção que não se traduzam em “erro grosseiro”.

Explica-se.

O certame é regulado pelo edital que estabelece todas as regras do processo seletivo, de maneira que o conteúdo presente neste ato administrativo é vinculado, pois na confecção dos editais serão fixadas as disciplinas que serão examinadas nas provas, critérios de julgamento, número máximo de aprovados, nota mínima para classificação, entre outros. É nesse âmbito de controle de legalidade, tão somente, que se abre espaço para o controle judiciário.

A legalidade do ato administrativo diz respeito a sua conformação às normas do ordenamento. A margem livre sobre a qual incidirá a escolha relativa à discricionariedade corresponde ao mérito do ato administrativo, que expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público.

3 CERTAME PÚBLICO E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Concurso público é, de fato, ferramenta consagrada em sede constitucional para a seleção de indivíduos aptos a ingressar nas carreiras do serviço público. Esse tipo de certame observa os princípios da moralidade e eficiência, exigindo a aprovação em concurso de provas e muitas vezes de provas e títulos. A moralidade traduz-se no

objetivo de investir no cargo público indivíduos alheios a determinadas opiniões e até a afeições pessoais das autoridades responsáveis pela admissão, enquanto que a impessoalidade impõe a observância da igualdade de oportunidade a todos os candidatos, aspecto positivo do princípio da isonomia.

Também é aplicável a legalidade, considerando que deve o órgão responsável observar todas as regras editalícias, e não apenas essas como também as normas *lato sensu* que versam sobre o acesso a cargos públicos.

O acesso do povo aos cargos públicos é cobiçado desde a antiguidade através dos sorteios, compra e venda, herança, arrendamento, nomeação, eleição, e por fim, concurso público. Com o advento da Constituição Federal de 1988, somente é possível o ingresso dos servidores públicos na administração direta e indireta seja da União, Estados, DF e Municípios através do concurso público, salvo provimento de cargos comissionados.

A garantia da acessibilidade ao serviço público é um direito fundamental de todo cidadão. Nesse sentido:

“Em resumo, todo brasileiro tem constitucionalmente assegurado o direito de, por qualquer forma, participar da administração pública, direta ou indiretamente, mesmo quando ela se apresenta com uma roupagem de direito privado.

Para que se tenha uma ideia da importância do tema, basta dizer que ele figura no texto da Declaração Geral dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1984, com o seguinte enunciado: Cada indivíduo tem o direito ao ingresso, sob condições iguais, no serviço de seu país”⁸.

O art. 37, II, da CF dispõe que “a investidura em cargo público emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”. A realidade é que a Constituição Brasileira discorre amplamente sobre a Administração Pública, com grau de detalhamento, inclusive, considerado censurável por Luís

⁸ DALLARI, Adilson Abreu, *in* Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2 edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 28

Roberto Barroso⁹. Segundo o autor, o fato de discorrer amplamente sobre a Administração Pública na Constituição contém virtudes, como a dissociação da função administrativa da atividade de governo e a previsão expressa de princípios setoriais do direito administrativo, que, com a Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, passaram a ser o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A constitucionalização do direito administrativo foi levada a efeito, principalmente, em razão da incidência dos princípios constitucionais por todo o sistema jurídico. Como exemplo desse efeito, cita-se a vinculação do administrador à Constituição, e não apenas à lei ordinária. De certa forma, ao mesmo tempo em que essa vinculação à Constituição amplia a vinculação do administrador, também confere-lhe maior amplitude na sua atuação. Isso porque se supera a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade. Sua atuação estava pautada e limitada pelo que o legislador determinasse ou autorizasse; com esse fenômeno contemporâneo, o administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade, atualmente, transforma-se em princípio da constitucionalidade, o que se vê inclusive na previsão de formas de investidura de cargos públicos na própria Constituição.

Sobre os princípios aplicáveis aos concursos públicos, leciona FABRÍCIO MOTA:¹⁰

Dessa maneira, o instituto de concurso público possui princípios endógenos, imanentes à sua natureza e inseparáveis de sua noção, que independem de consagração normativa, doutrinária ou jurisprudencial para que sejam reconhecidos. Seguindo as lições citadas, deve o operador do direito guiar-se pelos 'princípios-maiores' que ocupam o núcleo central da ideia de concurso público: o princípio democrático, fulcrado na premissa de que todos têm direito de concorrer para ocupar as posições estatais; o princípio da isonomia, consistente na

⁹ Op Cit., p. 5, p. 397.

¹⁰ Princípios Constitucionais Aplicáveis aos Concursos Públicos. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (org.). Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 308

garantia de igualdade de tratamento e vedação de privilégios e distinções injustificadas; e o princípio da eficiência que impõe à Administração a seleção transparente e objetiva dos que mais atributos – méritos, qualificações, aptidões – possuem para se adequar ao necessário oferecimento de um serviço eficiente. Destaca-se ainda a necessidade de obedecer aos ‘reclamos de probidade administrativa’, utilizando a expressão de Celso A. Bandeira de Mello.

3.1 Princípio da Isonomia

Fazendo uma pequena digressão acerca do princípio da isonomia, importante analisar as suas seguintes vertentes: A) **Igualdade formal**. Prevaleceu no constitucionalismo liberal – igualdade perante a lei. É a ideia de lei igual para todos – não existem mais distinções em razão de privilégios de berço. A lei não deve trazer desigualdades entre as pessoas, assim como deve ser aplicada de forma idêntica a todos; aplica-se a lei de forma igual. B) **Igualdade material**. Prevaleceu no constitucionalismo social – igualdade na lei (no seu conteúdo). É a equiparação de todos no mundo dos fatos; é o objetivo do art 3 da Constituição Federal. Inclusive, a desigualdade formal pode ser um instituto para garantir a igualdade material. **B1) Igualdade material socioeconômica**. É uma lógica de desigualar, de forma a equiparar aquele econômica ou socialmente mais fraco. Há mudança profunda acerca do conceito de pessoa. Tratam-se desigualmente os desiguais, observado o princípio da proporcionalidade. Proteção dos vulneráveis socioeconomicamente. **B2) Igualdade material cultural**. Ideia de garantir igualdade também no plano material e simbólico: igualdade como reconhecimento. Fala-se em um direito à equiparação. Segundo essa visão, como destaca o sociólogo português Boaventura de Souza Santos, “há direito a ser igual quando a desigualdade inferioriza” e “há o direito a ser diferente quando a igualdade descaracteriza”¹¹. Portanto, é papel do Direito promover as chamadas políticas de reconhecimento, que visam dar a devida

¹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. 1997. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, São Paulo, nº 30, p. 105-124.

estima social a grupos que tenham sido historicamente estigmatizados pela sociedade e pelo Estado.

O princípio da isonomia decorre de forma imediata do princípio republicano, motivo pelo qual Geraldo Ataliba afirma que o mesmo “se irradia sobre todos os dispositivos constitucionais, afetando tanto a elaboração de leis quanto todos os atos administrativos.”¹²

Esse princípio deve nortear a interpretação de todo e qualquer dispositivo isolado e ato administrativo, sendo que pode ser vilipendiado se uma decisão judicial atribui a anulação de questão apenas a um candidato. Se o fundamento para a anulação da mesma é violação à legalidade, por que dentro dos estritos limites do controle judiciário, logicamente a questão deve ser atribuída a todos os candidatos, a fim de não restar violado o princípio da isonomia. Diante de dúvidas acerca da interpretação de norma disciplinadora do concurso, o norte de qualquer intérprete e aplicador da lei deve ser sempre a isonomia.

O princípio referido, no âmbito dos concursos públicos, também é vulnerado ao ser instaurada uma demanda judicial questionando gabarito de concurso público. Esse pleito é realizado, em regra, através de Mandado de Segurança, e a questão passa a ser anulada tão somente em relação àquele candidato que pleiteou judicialmente. Em certo aspecto, o efeito de tal ato viola o princípio da isonomia. Como estudado supra, o acesso aos cargos públicos foi regulamentado inclusive pela Constituição Federal, assim como os princípios que regem a Administração Pública, sendo a isonomia um deles. Assim, uma vez obtida anulação judicialmente de uma determinada questão, em regra a decisão judicial atinge tão somente o autor, e os demais candidatos são preteridos.

Há, em algumas decisões, a imposição pelo Judiciário da comprovação de que, ainda que anulada a questão para os demais candidatos, o autor seguiria aprovado no certame. Isso ocorreu no julgamento pelo STF do MS n. 30859, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 28/08/2012:

¹² ATALIBA, Geraldo. República e Constituição, Ed. RT, São Paulo, 1985, p. 133.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES DA PROVA OBJETIVA. DEMONSTRAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO E AOS DEMAIS CANDIDATOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA OBSERVADO. LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO COMPROVADOS. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DAS QUESTÕES EM DECORRÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO DE CONTEÚDO NO GABARITO OFICIAL. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA. 1. A anulação, por via judicial, de questões de prova objetiva de concurso público, com vistas à habilitação para participação em fase posterior do certame, pressupõe a demonstração de que o Impetrante estaria habilitado à etapa seguinte caso essa anulação fosse estendida à totalidade dos candidatos, mercê dos princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da eficiência. 2. O Poder Judiciário é incompetente para, substituindo-se à banca examinadora de concurso público, reexaminar o conteúdo das questões formuladas e os critérios de correção das provas, consoante pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes (v.g., MS 30433 AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES; AI 827001 AgR/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; MS 27260/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Red. para o acórdão Min. CARMEN LÚCIA), ressalvadas as hipóteses em que restar configurado, tal como *in casu*, o erro grosseiro no gabarito apresentado, porquanto caracterizada a ilegalidade do ato praticado pela Administração Pública. 3. Sucede que o Impetrante comprovou que, na hipótese de anulação das questões impugnadas para todos os candidatos, alcançaria classificação, nos termos do edital, habilitando-o a prestar a fase seguinte do concurso, mediante a apresentação de prova documental obtida junto à Comissão Organizadora no exercício do direito de requerer certidões previsto no art. 5º, XXXIV, “b”, da Constituição Federal, prova que foi juntada em razão de certidão fornecida pela instituição realizadora do concurso público. 4. Segurança concedida, em parte, tornando-se definitivos os efeitos das liminares deferidas.

Como já referido e reconhecido no inteiro teor desse julgado, o concurso público é regido pelo signo da isonomia, que demanda a igualdade de tratamento dos candidatos durante todo o curso do processo seletivo – compete à organização do concurso público e à banca examinadora conferir igual tratamento e consideração a todos os candidatos em todas as fases do concurso, de modo a que

se distingam entre si unicamente em virtude de seu desempenho no certame.

Como muito bem referido pelo Relator, *in verbis*:

A situação jurídica do Impetrante não se verifica somente em termos absolutos, isto é, na pontuação alcançada em cada etapa do certame, mas também em função da classificação que atinge em cada uma delas, para o que se faz indispensável verificar a situação dos demais candidatos. Vale dizer, não se cuida apenas de verificar se o Impetrante atende a requisitos mínimos para a aprovação, mas se, observadas as regras previstas no edital do concurso, ele demonstrou estar mais preparado do que os candidatos que lograram classificação inferior. Se é assim – como, de fato, o é –, a anulação de uma ou mais questões exclusivamente em favor do Impetrante viola a isonomia, na medida em que, se é nula uma questão, deverá sê-lo para todos os candidatos, sob pena de alterar uma ordem de classificação baseada no mérito. E, no caso em apreço, a existência de um limite numérico máximo de candidatos aprovados na prova objetiva habilitados a participar da segunda etapa demonstra que a ordem de classificação é um elemento relevantíssimo para o processo seletivo em curso.

Todavia, essa decisão, respeitando o princípio da isonomia, não é pacífica nas Cortes Superiores, sendo que há outras proferidas no sentido de que a questão anulada é atribuída tão somente ao autor da ação, inexigindo-se a comprovação de que, se atribuída a todos, o candidato ainda assim estaria aprovado naquela fase, bem como indeferindo a citação dos demais candidatos. Nesse sentido, o AgRg no AREsp 14849 / MS decidido pelo STJ em 13/11/2012, em que restou definido que: De outro lado, por se tratar de cautelar que pretende anular questões de prova de concurso (exigência de interpretação de texto), por ausência de previsão editalícia, não há hipótese de formação de litisconsórcio passivo com os demais candidatos. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no AREsp 20.530/PI, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 13/10/11; AgRg no AREsp 89.428/BA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 23/05/2012; REsp 1298074/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17/04/2012

3.2 Princípio da Legalidade

Ao princípio da legalidade da Administração Pública relaciona-se diretamente a presunção ou aparência de legalidade que possuem os atos administrativos. Esse princípio é uma segmentação do princípio da separação das funções do Estado, a que Montequieu deu feição definitiva, como já referido anteriormente. Retomando a linha de raciocínio, na origem dos Poderes de Estado, e mais especificamente na retirada dos poderes soberanos do monarca, o princípio da legalidade tomou feições de extrema importância, considerando que era necessário exatamente para frear os atos ilegais e irrazoáveis do Chefe de Estado. Tal princípio, advindo do voluntarismo de Hobbes, irá se incorporar definitivamente ao patrimônio das conquistas liberais e estampar-se-á nas Constituições Democráticas modernas.

Fato é que há um novo conceito de legalidade. Na esteira das contribuições de Norberto Bobbio, Del Vecchio, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Karl Larenz, Claus Wilhelm Canaris e Joseph Esser, o Estado de Direito passou a ter uma normativa que transcende a positiva legalidade clássica. Houve uma consolidação de um constitucionalismo de valores, regras e princípios, sendo que estes últimos estruturam-se deontologicamente aos auspícios que subjazem o ideário axiológico do sistema, dinamizando as opções dos poderes instituídos. Todavia, incontroversa a sua contribuição para a própria conquista dos direitos e garantias fundamentais.

As regras que disciplinam a elaboração do edital devem ser fixadas em lei, diante da previsão do art. 5 da Constituição Federal, configurando o chamado princípio da legalidade. A exigência de lei, em sentido estrito, regulando a realização do concurso público está diretamente relacionada à observância do princípio da isonomia. Acerca do alcance do princípio da legalidade, doutrina Celso Antônio Bandeira de Mello:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições

ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral¹³.

No âmbito da interferência do Judiciário nos atos administrativos, criando direitos, determinando a admissão de candidatos em cargo público, por exemplo, suscita o problema de difícil solução da legitimação democrática dessa atribuição, muitas vezes estimulado pela falta de delimitação específica do limite da atuação dos juízes ao examinarem pleitos judiciais como o referido. Como advertia Montesquieu, se o poder de julgar estiver confundido com o de legislar, ou ainda, com o de administrar a res publica, “o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário”¹⁴. É o governo dos juízes, com o permanente risco de transformar-se, pela ausência de controle, na tirania dos juízes.

4 CONTROLE JUDICIAL – LIMITES

Segundo Maria Sylvia Di Pietro, o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e o discricionário sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diria respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir. Essa distinção entre ato vinculado e discricionário tem fundamento quanto ao controle que o Judiciário pode exercer sobre os mesmos. De fato, em relação aos atos vinculados inexistiria restrição, porque se todos os elementos estão previstos na lei, cabe ao Judiciário examiná-los em relação a sua conformidade com a lei. Já no que se refere aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas, segundo a autora referida: *terá*

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 15 ed., Malheiros Editores, 2003, p. 91.

¹⁴ L'Esprit des Lois, Livro XI, Capítulo 6.

*que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei*¹⁵.

É que a discricionariedade é um poder delimitado pelo próprio legislador: ele, intencionalmente, outorga um espaço para livre decisão administrativa, legitimando previamente sua opção. Então, o Poder Judiciário não pode imiscuir esse espaço deferido pela própria lei, pois estaria, assim, substituindo por seus próprios critérios de escolha, a opção legal e legítima feita pela autoridade responsável.

Algumas decisões e doutrinadores entendem que o Poder Judiciário não pode substituir a banca examinadora, pois só esta tem a capacidade privativa de atribuir a nota da avaliação. O Judiciário fica restrito apenas ao controle da legalidade do edital e ao cumprimento das normas contidas neste. Logo, é incabível ao mesmo apreciar o critério de formulação de provas e notas dos candidatos, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁶. Caso contrário, estaria o Poder Judiciário substituindo a banca examinadora nos critérios de correção de provas e atribuição de notas às mesmas, reanalisando o conteúdo, as questões formuladas e os critérios de correção das provas, ressaltando, apenas, as hipóteses de erro grosseiro no gabarito apresentado, uma vez que, então, estar-se-ia caracterizada a ilegalidade do ato praticado pela Administração Pública. Pela mesma razão, ou seja, por não dizer respeito ao exame de legalidade, não cabe ao Poder Judiciário examinar o conteúdo das questões formuladas para, em face da interpretação dos temas que integram o programa do concurso, concluir, a seu critério, pela compatibilidade, ou não, entre os mesmos, anulando as formulações que não lhe parecerem corretas..

Por outro lado, outra parte da doutrina e jurisprudência entende pelo cabimento da anulação de questões da prova objetiva pelo Poder Judiciário, pois toda conduta deveria observar os preceitos constitucionais. Todavia, entendimento radical nesse sentido usurpa por completo a discricionariedade administrativa, porque invade o poder

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. DIREITO ADMINISTRATIVO, 22 edição. Editora Atlas, p. 217.

¹⁶ STF, MS 30860, Rel. Min Luiz Fux, julgado em 28/08/2012, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3050561>

de escolha da autoridade responsável, com exceção das situações de evidentes erros grosseiros, observados “*icter oliu*”. Evidente que erros grosseiros merecem anulação pelo Judiciário, conforme já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (RESP n. 21.923-5 MG) na qual o Eminentíssimo Ministro Relator, Humberto Gomes de Barros afirma que no estágio atual do Direito Administrativo, o Poder Judiciário não poderia furtar à declaração de nulidade de absurdos evidentes”.

Absurdos evidentes são aqueles que “saltam aos olhos”, desarrazoados. Todavia, importante evidenciar-se a postura judicial no sentido de abandonar uma análise meramente formal, para adentrar nas razões pelas quais os atos administrativos são produzidos, invadindo, muitas vezes, o chamado mérito administrativo.

O STF tem permitido a análise pelo Poder Judiciário da legalidade dos atos administrativos, porque não ofenderia o princípio da separação dos poderes; caberia, segundo a Corte, ao Poder Judiciário, a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três poderes constitucionais e, em vislumbrando mácula no ato impugnado, afastar a sua aplicação¹⁷.

Vê-se, portanto, que a jurisprudência ainda não é completamente pacífica acerca dos limites da atuação do Judiciário, não estando, inclusive, absolutamente clara na definição do que seria o controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Todavia, o questionamento não finda na análise do exame de legalidade; ele vai além, atingindo também a isonomia. É que as decisões citadas, e diversas outras analisadas, não condicionam a anulação à irradiação de seus efeitos a todos os candidatos. Prepondera a máxima de que “o direito não socorre aos que dormem”; porém, quando os efeitos de um ato violam princípios elevados a nível Constitucional, determinadas considerações merecem ser sopesadas, como não apenas o princípio da legalidade, mas também o princípio da isonomia.

¹⁷ STF, AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.531, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 15/12/2011, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4139869>

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que os juízes modernos estão muito além da “boca que pronuncia as palavras da lei” ou dos juízes autômatos, desenhados por Montesquieu. Atualmente, não apenas no sistema da *common Law*, do *judge made Law*, mas também nos sistemas que, como o nosso, relacionados ao Direito Romano, os juízes se transformaram em legisladores. Certamente, não temos no nosso sistema a regra do *stare decisis*, ou força vinculante dos precedentes, o que impede tecnicamente que a jurisprudência seja considerada fonte do Direito. Todavia, a jurisprudência constante, especialmente através dos novos institutos como Súmula Vinculante, exerce papel semelhante ao que o fazia o *ius honorarium*, no Direito Romano. Na época, o direito era o que fosse efetivamente aplicado, e não o *ius civile*. Gaio já afirmava que o *ius civile*, apesar de formalmente vigente, não era nada mais que um *nudum jus*, um direito esvaziado de consequências e efeitos imediatos sobre a realidade.

É de ser valorada a atuação do Judiciário que, muitas vezes, controla e pune o arbítrio ilegal praticado tanto por parte de particulares quanto pelo Poder Público. Todavia, é de ser determinado um limite para essa atuação, especificamente no que se fere aos concursos públicos. É da Constituição que se extraem os princípios legitimadores das condutas e finalidades relativas às seleções públicas e, se ao administrador é também conferida a função de interpretar a Constituição, e o faz também no âmbito de um concurso público, o controle judiciário sob essa atividade exaspera e anula uma atuação legitimada e fundamentada.

Os fundamentos, portanto, para a limitação do controle pelo Judiciário residem na separação de poderes, na impossibilidade de invasão do poder discricionário da Administração e no princípio da isonomia. Assim sendo, resta apenas a legitimidade para controlar e anular ato praticado no âmbito de uma seleção pública se o mesmo for manifestamente ilegal e se a eventual anulação não interferir na esfera jurídica dos demais candidatos, ou seja, se, ainda com a anulação atribuída a esses, o autor teria direito a persistir no certame.

É necessária, ainda, a pacificação da jurisprudência no sentido de permitir o controle pelo Judiciário apenas nos casos de erro grosseiro, bem como quando comprovada a não violação ao princípio da isonomia. São isoladas as decisões que o fazem, merecendo uma maior valoração dessa questão, pois a isonomia é legitimadora e justificadora da própria seleção através de concurso, não podendo ser admitida sua violação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In RDA, n. 217.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição, Ed. RT, São Paulo, 1985, p. 133.

BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e A Efetividade de Suas Normas 2.ed., RJ: Renovar, 1993.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15 ed. Ed. Maleiros, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu, in Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2 edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 28.

DI PIETRO, Maria Sylvia. DIREITO ADMINISTRATIVO, 22 edição. Editora Atlas.

MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno, 17 ed., Revista dos Tribunais.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira e outros. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Ed. Saraiva, 2008.

PIÇARRA, Nuno. A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e

evolução. Coimbra : Coimbra Editora, 1989. SANTOS, Boaventura de Souza. 1997. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Lua Nova, São Paulo, n° 30, p. 105-124.

SARMENTO, Daniel e NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. Ed. Fórum, 2012.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Priscila Tahisa Krause¹
Marcelo Dias Jaques²

RESUMO: O presente estudo consiste em uma análise crítica acerca da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil diante do princípio constitucional da separação dos poderes, que perpassa uma avaliação do papel do Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana. O estudo possui caráter qualitativo e a metodologia adotada consiste fundamentalmente em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Através desta abordagem, traçamos uma reflexão relevante para o cenário brasileiro atual, que, através da compreensão das bases dos direitos e deveres inerentes a tal discussão, busca analisar a situação fática existente, ao final concluindo pela urgência em adotar medidas efetivas para solucionar o problema, sob pena de incidirmos em um verdadeiro colapso do sistema de saúde do país.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Estado Democrático de Direito. Judicialização. Políticas Públicas. Saúde.

1 INTRODUÇÃO

O artigo 196 da Constituição Federal é cristalino ao determinar que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Utilizando-se da prerrogativa contida em tal norma programática, bem como na alegação quanto a uma suposta omissão estatal, cada vez mais pessoas

¹ Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: priscila-krause@pge.rs.gov.br.

² Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Escola de Ensino Superior Verbo Jurídico. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Bolsista FAPERGS. E-mail: marcelo.jaques@hotmail.com.

buscam guarida junto ao Poder Judiciário, pleiteando a concessão das mais diversas medidas na seara da saúde.

Consoante publicado pelo Jornal do Comércio, na reportagem intitulada “SUS teve um total de 128 mil atendimentos prestados por via judicial”, há 74 mil processos em trâmite, no Estado do Rio Grande do Sul, versando sobre a judicialização da saúde pública, sendo que – em média – ingressam mensalmente no judiciário gaúcho mais 1,9 mil novas ações. Tais dados fazem do estado o recordista nacional em número de demandas judiciais desta espécie³.

Aliado a tais dados, tem-se os números contidos na previsão orçamentária deste Ente federado. Desde 2008, o orçamento do Rio Grande do Sul prevê, dentre os recursos destinados à Secretaria Estadual de Saúde, uma rubrica denominada “*gerenciamento de ações judiciais*”, em cuja descrição consta “*cumprir as determinações judiciais, em sede de antecipação ou sentença definitiva para atendimento das demandas de medicamentos, órteses, próteses, entre outros materiais relativos a área da saúde*”. Em 2008, foram destinados R\$ 45 milhões para atendimento a esta rubrica. Em 2013, há previsão de gastos que superam R\$ 188 milhões, o que representa um aumento de 320%. Para este ano, ainda estão previstos no orçamento, gastos na ordem de R\$ 213.693.937,00, na rubrica medicamento - gerenciamento de ações, utilizados para “*Qualificar a Assistência Farmacêutica visando garantir o acesso e o uso racional de medicamentos, incorporando, atendidos aos critérios de eficácia, segurança e custo-efetividade, novas tecnologias no elenco de medicamentos especiais disponibilizados pelo SUS, no Estado do Rio Grande do Sul, diante da falta de protocolos clínicos ou de diretrizes terapêuticas estabelecidas pelo Ministério da Saúde para tratamento de diversas patologias crônicas*”. Ou seja, há uma busca pelo aprimoramento do fornecimento no âmbito administrativo, o que não impediu a constante busca do Judiciário para a solução

³ Matéria publicada na edição impressa de 10 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=133982>>. Acesso em: 28 set. 2013.

de tal questão, fazendo com que 40%⁴ do orçamento destinado à política farmacêutica atualmente esteja sendo direcionado para o atendimento das demandas judiciais.

Conforme consulta ao site Portal Transparência, até 26 de setembro de 2013, já haviam sido gastos R\$ 126.221.841,12 no projeto “Judiciais – Gerenciamento de Ações”, dentro do programa “Gestão, Financiamento e Infraestrutura do SUS”, ou seja, gastos decorrentes de determinações judiciais, o que representa aproximadamente 68% do valor orçado para o corrente ano. Estes valores englobam apenas os gastos com aquisição de medicamentos, próteses e cirurgias, desconsiderando os gastos indiretos de tal proceder, tais como custo da movimentação do Poder Judiciário, da Procuradoria do Estado e da Secretaria de Saúde, que desloca servidores das áreas fins para providenciar o cumprimento de tais determinações⁵.

Tal valor supera a previsão de gastos com os projetos “ampliação e qualificação da rede de urgência e emergência” e “construção, ampliação e qualificação de hospitais regionais”, os quais, juntos, estão orçados em R\$ 97.387.459,00; ou o projeto “saneamento comunitário em saúde”, cujo valor orçado é de R\$ 5 milhões de reais. Nestes projetos, ao contrário da demanda por medicamentos, na qual o único beneficiário é o postulante, há um benefício significativo destinado a um sem número de pessoas.

Porém, para que possamos desenvolver uma análise crítica acerca da judicialização das políticas públicas na área de saúde em nosso país, e em que medida ela representa uma afronta ao princípio

⁴ Aqui já considerados os recursos destinados à contrapartida estadual à assistência farmacêutica básica, de responsabilidade dos municípios, cuja previsão no orçamento de 2013 é de R\$ 76 milhões.

⁵ Portal Transparência. Disponível em: <[---

RPGE, Porto Alegre, v. 34, n. 72, p. 73-105, 2013](http://www.transparencia.rs.gov.br/webpart/system/ConsultaDadosEngine.aspx?x=HMrorCkmBy2lqxMLfTkOb3t-Fbb68R8ZYqoKOxXwaLgMY80qNS0%2f%2bF55Ys7GEfiMs7Pi%2fHx1vjXd-WhzbB4nGvZPa3hHR03sGQVJ8VruDWirBIDm3b%2bwHlkFR0%2bcnfAymeR-WQRDHVtIX3OC42SUu3xnpmoQiucl8Ajsx1OxL%2bIL4p1HEAA3ldhXVuK-gTVVu6blO6nZfQ1w%2faJoccyrD8oMMS0fMYMMpNK5IPi3NerEN%2bNqPB-0veD9kltpqVXS9sEwa8E7rsB7nAsSHAE2SKOIASz8jt%2fGMUFYcAoKzfQIkJ-v9HJAFAKnjRB30QgUhsyfyfKLCyBEO%2fJORWkAIN5HFg3PzZUXqeb0eu9>. Acesso em 28 set. 2013.</p></div><div data-bbox=)

da separação dos três poderes, faz-se necessário entender as bases dos direitos e deveres inerentes a tal discussão.

Por esta razão, o presente estudo busca inicialmente analisar a evolução do Estado nos últimos séculos, iniciando no Estado Liberal e culminando no Estado Democrático de Direito, do qual decorre a separação dos poderes. Em um segundo momento se faz necessário situar o direito à saúde como direito fundamental relacionado com o direito à vida, bem como localizá-lo na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na legislação brasileira vigente.

Após estas etapas teremos construído o embasamento mínimo para que seja possível adentrar o cerne a que o estudo propõe, qual seja, demonstrar em que medida o tema da judicialização das políticas públicas na área da saúde está, ou não, afetando o princípio da separação dos três poderes ou, ao revés, o Poder Judiciário apenas está exercendo a função de checks and balances (freios e contrapesos) frente à possível omissão dos poderes Executivo e Legislativo perante esta matéria.

A judicialização das políticas públicas de saúde, apesar de não ser um tema novo a ser analisado, ainda possui interfaces que merecem um debate muito mais aprofundado.

Face ao exposto, passaremos a analisar, de forma pormenorizada, as seguintes questões basilares: a) a intervenção do Judiciário pode ser equiparada a um saneamento das omissões do Estado Democrático de Direito na atenção ao direito fundamental à saúde, igualmente preconizado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948? Ou então o exponencialmente crescente excesso de ordens judiciais poderá, a curto prazo, inviabilizar a universalidade da saúde, um dos fundamentos do SUS? c) há razoabilidade na intervenção do Judiciário nas políticas públicas que por lei competem ao Executivo? d) quais as alternativas viáveis para iniciarmos o saneamento de tão expressivo problema, se é que ainda há solução para tal?

Este estudo possui caráter qualitativo e a metodologia adotada consiste fundamentalmente em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, que tem como pressuposto a leitura, a análise e a interpretação de textos e/ou documentos que contemplem o tema abordado, em

especial a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

2 O CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito surgiu após uma evolução histórica nas formas de Estado, ou seja, possui uma história constitucional que pretendemos aqui delinear de forma abreviada, e cujo nascedouro poderíamos considerar como sendo o Estado Liberal e o fim, o próprio Estado Democrático de Direito como tal. Neste diapasão, podemos dizer que o Estado Democrático de Direito é resultado de um processo evolutivo iniciado pelo Estado Liberal que, tendo perpassado pelo Estado Social de Direito, transmuta-se finalmente na forma de Estado Democrático de Direito a qual conhecemos na atualidade.

A forma inicial, ou seja, o Estado de Direito é um Estado tipicamente liberal e constitucional surgido em um contexto histórico de passagem da Monarquia absolutista para a Monarquia Constitucional, cujas características, segundo a doutrina de José Afonso da Silva, são a submissão ao império da lei, a divisão de poderes e o enunciado e garantia dos direitos individuais (1999, p. 112). Afora estas características poderíamos acrescentar igualmente a rigidez e supremacia constitucional, bem como o controle de constitucionalidade das leis.

Diante disto, poderíamos asseverar que o Estado de Direito se baseia estritamente no princípio da legalidade, reduzindo-se o Direito à mera lei, de modo a superar a dicotomia entre direito natural e direito positivo, isto porque não se concebia a existência de outro direito, senão o positivo.

Marcado pela expressão *laissez faire*⁶, o Estado Liberal foi um Estado de políticas abstencionistas cujo cerne foi o princípio da liberdade.

⁶ A célebre máxima da escola fisiocrata francesa do século XVIII “Laissez faire, laissez passer: le monde va de lui même” (“deixa fazer, deixa passar: o mundo anda por si mesmo”) é a que melhor expressa a natureza da economia liberal, ou seja, pode ser considerada como expressão-símbolo do liberalismo econômico. Representa a versão mais pura de capitalismo em que o mercado deve funcionar livremente, sem interferência.

Entretanto, apenas a liberdade não foi capaz de promover uma vida digna aos homens. Em sentido contrário, seu uso abusivo ocasionou inclusive inúmeras injustiças sociais, intensificando-se depois da Revolução Industrial.

Insatisfeito, o povo passou a buscar melhores condições de saúde, trabalho, educação, lazer e econômicas. Diante do movimento social, o Estado de Direito quase foi rompido. Não podendo mais se justificar como liberal, precisou abrir mão de sua neutralidade e agregar-se à sociedade, sem, contudo renunciar ao primado do Direito, ou seja, apesar de ter cedido às pressões sociais manteve o primado da lei.

Então, o Estado Social de Direito, continua sendo um Estado submisso à lei, mas não a qualquer lei e sim à lei que vise o bem estar social.

A passagem do Estado de Direito para o Estado de bem estar social (Welfare State) marca a transformação de um Estado abstencionista norteadado pelo princípio da liberdade em um Estado intervencionista, pautado no princípio da igualdade material, ou ainda, poderíamos dizer que deixa de ser um Estado mais livre e menos justo para ser menos livre, porém mais justo.

Quanto a esta transformação do Estado Liberal em Estado Social de Direito, importantes as palavras do jurista Jorge Miranda:

Século marcado por convulsões bélicas, crises econômicas, mudanças sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes (mas não sem contradições), o século XX é, muito mais do que o século anterior, a era das ideologias e das revoluções. Desembocam nele todas as grandes correntes filosóficas e acelera-se o ritmo dos eventos políticos. É, portanto, o século em que o Direito Público sofre poderosíssimos embates e em que a fase liberal do Estado constitucional vai seguir-se uma fase social (2000, p. 88).

Inobstante o fato do Estado Social de Direito pautar-se pela busca da realização do bem estar social, ainda não podemos caracterizá-lo como um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que este último necessita de determinado fator que alguns Estados Sociais não apresentaram. Tal fator consiste na legitimidade do exercício do poder político.

Classicamente, se entende a Democracia como um governo do povo, para o povo e pelo povo que exerce diretamente ou via representantes. A origem etimológica da palavra “democracia” advém da expressão grega *demos* que significa povo e *kratos* que significa poder.

Diante do exposto acima podemos dizer que o conceito de Estado Democrático de Direito é correlato a um outro conceito, o da legitimidade, na medida em que esta – como sendo o respaldo daquele que exerce o poder político na vontade popular – é pressuposto daquele, ou seja, sem legitimidade não há democracia. Aqui é possível questionar um dos argumentos utilizados contra a chamada judicialização das políticas públicas. O Poder legitimado para estipular as políticas públicas é o poder legislativo, que faz e aprova as leis, aliado ao Poder Executivo, os quais são escolhidos pelos cidadãos através do voto popular, o que os legitima a estipular as políticas públicas. Questiona-se se eventuais interferências do Poder Judiciário em tal seara representaria uma afronta a esta repartição de poderes, culminando, ao fim, em uma afronta ao Estado Democrático de Direito e à própria democracia, eis que os juízes não são legitimados pelo voto popular a tomar tais decisões.

Neste sentido, o Estado Democrático de Direito consiste em um Estado no qual a preponderância da vontade popular na sua organização política, social, econômica e ideológica é característica basilar.

Quanto à configuração do Estado Democrático de Direito mister salientar o que ensina a doutrina de José Afonso da Silva, que assevera que “não significa unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito” (1999, p. 119). Para este importante jurista, consiste na criação de um novo conceito, levando em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*⁷.

Ao tratar da importância da Constituição Federal de 1988, Bedin e Santos destacam que “de fato, a nova Constituição deu

⁷ O conceito inicial do *status quo* tem origem na expressão diplomática *in statu quo ante bellum*, que significa “como era antes da guerra”, que significava recuperar a situação de poder e liderança que havia antes de uma guerra.

ao Brasil um arcabouço jurídico-político fundamental. Nesta nova configuração, ganhou destaque o forte reconhecimento dos direitos humanos (artigos 5º ao 17 da CF)” (BEDIN, 2012, p.388).

A Carta Magna brasileira consagra o Estado Democrático de Direito já em seu artigo 1º, arrolando como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, senão vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Desta forma, fundamentados em preceitos constitucionais, podemos dizer que o Estado Democrático de Direito está baseado no princípio da legalidade (artigo 5º, II), porém, não na legalidade formal e sim material, a medida em que tem como objetivo a realização de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I); garantindo o desenvolvimento nacional (artigo 3º, II); erradicando a pobreza, a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III), além de promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV). Constitui-se, assim, em democrático forte no que preceitua o parágrafo único do artigo 1º, que determina que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição”.

Diante destes aspectos poderíamos definir o Estado Democrático de Direito como qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica, ou em outras palavras, aquele Estado que busca

a realização do bem estar social sob a égide de uma lei justa e que assegure a participação mais ampla possível do povo, no processo político decisório.

3 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A TUTELA DA SAÚDE PELA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E PELA LEGISLAÇÃO PÁTRIA BRASILEIRA

Ao analisarmos o desenvolvimento social da humanidade e seus direitos fundamentais, conquistados ao longo da história, podemos dizer que os mesmos foram formalmente alçados à categoria de Direitos Humanos propriamente ditos – universais e positivos - em 1948 através da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Dentre eles, destacamos o Direito à Saúde, objeto de análise no presente estudo.

Quanto ao direito fundamental à saúde, impossível dissociarmos sua essência do direito à vida. Poderíamos assim dizer que o direito à saúde está intrinsecamente ligado ao direito à vida, fazendo dele parte. Para Nelson Oscar de Souza o direito à vida é o direito primordial: “Sem ele os demais carecem de sentido. Constitui o direito fundamental por excelência. Deste direito decorrem os demais. É o bem maior” (1998, p. 240).

Para Bedin (2002, p. 44) o direito à vida é um direito elementar que transpassa todo o mundo moderno. Para ele “este direito está tão arraigado em nosso cotidiano que qualquer iniciativa em restringi-lo torna-se, de imediato, uma questão polêmica”.

Ainda quanto à importância da saúde enquanto direito fundamental do ser humano, não poderíamos nos eximir de destacar as palavras de Amartya Sen: “a saúde está as mais importantes condições da vida humana e é um constituinte criticamente significativo das capacidades humanas que temos razões para valorizar” (2010, p. 76).

A consciência de que a saúde constitui um direito fundamental – essencial – do ser humano, merecendo atenção especial do Estado quanto à sua proteção e tutela, é uma construção decorrente de uma longa evolução, não apenas do direito em si, mas da idéia de em que consiste a saúde (FIGUEIREDO, 2007, p. 77).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é cristalina ao conferir à “toda” pessoa um padrão de vida suficiente para assegurar a si e a sua família a saúde e o bem estar (artigo XXV da DUDH). Já o artigo 6º da Constituição Federal brasileira, por sua vez, relaciona a saúde como direito social, alçando-a ao patamar de direito fundamental. .

O texto contido no artigo 196 da Carta Magna segue no mesmo sentido, estabelecendo de maneira contundente: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”, devendo ser garantida através de políticas sociais e econômicas com vistas à minoração dos riscos de doença e de outros agravos e propiciando o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Tais artigos foram regulamentados através da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Esta lei, em seu artigo 6º, estabelece como campo de atuação do Sistema Único de Saúde - SUS - a “formulação da política de medicamentos (...) de interesse para a saúde (...)”.

Esta política apresenta um conjunto de diretrizes para alcançar estes objetivos, que incluem como prioridade a revisão permanente da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME⁸, a reorientação da assistência farmacêutica, a promoção do uso racional de medicamentos e a organização das atividades de Vigilância Sanitária de medicamentos.

Imperioso destacar também o Decreto 7.508 de 28 de junho de 2011, que em seu artigo 28 *caput* determina os pressupostos para o acesso universal e igualitário à política farmacêutica.

Em atendimento a tais normativos, o Ministério da Saúde publicou a Portaria MS/GM nº 533, de 28 de março de 2012, que estabelece e revisa o elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME. A RENAME/2012

⁸ A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) é uma publicação do Ministério da Saúde na qual constam os medicamentos referendados para combater as doenças mais comuns que atingem a população brasileira. Os estados utilizam a RENAME para elaborar suas listas de assistência farmacêutica básica.

foi elaborada a partir das definições do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2008 e estruturada de acordo com a Resolução nº 1/CIT, de 17 de janeiro de 2012. A RENAME/2012 contempla os medicamentos e insumos disponibilizados no SUS por meio do Componente Básico da Assistência Farmacêutica, Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica, Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, além de determinados medicamentos de uso hospitalar.

Assim, dada a importância do direito à saúde, eis que diretamente relacionado com o direito à vida, e sua evolução histórica, acompanhando o desenvolvimento da sociedade moderna, podemos dizer que o direito à saúde é um direito social que apresenta uma dupla dimensão defensiva e prestacional. Na condição de direito de defesa – liberdade negativa – o direito à saúde está relacionado ao direito de respeito, o que Figueiredo explica como “não afetar a saúde de alguém, mas, sim, preservá-la” (2007, p. 88).

Dado o direito positivado como vimos acima, podemos concluir no sentido da real existência de um dever que incumbe ao Estado no sentido de executar medidas concretas para a efetivação da saúde pública. Nesta senda, o cidadão seria o titular deste direito, podendo exigir sua prestação, seja ela normativa ou material, conforme melhor analisado no tópico a seguir.

4 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL: INTERVENÇÃO EXCESSIVA DO PODER JUDICIÁRIO VERSUS OMISSÃO ESTATAL

Para se analisar a possível intervenção excessiva do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, parte-se do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Suspensão da Tutela Antecipada n. 175, a qual bem sintetiza e racionaliza a questão, podendo, em síntese, ser resumida da seguinte forma: é possível, ao Judiciário, a intervenção nas políticas públicas quando haja uma omissão indevida do Poder Legislativo e do Executivo nesta seara?

A grande questão que se apresenta é: está ocorrendo esta omissão, a qual embasaria e/ou legitimaria ações do Poder Judiciário? Ou

então, ao revés, o Poder Judiciário estaria se imiscuindo em questões de outro Poder, em uma afronta ao princípio da separação dos poderes e, em uma última análise, ao Estado Democrático de Direito?

Nos termos do afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada - STA n. 175 AgR/CE, relator Min. Gilmar Mendes, 17.03.2010⁹, “*Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos*”.

Este julgado se deu após a realização de uma audiência pública sobre o tema¹⁰, e as discussões travadas e conclusões resultantes da Audiência Pública serviram de base argumentativa para o voto condutor proferido pelo Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da STA supra referida, referência hoje no estudo do tema, já que estabeleceu diretrizes na realização de providências estatais, bem como reconheceu a indispensabilidade de atuação ou não do Poder Judiciário, passando-se a delinear critérios ou parâmetros para a interferência do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde.

⁹ Trata-se de suspensão de tutela antecipada intentada contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível nº 408729/CE (2006.81.00.003148-1), na qual havia sido concedida liminar ordenando ao Município de Fortaleza, o Estado do Ceará e a União a fornecer medicamentos, e cuja primordial preocupação foi no sentido de solucionar a colisão do direito fundamental à saúde, à vida e à dignidade com diversos outros princípios também configuradores do Estado Democrático de Direito (separação de poderes, princípio democrático, reserva do possível, discricionariedade administrativa).

¹⁰ “A Audiência Pública, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Os esclarecimentos prestados pela sociedade a esta Audiência Pública serão de grande importância no julgamento dos processos de competência da Presidência que versam sobre o direito à saúde. Hoje, tramitam no Tribunal os Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nºs 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nºs 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança nºs 2361, 2944, 3345 e 3355, processos de relatoria da Presidência”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

de¹¹. A partir destas novas diretrizes, restou reforçada a obediência às políticas públicas e a necessidade de sujeição do indivíduo aos procedimentos próprios do SUS. Somente em caráter excepcional será possível o deferimento judicial de direito prestacional, em caráter supletivo às prestações já atendidas pelo Estado.

¹¹ A orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal foi sintetizada em bem lançado parecer, da lavra do Excelentíssimo Procurador Regional da República, Paulo Gilberto Cogo Leivas (em parecer exarado nos autos agravo de instrumento n.º 2009.04.00.026734-2), nos seguintes pontos:

1) Verificação da existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Em existindo tal política, o STF afirma que direito subjetivo público à saúde é evidente. Em não existindo tal política, passar-se-á à segunda etapa; Na segunda etapa analisa-se se a não-prestação de saúde pleiteada decorre de: 2a) omissão legislativa ou administrativa; 2b) de uma decisão administrativa de não fornecê-la; 2c) vedação legal a sua dispensação. Um caso da hipótese '2c' (vedação legal a sua dispensação) é quando o fármaco não possui registro na ANVISA, embora mencione que a Lei 9.783/99 permite a que agência dispense de registro medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais. 3) Em relação à hipótese '2b' (decisão pelo não-fornecimento), o Ministro-Presidente apresenta duas situações distintas: 3a) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 3b) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. Na hipótese '3a' (o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente), a posição do juiz tem de ser a de privilegiar os 'Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas' fundados na 'Medicina baseada em Evidências'. O privilegiar os protocolos não significa, contudo, que o Poder Judiciário e a própria Administração não possa decidir de modo diferente ao do protocolo se 'por razões específicas do seu organismo', comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso'. Além disso, os próprios protocolos não são inquestionáveis e permitem sua contestação judicial. 4) Na hipótese '3b' (o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia), o Ministro-Presidente apresenta duas novas situações distintas: 4a) tratamento puramente experimentais; 4b) novos tratamentos ainda não incorporados pelo Sistema Único de saúde. Define tratamento puramente experimentais como aqueles sem comprovação científica de sua eficácia e testados em pesquisas clínicas. Com relações a esses, o Ministro Gilmar Mendes é enfático: 'o Estado não pode ser condenado a fornecê-los'. Já em relação à hipótese '4b' (novos tratamentos ainda não incorporados pelo Sistema Único de Saúde), afirma que a omissão administrativa em não fornecer o medicamento pode ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais quanto por ações coletivas. Contudo, adverte: 'é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar', bem como adverte contra a 'produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peça processuais que muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado'.

Segundo orientação do Ministro Gilmar Mendes, o primeiro critério a se identificar em ações que norteiam a dispensação de fármacos é a existência ou não de políticas públicas que alcance a prestação de saúde requerida. Neste viés, o Judiciário, ao deferir o cumprimento de tratamento já incluído nas políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, não estaria criando política pública. Por outro lado, se a pretensão pleiteada não estiver abrangida pelas políticas do Sistema Único de Saúde, necessário definir se a não concretização do direito se deu por: (a) uma omissão legislativa ou administrativa; (b) de uma decisão da administração de não fornecê-la; (c) de uma vedação legal ao seu fornecimento.

O referido ministro salientou, ainda, que obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, o que seria capaz de prejudicar ainda mais o atendimento médico da população mais necessitada¹². Assim, considerou ele, deve ser dada a prevalência do tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente, ou seja, medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida

¹² Nas palavras de Barroso: “O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios de voluntarismos diversos. Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar a não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo. (...) Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se esta diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito a vida e a saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e a saúde de uns *versus* o direito a vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão”. Op. Cit.

a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso¹³.

Neste ponto, é possível afirmar que há um excesso de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, afirmação a ser corroborada pelos exemplos trazidos logo abaixo. Se em alguns casos há, de fato, uma legitimidade para agir do Poder Judiciário, calcada na colmatação da omissão dos outros poderes, na grande maioria das vezes tal legitimidade não se encontra presente, eis que não havia uma omissão estatal a justificar tal agir, e, ainda, sem a necessária fundamentação/motivação de tal agir, tema que será melhor explicitado no próximo tópico.

5 DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O art. 196 da Constituição Federal prevê que a saúde é um direito de todos, dever do Estado, a ser implementado mediante políticas públicas. Tal artigo constitucional foi regulamentado pela lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Passa-se, agora, a analisar o contido nesta lei e demonstrar que o Poder Judiciário, ao deferir de forma indiscriminatória praticamente todos os pedidos de medicamentos¹⁴, subverte o contido nestes comandos legais, sem a devida

¹³ “Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Ministro Gilmar Mendes – STF/Plenário” (17/03/2010 STA 175 - Min. Gilmar Mendes)

¹⁴ Em relação à quantidade proporcional de ações julgadas procedentes ao demandante, ou seja, desfavoráveis ao Ente Público, de acordo com levantamentos realizados pela Procuradoria-Geral da União, extraídos do Sistema Integrado de Controle das Ações da União (SICAU), referentes ao período de 12 meses compreendido entre outubro de 2011 e setembro de 2012, tem-se que a União é vitoriosa em cerca de 30% das demandas que envolvem decisões judiciais na área de medicamentos em todo o Brasil. Este relatório, elaborado pela Procuradoria-Geral da União, está dividido por unidade da federação e, dentro de cada Unidade

fundamentação, ferindo, ao final, o contido no art. 5º, inciso LV, da CF/88, a qual prevê o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, do qual se extrai a necessidade de fundamentação da decisão, fundamentação essa que se entende que deve ser substancial, e não apenas formal, tal como tem ocorrido na presente matéria, no qual os julgadores, em sua grande maioria, embasam sua decisão, unicamente, no direito à vida e no art. 196 da CF, aparentemente apenas em sua primeira parte, a qual prevê o dever do Estado, mas sem respeitar o comando constitucional que determina que esse dever deve ser exercido através de políticas públicas.

Tem-se, por exemplo, o desrespeito, pela jurisprudência, mormente a do tribunal gaúcho, aos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDTs -, cuja definição normativa foi incluída no ordenamento jurídico nacional por meio da Lei nº12.401 de 28 de abril de 2011, que alterou a Lei 8.080/90, incluindo o art. 19-N e seguintes.

Na pesquisa jurisprudencial realizada no site do TJRS, considerando o período de janeiro a junho de 2013, constatou-se que em 683 ações foi alegado o desrespeito aos protocolos clínicos vigentes¹⁵. Sobre esta questão, a jurisprudência do TJRS é uníssona em afirmar que os protocolos clínicos não possuem caráter vinculante, servindo apenas como parâmetro de tratamento ideal, e que *“A credibilidade da prescrição efetuada pelos médicos que prestam atendimento ao*

da Federação, por Procuradoria responsável pela ação. No Estado do Rio Grande do Sul, segundo tal estudo, em média, 64% das decisões são desfavoráveis à União, sendo que a Procuradoria-Seccional da União - Passo Fundo – RS apresenta a pior média de ações desfavoráveis (79%), e a Procuradoria-Seccional da União - Bagé – RS a melhor (42%). Intervenção Judicial na Saúde – 2013, disponível em Disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama%20da%20judicializa%C3%A7%C3%A3o2013.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2013. Não há dados oficiais disponíveis referentes ao Estado do Rio Grande do Sul. Dentro dos 3.880 julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no período de janeiro a junho de 2013, constatou-se que em apenas 5% das ações o Ente Público saiu vitorioso ou parcialmente vitorioso da demanda.

¹⁵ Porém em cerca de 60 destas ações se constatou que não havia um Protocolo Clínico vigente para a doença que acometia o demandante, de forma que houve um erro em alegar tal circunstância na defesa apresentada.

autor é suficiente para desautorizar argumentos contrários à adequação e eficácia do medicamento prescrito, não se configurando empecilho ao dever prestacional do ente público observância a Protocolos Clínicos do Ministério da Saúde, assim como manifestação técnica, genérica, dos médicos consultores da SES”¹⁶.

Esta jurisprudência consolidada do TJRS vai de encontro à chamada medicina baseada em evidências, adotada tanto pelo Ministério da Saúde, quanto pela Organização Mundial de Saúde, e está em desacordo com decisão já proferida pelo STF:

Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. (Min. Gilmar Mendes STA 244/ PR – PARANÁ. 18 de setembro de 2009)

Para a jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça gaúcho, o laudo médico da SES possui conteúdo geral e não deve preponderar sobre o atestado emitido pelo médico assistente da parte autora, tal como visto acima, o que vai de encontro ao afirmado pelo STF, no sentido de que deve ser dada prevalência do tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Para o TJRS, há uma presunção de que o tratamento da parte autora está correto e é o mais eficiente dentre os tratamentos disponíveis no mercado, cabendo ao Estado comprovar o contrário. Ou seja, enquanto para o STF o ônus da prova compete à parte autora, a qual deve comprovar o porquê do medicamento

¹⁶ Neste sentido, a título exemplificativo, tem-se os julgados Apelação Cível N° 70055282909, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 27/06/2013 e Apelação Cível N° 70055007009, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 26/06/2013, respectivamente.

disponível no Sistema Único de Saúde não ter eficácia no seu caso; para o TJRS cabe ao Estado comprovar que o tratamento do SUS é adequado ao caso concreto.

Contudo, há um agravante no caso descrito: muitos juízes indeferem os pedidos de prova requeridos pelo Estado, seja para intimar o médico assistente da parte autora para que este informe os motivos da prescrição de determinado medicamento ou se é possível a alteração terapêutica por fármacos disponíveis na rede pública; seja quando é requerido perícia com um terceiro imparcial. Consoante pesquisa jurisprudencial no site do TJRS, no período de 01 de janeiro a 30 de junho de 2013, considerando os vernáculos medicamento e cerceamento de defesa, retornaram 660 processos em que tal nulidade foi alegada. Em apenas 09 processos se considerou que *“Traduz cerceamento de defesa o julgamento antecipado, sem ter sido oportunizado a produção de prova pericial expressamente postulada na contestação”*¹⁷ e que *“O acesso a medicamento fora das listas públicas depende da prova da ineficácia ou da inadequação dos fármacos e procedimentos disponibilizados no SUS. Precedente do STF”*¹⁸; bem como deve *“impor-se ao julgador a busca por privilegiar medida menos onerosa ao erário, na esteira da jurisprudência da Corte Suprema”*¹⁹.

Nos demais se considerou que *“Consoante dispõe o art. 130 do CPC, cabe ao magistrado, como destinatário final da prova, avaliar a pertinência e a oportunidade da prova que se pretende produzir”*²⁰ e que *“Não há cerceamento de defesa quando há nos autos documentação suficiente para comprovar a necessidade da utilização da medicação postulada pela parte autora. O fornecimento gratuito de medicamentos e demais serviços de saúde constitui responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, derivada do artigo*

¹⁷ (Apelação Cível Nº 70052180494, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 28/02/2013)

¹⁸ (Agravo Nº 70052553393, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 28/02/2013)

¹⁹ (Apelação Cível Nº 70054287826, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 22/05/2013)

²⁰ (Apelação e Reexame Necessário Nº 70054766068, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 25/07/2013)

196 da Constituição Federal c/c o art. 241 da Constituição Estadual. Precedentes do STF e STJ. Não é possível a substituição dos fármacos solicitados na inicial, conforme Laudo elaborado pela Equipe de Consultores da Secretaria Estadual da Saúde, devendo prevalecer a prescrição do profissional que acompanha a paciente e a evolução do seu quadro de saúde”²¹.

Acaso realizada pesquisa com os vernáculos medicamento e Departamento Médico ou DMJ, retornam 48 resultados, sendo que em 04 demandas não foi aceita a argumentação do Estado no sentido de possibilidade de substituição dos fármacos pleiteados por alternativas terapêuticas disponíveis na rede pública, ainda que a perícia realizada naquele feito tenha concluído como correta a argumentação estatal²². Ou seja, ainda que a lei determine a necessidade

²¹ (Apelação e Reexame Necessário Nº 70054652714, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 24/07/2013)

²² A título exemplificativo, segue ementa abaixo. Os demais processos que não acataram as conclusões do Departamento Médico Judiciário – DMJ- foram Apelação Cível Nº 70054483896, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 29/05/2013; Apelação Cível Nº 70053870556, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 08/05/2013; e Apelação Cível Nº 70052771417, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 06/03/2013.

Ementa: CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO. ARTIGOS 23, II E 196, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IRRELEVÂNCIA DE OS MEDICAMENTOS NÃO ESTAREM PREVISTOS EM LISTA. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA. De acordo com firme orientação do Supremo Tribunal Federal, o direito à saúde é dever do Estado, lato sensu considerado, a ser garantido modo indistinto por todos os entes da federação - União, Estados, Distrito Federal e Municípios -, forte nos artigos 6º, 23, II e 196, da Constituição Federal, independentemente da previsão do medicamento pleiteado nas listas do SUS, ou especificamente na lista correspondente ao ente demandado, na esteira, aqui, de precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça. CREDIBILIDADE DA PRESCRIÇÃO EFETUADA PELO MÉDICO QUE PRESTA ATENDIMENTO AO AUTOR. A credibilidade da prescrição efetuada pelo médico que presta o atendimento à parte autora, aliada à prova documental carreada aos autos, é suficiente para desautorizar a substituição, prevalecendo, no caso concreto, à conclusão do Departamento Médico Departamento Médico Judiciário. INCLUSÃO, SUBSTITUIÇÃO OU

da edição dos PCDTs, o que vem sendo feito pela administração pública, a validade de tal instituto não vem sendo aceita pelo Poder Judiciário, o qual afasta a sua importância, na grande maioria das vezes, sem qualquer prova de sua ineficácia ou não efetividade, baseado unicamente no que é alegado pela parte autora.

O próprio Conselho Nacional de Justiça, no bojo da Recomendação nº 31/2010 já manifestou a preocupação quanto à instrução processual desse tipo de demanda, nos seguintes termos:

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

Há um segundo exemplo que demonstra que a jurisprudência subverte o contido nos preceitos legais sem a devida fundamentação. Nos termos da legislação vigente, a incorporação de novos medicamentos deve ser feita através da CONITEC - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, órgão colegiado de caráter permanente, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, que tem por objetivo assessorar o Ministério nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, bem como na constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, pela lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011.

Tal lei prevê que os estudos para inclusão de um medicamento na rede público será “concluído em prazo não superior a 180 (cento

ALTERAÇÃO DE DOSAGEM DE FÁRMACOS. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO DESDE QUE DEMONSTRADA A NECESSIDADE DO AUTOR. A inclusão, substituição ou alteração de dosagem de medicamentos no curso da lide, diante do quadro clínico apresentado, não implica qualquer violação processual, mas sim, adequação ao pedido, pois o objeto da ação corresponde ao tratamento médico necessário para cessar a enfermidade. (Apelação Cível Nº 70054218649, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 22/05/2013)

e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem”, e com ampla participação popular, através da realização de consultas públicas.

A CONITEC-SUS, quando desempenhando a atribuição de analisar tecnologias de saúde, deverá levar em conta, necessariamente, os seguintes aspectos: as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo de incorporação, bem assim a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Tais mudanças refletem a preocupação, por parte da Administração Pública, em atualizar e padronizar o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS, além de demonstrar, de forma clara, a adoção da medicina baseada em evidências pelo sistema público de saúde, o que, contudo, não refletiu em uma mudança de postura por parte da jurisprudência.

Esmiuçando a jurisprudência do TJRS, constatou-se que, especificamente dos processos relativos ao fornecimento de medicamentos para combater a Doença de Alzheimer (a qual possui PCDT vigente), em 71% deles estava sendo requerida a dispensação do fármaco cloridrato de memantina. Tal medicamento já foi analisado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC/ SUS – a qual decidiu pela não incorporação de tal fármaco no âmbito do SUS.

Nos termos do contido na Nota Técnica ABS N° 23/ 2012/ NUT/ CODAJUD/ CONJUR-MS²³:

O medicamento desta Nota Técnica já foi analisado pela CONITEC-SUS, que deliberou por NÃO INCOPORAR A REFERIDA TECNOLOGIA NO ÂMBITO DO SUS, nos termos dos documentos em anexo. Assim, consoante decidido pela CONITEC, passa-se a expor os motivos principais asseverados para NÃO INCOPORAR A REFERIDA TECNOLOGIA NO ÂMBITO DO SUS:

²³ Disponível em: <<http://portalsaude.gov.br/portalsaude/arquivos/Cloridrato%20de%20memantina.pdf>>. Acesso em 04 ago. 2013.

“A memantina mostrou ser segura nos estudos clínicos avaliados e houve superioridade da memantina em relação ao placebo para as fases moderada a grave na doença de Alzheimer. Entretanto, a relevância clínica destes achados e a sua segurança de longo prazo foram consideradas insuficientes para justificar uma decisão favorável. Não foram localizados estudos capazes de demonstrar a efetividade da memantina para o tratamento da doença de Alzheimer.”

6. Como a Food and Drug Administration - FDA avalia o Medicamento?

A Food and Drug Administration – órgão regulador de medicamentos nos Estados Unidos concedeu o registro para este medicamento, entretando não o indicou para o uso no tratamento da patologia demência.

7. Quais os países, com sistemas públicos de saúde semelhantes ao do Brasil, já analisaram e não asseguraram a dispensação pública do medicamento?

Para a análise dessa questão, foram considerados os Países que têm sistemas públicos de saúde semelhantes ao do Brasil, ou seja, universais, como no caso do Canadá, Escócia e Austrália que não recomendam este medicamento devido não terem observado melhoria estatisticamente significativas em relação aos demais, além do argumento econômico. Esses países analisaram a incorporação do cloridrato de memantina, e NÃO RECOMENDARAM a incorporação do mesmo em seus sistemas públicos de saúde.

Assim, tem-se uma clara decisão da administração de não fornecer o medicamento cloridrato de memantina para a patologia doença de Alzheimer; e não uma omissão da Administração Pública, utilizando-se a diferenciação proposta pelo Ministro Gilmar Mendes. Mesmo assim, 1146 pessoas estão cadastradas no Sistema AME²⁴ para receber tal fármaco, cujas dispensações foram determinadas pelo Poder Judiciário.

Pode-se citar outros exemplos para comprovar o desrespeito pelo Poder Judiciário com relação às políticas públicas adotadas, demonstrando que o caso do cloridrato de memantina não é apenas uma exceção à regra de não-interferência. As fraldas geriátricas, por exemplo, estão disponíveis para aquisição junto a Farmácia Popular, com preços

²⁴ Sistema que controla a dispensação de medicamentos à população do Estado do Rio Grande do Sul.

subsidiados pelo Governo Federal²⁵. Contudo, no período de janeiro a junho de 2013, o TJRS julgou 464 processos referente a esta matéria, julgando procedente o pedido - e, portanto, determinando a entrega de tal insumo de forma gratuita pelo Estado – em 346 ações. Em todos os processos, seja pelo deferimento, seja pelo indeferimento, foi analisado se aquele pedido se enquadrava como bem essencial ou não, se era bem de higiene dispensável ou não²⁶, mas não se analisava que já havia uma política pública implantada para aquela questão.

Neste viés é possível afirmar que o Judiciário, ao deferir tais medicamentos e insumos, está afrontando a separação dos poderes, ao interferir de forma clara em uma política pública de saúde pré-definida pelo Poder Executivo, órgão legitimado constitucionalmente para tais escolhas. Há que se asseverar que, constitucionalmente, há previsão de universalidade do atendimento, não, porém, de gratuidade na dispensação dos fármacos, de forma que a adoção de iniciativas públicas de fornecimento de medicamentos a preços subsidiados e/ou através de sistema de co-pagamento, tal como o Programa Farmácia Popular, são constitucionais e válidas na tentativa de diminuir os crescentes gastos na área da saúde, em especial da assistência farmacêutica, em detrimento às ações primárias e preventivas.

²⁵ O fornecimento de fraldas geriátricas é feito através do Programa Farmácia Popular, Aqui tem Farmácia Popular, ou seja, com sistema de co-pagamento, no qual parte dos recursos são pagos pelo Governo Federal e parte pelo consumidor final. Atualmente, o preço médio de tal insumo é de R\$ 0,72, sendo que o ente público paga R\$ 0,64 por unidade, limitado a 4 fraldas por dias por beneficiário, nos termos do disposto na Portaria GM/MS nº 971, de 17 de maio de 2012.

²⁶ Por exemplo, “As fraldas geriátricas são essenciais à proteção da saúde e da dignidade do adulto enfermo e não se tratam de mero item de conforto, facilitador de determinada situação pouco incômoda, passíveis de substituição simples e por item tão eficaz quanto” (Apelação Cível Nº 70055180103, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 27/06/2013) e “Por não se tratar de medicamento capaz de evitar iminente perigo de vida, mas de recurso facilitador utilizado nos cuidados higiênicos do paciente, passível de substituição, não pode ser imposta ao ente público a obrigatoriedade do fornecimento de fraldas, sob pena de comprometer verba pública a ser destinada a outros medicamentos excepcionalmente necessários”. (Agravo Nº 70055199715, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 27/06/2013).

No momento que a Administração Pública deixa de priorizar suas políticas públicas, que beneficiariam um número maior de pessoas, para, diante dos escassos recursos públicos, direcionar recursos cada vez mais vultosos para atender as determinações judiciais, há uma invasão de competência pelo Poder Judiciário, uma afronta ao poder discricionário da administração pública e da universalidade das políticas públicas na área da saúde²⁷. Neste sentido, tem-se o exposto por Daniel Sarmiento²⁸:

“É evidente, porém, que em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalecentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido uníssona no sentido de que incumbe aos Poderes Legislativo e Executivo, precipuamente, a formulação e execução de políticas públicas. Mais especificamente, cabe ao Poder Executivo a elaboração e a implementação das políticas públicas, observados os marcos e as diretrizes estabelecidas pelo Poder Legislativo²⁹.

²⁷ Conforme BARROSO: “Uma ultima observação: em muitas situações, o legislador realiza ponderações em abstrato, definindo parâmetros que devem ser seguidos nos casos de colisão. Quando isso ocorrer, não deve o interprete judicial sobrepor a sua própria valoração a que foi feita pelo órgão de representação popular, a menos que esteja convencido – e seja capaz de racionalmente demonstrar – que a norma em que se consubstanciou a ponderação não é compatível com a Constituição”, in *op. cit.*

²⁸ In *A ponderação de interesses na Constituição*, 2000, p. 114.

²⁹ Consoante BARROSO, “O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. Na frase inspirada de Gilberto Amado, ‘querer ser mais do que se e, e ser menos’”, in *op.cit.*

Nesse contexto, somente no caso de omissão injustificada de tais poderes, e de forma excepcional, estaria o Poder Judiciário autorizado constitucionalmente a atuar para tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, de que é exemplo o direito à saúde, tal como constou na argumentação do Min. Celso de Mello na ADPF 45, para quem *“Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional”*.

Há que se ressaltar que o direito à saúde não é absoluto, tal como se depreende da jurisprudência dominante do TJRS, mas sim é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Desse modo, não há direito a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Nesse sentido, aliás, é o entendimento perfilhado pelo Min Gilmar Mendes no AgR – STA175:

A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, artr. 197)”, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço. (AgR-RE n. 271.286-8/RS, Rel. Celso de Mello, DF 12.09.2000). **Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário par a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma po-**

lítica pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (...) Assim, a garantia judicial da prestação individual de saúde, prima facie, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso.

É impossível o reconhecimento absoluto à saúde, “ao menos sem que se fundamente o critério de opção na colisão desse ‘direito’ com normas constitucionais como a isonomia, a impessoalidade e a motivação, que demandam a adoção de critérios claros e sindicáveis na alocação dos recursos escassos”³⁰, ponderação não realizada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

6 CONCLUSÃO

O termo judicialização da saúde envolve casos em que a parte pleiteia medicamentos já incorporados à rede pública de saúde e casos em que a parte solicita a sua inclusão e o fornecimento gratuito pelo Ente Público. A crítica é feita apenas com relação ao segundo caso. Se em um primeiro momento esta judicialização foi vista como algo positivo, eis que se refletiu em uma necessária mudança do Poder Executivo (vide as constantes alterações nos Protocolos Clínicos, e a incorporação de novos medicamentos ao SUS com ampla participação popular via consulta públicas realizadas pela CONITEC), atualmente há que se atentar que está havendo uma indevida absolutização deste direito.

A Constituição Federal afirma que a saúde é direito de todos, mas assegurada mediante políticas sociais e econômicas, de forma que, havendo uma política estatal pré-definida, a mesma deve ser

³⁰ AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.38. In FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 135.

respeitada pelo Poder Judiciário³¹. Apenas nos casos de omissão indevida destes poderes é que o Judiciário poderia se imiscuir em tais questões, o que não vem ocorrendo na espécie. O Judiciário deve reconhecer que, por suas próprias características institucionais, não é o poder habilitado a adotar decisões complexas em matéria de políticas sociais, em função da complexidade técnica que envolve o desenho e a execução das políticas públicas. O Judiciário deve ter em conta que em um processo ordinário se debate questões a partir de um caso concreto, no qual a complexidade fática se simplifica, a multiplicidade de fatores vinculados a uma política social também se vê parcializada, deixando de serem considerados fatores adotados pelo administrador ao decidir as políticas públicas. Dito de outra forma, a simplificação tende a deixar de lado a valorização de uma vasta gama de interesses que foram considerados na hora de fixar a política. Há que se racionalizar a questão, nos termos propostos pela Organização Mundial da Saúde – OMS, para quem o uso racional de medicamentos se dá “quando pacientes recebem **medicamentos apropriados** para suas condições clínicas, em **doses adequadas** às suas necessidades individuais, por um **período adequado e ao menor custo para si e para a comunidade**” (OMS – Nairobi, Quênia – 1985).

³¹ Ressalte-se que a Constituição não define, especificamente, em que consistiria exatamente o alcance do direito à saúde. Sobre o assunto, pondera Ingo Sarlet: Em suma, do direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos genéricos da ordem constitucional positiva. (...) Cabe lembrar, neste contexto, que, nesta linha de entendimento, um direito subjetivo a prestações não poderá abranger – em face dos limites já referidos – toda e qualquer prestação possível e imaginável, restringindo-se, onde não houver previsão legal, às prestações elementares e básicas. Neste sentido, cumpre referir paradigmática formulação pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao lembrar que o particular poderá reclamar do Estado apenas algo que seja razoável. Assim, por exemplo, não parece razoável compelir o Estado a pagar tratamento dentário de cunho não imprescindível, ou mesmo fornecer determinado medicamento, quando existe outro similar em eficácia, mas de custo menor. SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988 in Revista da Procuradoria Geral do Estado. Porto Alegre 25(56), 2002, pp. 41/62.

Não se pode concordar com a interpretação de que o fornecimento de todo e qualquer medicamento pleiteado esteja nos termos com o preceituado pela Constituição Federal. Se a imposição de parâmetros para o fornecimento de fármacos – tais como a RENAME e os protocolos clínicos - é vista pelo Judiciário como uma questão meramente burocrática, verdadeiro entrave para a concretização do direito à saúde, há que se firmar uma conscientização dos julgadores acerca do contido no art. 196 e 198 da CF, em especial nas expressões “garantido mediante políticas sociais e econômicas”; “acesso universal e igualitário às ações e serviços” e “com prioridade para as atividades preventivas”.

Tais características estão sendo renegadas pela atual jurisprudência dos tribunais, ao julgar procedente praticamente a integralidade das ações levadas a seu conhecimento, sem qualquer diligência probatória, baseada unicamente na opinião do médico assistente da parte autora – presunção *juris tantum* em favor do requerente? -, ferindo os princípios da eficiência e economicidade, bem como afrontando ao necessário tratamento igualitário àqueles que se utilizam do SUS em semelhante condição, o que pode aprofundar as desigualdades de acesso ao sistema público de saúde, infringindo princípio do SUS, uma vez que favorece aqueles que têm maior possibilidade de veicular sua demanda judicialmente, em detrimento dos que não possuem acesso à justiça. Deve haver uma necessária conscientização dos desembargadores e dos juízes de Primeiro Grau acerca da questão, o que em muito seria facilitado acaso fosse aprovada a criação de varas especializadas na matéria, conforme estudos que já vem sendo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Ademais, a intervenção judicial deve estar assentada sobre critérios que examinem a razoabilidade, a adequação e a igualdade do pedido feito pelo demandante. O Judiciário não tem a tarefa de desenhar as políticas públicas, mas sim de confrontar as políticas públicas existentes frente aos parâmetros acima referidos, que poderiam ser traduzidos em um juízo de proporcionalidade em sentido estrito, aliado ao parâmetro de se manter a igualdade entre os cidadãos que procuram o Poder Judiciário ou não. Deve-se questionar se a demanda deferida naquela situação poderia ser ampliada a todos os

cidadãos, em condições semelhantes. Haverá recursos públicos para todos? Somente em circunstâncias excepcionais, quando a magnitude da violação ou a falta completa da colaboração do Poder Executivo justifiquem, os juízes devem avançar na determinação concreta das medidas que devem adotar, deferindo os pedidos de medicamento que lhe são encaminhados. Neste sentido, há que se instigar o Judiciário a afirmar o que deve ser entendido como conteúdo básico ou mínimo existencial no direito à saúde³², pois o direito à saúde não pode ser reconhecido apenas dentro do conceito de fornecimento de medicamentos, eis que envolve políticas públicas de maior abrangência, em especial ações preventivas e promocionais, sem predominância de ações curativas.

Neste sentido, faz-se mais que necessário que o Judiciário analise as conseqüências econômicas e distributivas das suas decisões de suas decisões, eis que, muito embora o art. 5, inciso XXXV, da CF afirme que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, não menos certo que a Constituição Federal afirma que compete ao Poder Legislativo e Executivo o planejamento das políticas públicas, autorizando ao Judiciário agir exclusivamente quando (a) a ação ou omissão administrativa excedeu os limites do poder discricionário; (b) se foram efetivamente vulnerados direitos fundamentais ou princípios, como o da igualdade, proporcionalidade, proibição da arbitrariedade, boa-fé e proteção da confiança legítima, o que não ocorre na grande maioria dos processos analisados na ju-

³² Neste sentido, tem-se ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian, tradução livre, para quem, em matéria de saúde, foi estabelecido que os Estados tem a obrigação fundamental de assegurar como mínimo a satisfação de níveis essenciais de cada um dos direitos anunciados no Pacto, incluída a atenção básica da saúde. Entre estas obrigações básicas se encontram, como mínimo, garantir o direito de acesso aos centros, bens e serviços de saúde sobre uma base não discriminatória, em especial para os grupos vulneráveis ou marginalizados, assegurados o acesso a uma alimentação essencial mínima que seja nutritiva, adequada e segura e garanta que ninguém passe fome; garantir o acesso a um lugar com condições sanitárias básicas e com água potável; facilitar medicamentos essenciais, segundo as definições periódicas que figuram no Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais da OMS; zelar pela distribuição equitativa de todas instalações, bens e serviços de saúde; adotar e aplicar sobre a base de provas epidemiológicas um plano de ação.

risprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Este não analisa em seus julgados as políticas públicas já existentes, tampouco que a rede pública de saúde se filia à Medicina Baseada em Evidências, a qual requer provas da eficácia do tratamento pleiteado em Juízo, o que não se coaduna com a atual jurisprudência de preponderância da prescrição médica sobre quaisquer outros argumentos. Os julgadores devem ter ciência e se preocupar com o do risco de comprometimento de outras ações programadas em decorrência de sentenças concessivas sem respaldo técnico, analisando com profundidade a compatibilidade da política pública adotada e sua idoneidade para satisfazer o direito em questão³³.

Diante da realidade apontada no presente estudo, torna-se impossível não cogitarmos a hipótese de que a continuidade da intervenção judicial nas políticas públicas relacionadas à área da saúde acabará por levar todo o sistema à falência, isto sem falar no privilégio concedido ao individual em detrimento da coletividade. O que se deve procurar evitar é a perda da capacidade do Poder Público de gerenciar as políticas adotadas, que poderá se tornar definitiva diante de eventual interferência desmedida do judiciário. Ainda que este poder busque melhorar o acesso à população aos medicamentos ditos essenciais, o excesso pode acarretar o agravamento do problema. Deve-se, portanto, buscar uma linha de atuação por parte de todos

³³ Conforme asseveram Fabiola Sulpino Vieira e Paola Zucchi, “Para finalizar, ressaltam-se as dificuldades que estas demandas judiciais criam para a gestão do SUS. O direito do cidadão de exigir a garantia de acesso a medicamentos via sistema judiciário é fundamental para evitar a negligência do Estado. Entretanto, partir do pressuposto de que qualquer reivindicação de medicamento deve ser atendida, pois, está-se garantindo o direito à saúde, em um mercado farmacêutico com mais de 15 mil especialidades farmacêuticas, revela desconhecimento sobre as políticas públicas de saúde e seu componente farmacêutico. As ações judiciais descritas revelam que a PNM e suas diretrizes foram desconsideradas, em franca contraposição à tendência internacional de racionalizar o uso de tecnologias na área da saúde. O sistema judiciário e o executivo precisam encontrar uma solução partilhada para que o direito do cidadão brasileiro à assistência terapêutica integral seja garantido, com medicamentos seguros, eficazes e com relação custo-efetividade mais favorável de acordo com a melhor e mais forte evidência científica disponível, sem causar as distorções observadas atualmente”, in *Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil*. Revista Saúde Pública, São Paulo, n. 41, pp. 214/222.

os interessados no assunto, conjugando interesses individuais com a percepção coletiva do mesmo direito.

Assim, diante da escassez e a precariedade dos orçamentos públicos, que se manifesta através da calamidade enfrentada pelo sistema público de saúde – manifestado pela falta de médicos, leitos hospitalares, condições dignas de atendimento à população -, bem como do crescimento exponencial dos gastos com a compra de medicamentos por determinação judicial, entendemos que, não tomadas medidas urgentes, é possível vislumbrar um iminente colapso da saúde no Brasil.

Diante disto temos que analisar a seguinte premissa: no Direito, se alguém está sendo desonerado, outrem poderá estar sendo onerado, neste caso toda a sociedade brasileira. Há que se levar em consideração as palavras de Bobbio quando ensina que a Declaração Universal dos Direitos Humanos “é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver”. (BOBBIO, 2004, p.26).

O que nos parece uma certeza é que a observância do direito à saúde depende de uma organização prévia por parte do Estado Democrático de Direito em definir a verba orçamentária, bem como traçar políticas públicas efetivas relacionadas à área, ou seja, carece de planejamento procedimental e estrutural realmente efetivos. Caso contrário, mantendo-se a situação da forma que atualmente se apresenta, continuaremos a vislumbrar situações de caos onde o Estado nem de longe cumpre com seu dever legal de garantir a saúde – enquanto direito fundamental – aos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.38. In FIGUEIREDO, Mariana

Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ANTUNES, Euzébio Henzel; GONGALVES, Janaína Barbier. Redução da judicialização e efetivação das políticas públicas sob o enfoque do planejamento e gestão sistêmicos. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: PGE/RS, v. 32, n. 67, p. 9-23, jan./jun. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007.

BEDIN, Gilmar Antônio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. Ijuí: Unijuí, 2002.

BEDIN, Gilmar Antônio; SANTOS, Darlan Machado. Estado de bem-estar social e políticas públicas compensatórias. In: BEDIN, Gilmar Antônio (org.). **Cidadania, direitos humanos e equidade**. Ijuí: Unijuí, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Coimbra Editora, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* in **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Porto Alegre, 2002, pp. 41/62.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

SÁUDE, Ministério da Saúde. **Intervenção Judicial na Saúde Pública – 2013**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov>.

br/portalsaude/arquivos/Panorama%20da%20judicializa%c3%a7%-c3%a3o2013.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2013.

_____. **Protocolos clínicos e diretrizes Terapêuticas – PCDTs – Importância para o Sistema Único de Saúde – SUS.** PARECER N° 805/2012-AGU/CONJUR-MS/HRP. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Jul/06/Parecer805_ProtocoloClinicoeDiretrizTerapeutica_PCDT.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2013.

_____. **Instrução probatória mínima nas ações de saúde.** PARECER N° 810/2012-AGU/CONJUR-MS/HRP. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Jul/09/Parecer810_InstrucaonasAcoesJudiciaisdeSaude.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2013.

_____. **O instituto da solidariedade passiva aplicado de forma irrestrita às ações judiciais de saúde.** Crítica. PARECER N° 811/2012 – AGU/CONJUR-MS/LFGF-AVA. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Jul/09/Parecer811_SolidariedadePassivanasAcoesJudiciaisdeSaude.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2013.

_____. **Programa Farmácia Popular do Brasil.** PARECER N° 812/2012-AGU/CONJUR-MS/JLAD Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Jul/09/Parecer812_ProgramaFarmaciaPopularoBrasil.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2013.

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

SOUZA, Nelson Oscar de. **Manual de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, n. 41, pp. 214/222.



A “SEPARAÇÃO DOS PODERES” COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

Cristian Ricardo Prado Moises*

1 INTRODUÇÃO

A denominada “separação (ou divisão) dos poderes”¹ é um dos mais importantes alicerces do Estado Moderno. A concentração de todo poder estatal, num só órgão, resulta em ditadura. Por intermédio da distribuição das funções² estatais, é possível controlar e, também, otimizar o poderio do Estado. No constitucionalismo, em especial, na história das limitações do poder público, o intitulado princípio da “separação de poderes” merece destaque.

A distribuição da potestade estatal, em diferentes órgãos, representa uma das maiores conquistas da sociedade civil. Onde o poder do Estado está concentrado, o povo encontra-se mais suscetível a sofrer arbitrariedades. Ao revés, onde tal poderio está distribuído, mais difícil será a ocorrência de ofensas, perpetradas por agentes públicos, contra os direitos dos cidadãos. Assim, a desconcentração do poder do Estado constitui indubitavelmente um dos maiores avanços da humanidade³, em matéria de proteção dos direitos individuais.

* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Doutorando em Direito – PUC/SP. Mestre em Direito PUC/RS.

¹ Neste artigo, para evidenciar a impropriedade da referida expressão, ela será utilizada entre aspas. A terminologia “separação (ou divisão) de poderes”, apesar de bastante difundida, é, a rigor, imprópria. Em virtude do caráter uno e indivisível da soberania, não é possível a existência de mais de um poder do Estado. Ademais, os denominados “poderes” não atuam de forma separada, dividida, mas, sim, conjuntamente.

² A mencionada expressão, além de mais moderna, supera os mencionados lapsos da terminologia “separação (ou divisão) de poderes”.

³ Destacando a magnitude da “separação dos poderes”, afirma Paulo Bonavides que ela “resume o princípio constitucional de maior voga e prestígio de toda a idade liberal.”. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 137.

A partir do século XVIII, a “separação de poderes” alastrou-se pelos sistemas jurídicos dos mais diversos países. Por exemplo, no Brasil, todas as Cartas Magnas consagraram, de forma expressa, a desconcentração da potestade estatal⁴. A difusão mundial da imprescindibilidade da distribuição do poderio do Estado foi resultado de longo processo histórico.

Em muitas obras, tanto jurídicas, bem como de Ciência Política, Charles de Secondat (Montesquieu) é considerado o “criador da separação de poderes”. Entretanto, tal ideia é incorreta. A garantia fundamental em exame não é obra de um homem ou da natureza. Ao revés, a distribuição das funções estatais resulta de uma extensa evolução histórico-doutrinária⁵. No decorrer deste texto, demonstrar-se-á que Montesquieu não inventou a “separação de poderes”, mas foi seu principal expoente e sistematizador.

Além destas prévias considerações, este artigo apresenta os seguintes itens: 2. “O reconhecimento da diversidade das funções estatais”; 3. “O compartilhamento entre a legislatura e o executivo”; 4. “A clássica ‘tripartição’ do poder; 5. “A ‘divisão da potestade’ como garantia”; 6. “Considerações finais”; 7. “Obras consultadas”.

No item 2 (“O reconhecimento da diversidade das funções estatais”), será exposto o início do longo processo histórico-doutrinário de sistematização do poder do Estado. Neste tópico, será apresentado o pensamento do filósofo grego Aristóteles sobre a funcionalidade do poderio estatal.

Na seqüência (3. “O compartilhamento entre a legislatura e o executivo”), serão tratadas as ideias de Marsílio de Pádua e John Locke concernentes à diferenciação das funções do Estado. Abor-

⁴ Em regra, nas Constituições brasileiras, foi adotada a existência de três “poderes” (Executivo, Legislativo e Judiciário). A única exceção foi a Carta Imperial de 1824 que consagrou, no seu artigo 10, além da referida tríade, o Poder Moderador.

⁵ O ensinamento a seguir do constitucionalista alemão Konrad Hesse, também, ressalta essa historicidade: “o princípio da divisão de poderes (...) não é um dogma de validade jusnaturalista-intertemporal, senão um princípio histórico”. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 368. No mesmo diapasão: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 182.

dar-se-á, dentre outras matérias, a evolução doutrinária ocorrida entre o pensamento de Aristóteles e as contribuições dos referidos autores da Idade Média.

No item 4, será descrita a famosa teoria tripartite de Charles de Secondat. Outrossim, neste tópico, comparar-se-á a tripartição de Montesquieu com as ideias de seus antecessores. Serão evidenciadas quais foram, efetivamente, as inovações da teoria do referido pensador francês.

Na continuação (5. “A ‘divisão da potestade’ como garantia”), apresentar-se-á um dos momentos mais significativos do processo histórico-doutrinário de sistematização do poderio estatal. Dentre outros assuntos, será objeto de estudo como a “separação de poderes” (em especial, tripartição) espalhou-se pelo mundo, tornando-se um consagrado mecanismo de defesa dos direitos individuais.

Nos itens 6 e 7, serão expostas as conclusões derradeiras de todo estudo e, ainda, quais obras foram objeto de consulta.

2 O RECONHECIMENTO DA DIVERSIDADE DAS FUNÇÕES ESTATAIS

O ponto de partida do processo histórico-doutrinário da “separação de poderes” é mais um exemplo da marcante influência da Antiguidade Clássica na Ciência Política e no Direito Constitucional moderno. Na civilização ocidental, o estudo da funcionalidade estatal teve o seu início, a rigor, na Grécia Antiga. O filósofo Aristóteles, na sua obra “Política”, foi o primeiro autor a detectar que o Estado possui diferentes funções. Tal pioneirismo aristotélico é reconhecido pela generalidade da doutrina⁶.

⁶ Por ilustração, citar-se-á o ensinamento de Celso Ribeiro Bastos: “Desde a Antiguidade Clássica, mais precisamente desde Aristóteles, tem sido o hábito da doutrina identificar em todo o Estado a existência de três funções principais.”. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Yves Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2001. Volume 1º, p. 180. Na mesma direção: BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 136. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 358. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 31. Por outra banda, entendimento

Sustentou Aristóteles que, em todos os tipos de governo⁷, existem três “poderes”: deliberativo, executivo e judiciário. Compete ao primeiro os debates e as tomadas de decisões, a respeito dos negócios estatais. Conforme o referido filósofo⁸, é recomendável que essas importantes deliberações sejam feitas por todos os cidadãos. Entretanto, dependendo do tipo governamental, as mesmas podem ser reservadas a um grupo ou, até mesmo, a uma pessoa.

Destarte, na pura⁹ monarquia ou na tirania, o poder deliberativo é concentrado nas mãos do rei ou do tirano. Na aristocracia simples ou na oligarquia, as deliberações são reservadas a um conjunto de cidadãos. Por sua vez, na república ou na democracia, a totalidade dos cidadãos possui o poder deliberativo.

O último modo, mencionado no parágrafo anterior, de exercício do poderio deliberativo foi o preferido pelo filósofo grego. Consoante o pensamento aristotélico, “delibera-se melhor quando todos deliberam em comum, o povo com os nobres e os nobres com a multidão.”¹⁰. Assim, a preferência pelo modo plural de exercício do poder deliberativo é marcante na obra de Aristóteles.

contrário foi exposto por Carre de Malberg. Consoante o mencionado publicista francês, “sería un error pretender remontar hasta Aristóteles los orígenes de la teoría de la separación de poderes.” MALBERG, Carré de. *Teoria General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 741.

⁷ De acordo com o pensador grego, é possível identificar seis governos. Esses tipos governamentais variam conforme o número de titulares da potestade e a finalidade. Na monarquia, apenas, um homem é titular do poder estatal. Na aristocracia, a potestade é reservada a um grupo de pessoas. Na república, o povo é o titular do poderio do Estado. Por outro lado, segundo Aristóteles, quando os mencionados tipos de governo sofrem degeneração, ou seja, deixam de ter como finalidade o interesse público, os mesmos transformam-se em outros três, respectivamente: a tirania, a oligarquia e a democracia. Vide: ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 106.

⁸ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 127-128.

⁹ Utiliza-se o adjetivo “pura” para explicitar que o raciocínio em desenvolvimento não é aplicável a todas as espécies de monarquia. O mesmo é inaplicável, por exemplo, para as monarquias parlamentaristas.

¹⁰ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 131. Neste trecho, é importante destacar que o filósofo grego, de certo modo, preocupou-se com o acesso das diferentes classes sociais às instituições do Estado. Essa pluralidade de acesso possibilita composições institucionais mais equilibradas e estáveis. Segundo Nuno Piçarra, o pensamento aristotélico apresentado insere-se na “teoria da constituição mista ou do governo misto.”. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 32.

Ademais, elencou o pensador da Grécia diversas incumbências do poderio em análise. Para ele, cabe ao poder deliberativo: “decidir sobre a paz e a guerra, contrair alianças ou rompê-las, fazer as leis e suprimi-las, decretar a pena de morte, de banimento e de confisco, assim como prestar contas aos magistrados.”¹¹.

Em geral, as citadas atribuições do poderio deliberativo revelam-se fundamentais a toda sociedade. Assuntos como, *verbi gratia*, a elaboração de leis e a defesa externa do Estado são vitais para o povo. A importância das incumbências do poder deliberativo reflete a primazia da função estatal em exame na concepção aristotélica. O filósofo grego chegou até mesmo a afirmar que o corpo deliberativo é “o verdadeiro soberano do Estado”¹².

Após discorrer sobre as deliberações, Aristóteles tratou do poder executivo. Conforme o entendimento aristotélico, o mencionado poderio abrange todos os cargos públicos, que devem agir¹³ na realização das tarefas do Estado. Ao revés do poder deliberativo, o executivo não deve concentrar-se em debates. A potestade executiva deve atuar para satisfazer as necessidades sociais.

O filósofo grego enumerou várias atribuições do poder executivo. Entre outras, ele mencionou¹⁴ as seguintes atividades executivas: os serviços militares, a inspeção de construções, a intendência de portos, a administração de rendas públicas, a guarda penitenciária e a supervisão do fornecimento de gêneros alimentícios nos mercados. Consoante Aristóteles, algumas dessas atividades do poderio executivo são essenciais para a existência do próprio Estado. Por outro lado, ele sustentou que há atividades executivas desenvolvidas, simplesmente, com a finalidade de proporcionar bem-estar para os cidadãos.

De acordo com o pensamento aristotélico, é recomendável que o poder executivo não fique concentrado numa só pessoa. A rigor, o poderio em análise deve ser conferido a uma pluralidade de

¹¹ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 127.

¹² ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 131.

¹³ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 127.

¹⁴ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 132-136.

cidadãos. O filósofo grego, inclusive, mencionou que, quando há desconcentração, as atividades executivas são melhor realizadas¹⁵.

Todavia, Aristóteles admitiu que, em determinadas circunstâncias, a totalidade do poderio executivo seja concentrada em apenas um homem. Segundo o pensador clássico, *verbi gratia*, nas pequenas cidades, em virtude da falta de pessoal, pode ocorrer a referida concentração. Por outro lado, ele advertiu que essa acumulação de potestade executiva somente é possível caso exista compatibilidade funcional¹⁶.

Em sequência, Aristóteles tratou do poder judiciário. Ele afirmou que o mencionado poderio compreende os cargos jurisdicionais. Desenvolvendo seu raciocínio, as espécies de tribunais foram enumeradas pelo filósofo grego¹⁷:

A primeira, para a apresentação das contas e exame da conduta dos magistrados.

A segunda, para as malversações financeiras.

A terceira, para os crimes de Estado ou atentados contra a Constituição.

A quarta, para as multas contra as pessoas, quer públicas, quer privadas.

A quinta, para os contratos de alguma importância entre particulares.

A sexta, para os assassinios ou tribunal criminal [...].

¹⁵ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 137. Neste ponto, convém ressaltar que existe, no texto do pensador grego, de maneira exemplificativa, uma breve menção referente à eficácia do aparelho estatal. Outrossim, Dalmo de Abreu Dallari cita outro momento em que Aristóteles, ainda que de forma sutil e indireta, tocou no tema da eficiência do poder público. Comenta o referido professor que, na obra aristotélica, há “uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem prevesse tudo o que nem a lei pode especificar”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 182.

¹⁶ Transcrever-se-á o ensinamento do sábio grego: “Nada impede, portanto, que se acumulem vários cargos sobre uma mesma pessoa, contanto que suas funções não sejam incompatíveis. É assim que se suspendem em um mesmo lustre várias velas. Se conseguirmos explicar bem quantas magistraturas são necessárias para toda Cidade e quantas, sem serem necessárias, são úteis, compreende-se com maior facilidade quais são as que podem combinar-se e convém reunir na mesma pessoa.”. ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 138.

¹⁷ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 142.

A sétima para os negócios dos estrangeiros, quer entre eles, quer contra cidadãos.

Outrossim sobre a estrutura do judiciário, o filósofo grego comentou que, além dos tribunais, existem juízes para os casos mínimos¹⁸. Consoante o entendimento aristotélico, tal casuística é definida em virtude do baixo valor financeiro envolvido demanda. Para o mesmo, esses pequenos casos não merecem ser levados aos tribunais.

Completando sua exposição sobre o judiciário, Aristóteles tratou da maneira de escolha dos membros do poder. Para ele, existem basicamente duas formas de seleção: por eleição ou sorteio¹⁹. Após aprofundar seu raciocínio, o filósofo grego afirmou que, se os juízes são escolhidos, dentre todos os cidadãos, a seleção é democrática. Ainda, Aristóteles comentou que, se os juízes são tirados apenas de uma determinada classe social, a maneira de escolha é oligárquica.

Depois desta sucinta apresentação dos estudos aristotélicos a respeito das funções estatais, é possível realizar alguns apontamentos. Constata-se que o filósofo grego não criou uma “separação de poderes”. Aristóteles somente recomenda que os três poderes sejam distribuídos por várias pessoas. Entretanto, ele aceita que, em determinadas circunstâncias, o executivo, o deliberativo e o judiciário sejam reunidos num só titular.

Essa ausência de uma efetiva distribuição da potestade, na obra de Aristóteles, é explicitada por Tupinambá do Nascimento²⁰. Ele observa que, em todas as formas de governo (até mesmo na tirania), o filósofo grego admitiu a existência dos três poderes. Assim, consoante o entendimento aristotélico, o executivo, o deliberativo e o judiciário podem existir de forma separada ou conjunta.

Numa análise mais criteriosa, verifica-se que, apesar do pioneirismo e da grande importância do seu estudo, o filósofo grego, ao invés de fazer uma separação, apenas, detectou algumas das

¹⁸ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 142.

¹⁹ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 142.

²⁰ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à Constituição Federal: princípios fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 174.

funções estatais²¹. Ele reconheceu que a funcionalidade estatal não é monolítica. Destarte, Aristóteles, a partir da realidade da Grécia Antiga, identificou e descreveu diferentes atividades do Estado.

Encerrada esta exposição sobre a fase embrionária da “separação de poderes”, no item a seguir, será estudada mais uma etapa desse extenso processo-histórico doutrinário.

3 O COMPARTILHAMENTO ENTRE A LEGISLATURA E O EXECUTIVO

Na Idade Média, vários pensadores europeus discorreram sobre a maneira de exercício do poder do Estado. Dentre esses estudiosos, destacaram-se Marsílio de Pádua e John Locke. Eles discorreram, em especial, sobre a relação entre a sociedade civil e o governo.

3.1 Marsílio de Pádua

No século XIV, mais precisamente no ano de 1324, o estudioso em epígrafe sustentou que todo o governante deve exercer seu cargo em conformidade com a lei. Segundo Marsílio de Pádua, os governantes não podem ir além das determinações legais²². Para ele, essa necessidade do governo obedecer às leis existe, a rigor, em quaisquer circunstâncias.

No “Defensor Pacis”, o autor, também, registrou quem deve elaborar a legislação, que todos, inclusive o governante, devem respeitar. Conforme Marsílio de Pádua, “a competência para legislar cabe ao conjunto de cidadãos ou à parte preponderante”²³. Desse modo, o mencionado pensador sustentou que, somente, o povo deve ser o titular da função de elaborar as leis.

²¹ Entendimento análogo foi defendido por Carré de Malberg. Conforme o referido publicista: “Aristóteles, como todos los antiguos, se empeña únicamente en discernir las diversas formas de actividad de los órganos, y no piensa en establecer un reparto de las funciones fundado en la distinción de los objetos que corresponden a cada una de ellas [...]”. MALBERG, Carré de. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 741.

²² PÁDUA, Marsílio de. *O Defensor da Paz*. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 125.

²³ PÁDUA, Marsílio de. *O Defensor da Paz*. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 135.

Por meio de um exame mais aprofundado do seu pensamento, constata-se que Marsílio de Pádua desconcentrou o poderio do Estado. Ao afirmar que todo governo deve agir conforme a lei, que é feita pelos cidadãos, ele distribuiu a função executiva, para o governante, e a legislativa para o povo. Portanto, Marsílio de Pádua, efetivamente, diferenciou a execução da legislatura²⁴, compartilhando a potestade estatal.

3.2 John Locke

Alguns séculos depois, o pensador em epígrafe, também, discorreu sobre a distinção entre o legislativo e o executivo. No ano de 1690, na obra “Segundo Tratado sobre o Governo”, Locke, além de realizar a mencionada diferenciação, apresentou um complexo sistema de organização do poderio do Estado. Conforme vários doutrinadores, ele ofereceu a “primeira sistematização doutrinária da separação de poderes”²⁵.

Locke, para elaboração do seu sistema organizativo da potestade, inspirou-se no Estado da Inglaterra do século XVII. No intenso conflito existente entre o absolutismo inglês e a *rule of law*, o referido

²⁴ Nesse sentido, é a lição de José L. de Anhaia Mello. Sustentou o citado professor: “Marsílio de Pádua que na sua obra *Defensor Pacis* separou, com nitidez, legislação e execução.” MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 14. No mesmo diapasão: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.182. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 136. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 57.

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 183. No mesmo sentido: PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 44. MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 14. Entendimento contrário foi exposto por Carré de Malberg. Consoante o publicista francês: “En el fondo, la doctrina de Locke se reduce, pues, a una simple teoría de distinción de las funciones: bajo la reserva de que el rey por sí solo no puede hacer la ley y que se halla sometido a esta última, no es aún una doctrina de franca separación de los poderes [...]”. MALBERG, Carré de. *Teoria General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 742.

pensador é considerado um dos maiores opositores das monarquias absolutistas. Na sua obra, Locke criticou a falta de limites do poder estatal, bem como defendeu que é imprescindível governar por intermédio de leis previamente definidas²⁶.

No “Segundo Tratado sobre o Governo”, ele sustentou que, a rigor, existem quatro poderios no Estado. Conforme o entendimento lockeano, esses poderes são os seguintes: legislativo, executivo, federativo e a prerrogativa. Assim, para John Locke, a partir da atuação desses quatro²⁷ poderes, as comunidades devem ser governadas.

O primeiro poder apresentado, pelo pensador inglês, é o legislativo. De acordo com Locke, cabe à mencionada potestade a elaboração das leis, que devem ter como finalidade o bem do povo. Ele considerou o poder legislativo o mais importante, inclusive denominando-o de supremo²⁸.

No “Segundo Tratado sobre o Governo”, ele afirmou que titular do poder legislativo é toda comunidade, que pode confiar o mesmo a um grupo de pessoas ou, até mesmo, a um só homem²⁹. Entretanto, apesar de admitir que a potestade suprema seja confiada a apenas uma pessoa, John Locke advertiu que “nas comunidades bem organizadas, nas quais o bem de todos é levado na devida conta, o poder legislativo é posto nas mãos de várias pessoas que,

²⁶ Por ilustração, transcrever-se-á ensinamento do autor em exame: “O poder absoluto arbitrário ou o governo sem leis fixas estabelecidas não se harmonizam com os fins da sociedade e do governo, por cujas vantagens os homens abandonam a liberdade do estado de natureza, se não fosse para preservar-lhes a vida, a liberdade e a propriedade, e para garantir-lhes, com suas normas estabelecidas de direito e de propriedade, a paz e a tranqüilidade.”. LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 101.

²⁷ Diversamente, José L. de Anhaia Mello fez referência à existência de, apenas, três poderios no sistema lockeano. O referido professor não mencionou, entre os poderes, a prerrogativa. MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 14.

²⁸ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 98. Neste ponto, é importante recordar, como exposto no item 2 deste trabalho, que Aristóteles, também, atribuiu supremacia à função encarregada de elaborar a legislação.

²⁹ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 99.

reunidas, têm o poder de elaborar as leis”³⁰. Desse modo, consoante o entendimento lockeano, é recomendável que a legislatura seja exercida por um conjunto de cidadãos.

O segundo poder abordado, pelo pensador britânico, foi o executivo. Consoante John Locke, esse poderio, que deve ser permanente, tem a incumbência de executar, efetivar, as leis em vigor³¹. Na sistematização lockeana, o executivo não pode atuar além da legislação vigente. Ao revés, a potestade em análise deve ser regida pela lei.

O federativo é o terceiro poder apresentado no “Segundo Tratado sobre o Governo”. Consoante o pensador inglês, esse poderio tem a incumbência de gerir, sob o aspecto externo³², a segurança e o os interesses da comunidade. Em outras palavras, cabe ao poder federativo tratar das guerras e das relações exteriores.

Concernente à titularidade dos poderes executivo e federativo, Locke afirmou que os mesmos devem ser confiados a uma mesma pessoa, qual seja, o rei. De acordo com o pensador inglês, além de pouco proveitoso, atribuir as potestades executiva e federativa a pessoas distintas “poderia ocasionar desordens e desastres”³³. Assim, ele, de forma explícita, defendeu a concentração dos mencionados poderes.

O último poder mencionado, no “Segundo Tratado sobre o Governo”, é a prerrogativa. Conforme Locke, esse quarto poderio existe quando o executivo e a legislatura são atribuídos a pessoas di-

³⁰ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 106.

³¹ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 106.

³² LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 107. Convém, neste trecho, registrar que o âmbito de atuação é o principal elemento diferenciador da potestade federativa. Aliás, entendimento análogo é sustentado por Nuno Piçarras. Discorrendo sobre o federativo, declara o mencionado publicista: “Distingue-se do poder executivo na medida em que este diz respeito à aplicação das leis no interior do Estado.”. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 73.

³³ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 108.

ferentes. Nessa hipótese, sustentou o pensador inglês que as questões não previstas nas leis devem, em favor da coletividade, ser confiadas à discricionariedade³⁴ do titular do poder executivo. Além dos casos de lacunas da legislação, Locke, ainda, admitiu que, desde que em nome do bem público e em situações excepcionais, o governante pode, com fundamento na prerrogativa, agir até mesmo contra a lei.

Após esta breve apresentação da sistematização lockeana do poder do Estado, é possível fazer alguns registros. Verifica-se que o sistema de Locke difere-se da descrição das funções estatais de Aristóteles (apresentada no item 2 deste trabalho). Aquele mencionou quatro poderes do Estado, enquanto este descreveu apenas três. Ademais, o escopo do pensador inglês, na sua sistematização, foi combater o absolutismo, estabelecendo parâmetros para o governante. Diversamente, Aristóteles, na sua classificação das funções estatais, tinha objetivos descritivos e teóricos³⁵.

Por outro lado, em que pese a evolução substancial em relação ao pensamento aristotélico, a teoria de Locke não representa o avanço que alguns autores defendem. Examinando a titularidade, verifica-se que, de maneira efetiva, não existem quatro poderes, mas, apenas, dois (o executivo e o legislativo). Conforme o estudioso inglês, o poder federativo e a prerrogativa devem, necessariamente, ser atribuídos ao titular do executivo. Desse modo, só há compartilhamento verdadeiro da potestade do Estado entre o executivo e a legislatura.

Por fim, outra nuance existente, na sistematização de Locke, é a ausência de igualdade entre os quatro poderes. Com fundamento na prerrogativa, o titular do poder executivo pode, em nome de um suposto interesse público, até mesmo contrariar as normas estabe-

³⁴ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 116. No que concerne à prerrogativa, Canotilho menciona que ela abrange, dentre outras situações, as tomadas de decisões em casos de exceção constitucional como, v. g., estados de emergência. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 564.

³⁵ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 50.

lecidas pela legislatura³⁶. Assim, constata-se que, apesar de Locke ter denominado o legislativo como o “poder supremo”, de fato, a supremacia é de quem exerce o executivo, em virtude de cumular a prerrogativa.

Terminado este tópico sobre as ideias de dois grandes autores da Idade Média, que defenderam o compartilhamento da potestade entre a legislatura e a execução, no próximo item deste artigo, estudar-se-á outra fase do processo histórico-doutrinário da “separação de poderes”.

4 A CLÁSSICA “TRIPARTIÇÃO” DO PODER

No ano de 1747, Charles-Louis de Secondat (Barão de Montesquieu) publicou o livro “O Espírito das Leis”. Nessa obra, o pensador francês apresentou um genial sistema tripartite de organização do poder do Estado. A sistematização da potestade exposta, na obra “O Espírito das Leis”, tornou-se clássica e Montesquieu foi consagrado como um dos principais nomes da história da Ciência Política do mundo³⁷.

Dentre as influências de Charles de Secondat, na elaboração do seu sistema tripartite, destacam-se o filósofo Aristóteles³⁸ e, também, a Constituição da Inglaterra. Como exposto no item 2 deste artigo, na Antiguidade Clássica, o sábio grego já havia descrito três poderes (deliberativo, executivo e judiciário). Esses poderes aristotélicos

³⁶ Outrossim, Dalmo de Abreu Dallari criticou a amplitude da prerrogativa. Segundo o referido professor: “Embora opondo-se expressamente ao absolutismo defendido por Hobbes, Locke não considerou anormal o reconhecimento de uma esfera de poder discricionário do governante, sem atentar para a circunstância de que o bem público, impossível de ser claramente definido, sempre seria um bom pretexto para as decisões absolutistas.”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 183.

³⁷ Neste ponto, convém ressaltar que o referido livro, além de immortalizar Charles de Secondat, provocou, na época da sua publicação, a indignação da Igreja. Em virtude de contrariar o Clero, no ano de 1751, o “Espírito das Leis” foi inserido no *Índex*.

³⁸ Sobre a influência aristotélica na tripartição de Montesquieu, vide MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão: Temas de Direito Político e Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 199.

assemelham-se bastante aos mencionados pelo pensador francês. Ademais, em diversos trechos do “Espírito das Leis”, Montesquieu fez, de forma expressa, alusão ao nome de Aristóteles.

Concernente à outra influência destacada, o próprio título do capítulo (“Da constituição da Inglaterra”), onde Charles de Secondat apresentou sua teoria, evidencia a importância da Carta Magna inglesa na elaboração do sistema tripartite da potestade. Montesquieu, ainda que de forma utópica³⁹, desenvolveu as suas ideias inspirado nas normas constitucionais vigentes, naquela época, na Inglaterra.

No capítulo VI do livro décimo primeiro da obra “O Espírito das Leis”, Charles de Secondat expôs seu sistema tripartite do poder. Os três poderes mencionados, pelo pensador francês, foram os seguintes: o legislativo, o executivo das coisas que dependem do direito das gentes (ou executivo) e o executivo daquelas que dependem do direito civil (ou de julgar). Conforme Montesquieu, em todos os Estados, existem esses três poderes⁴⁰.

O poder legislativo foi o primeiro tratado pelo pensador francês. Conforme Charles de Secondat, o mesmo pode ser definido como o poderio de criar, corrigir e anular as leis⁴¹. Ele mencionou que a potestade legislativa deve ser exercida não de maneira temporária, mas, sim, permanentemente.

Quanto à titularidade, Montesquieu afirmou que, diante da impossibilidade de todos deliberarem, a potestade legislativa deve ser exercida por representantes do povo⁴². Entretanto, o estudioso

³⁹ Outrossim, James Madison discorreu sobre a idealização da Carta Maior da Inglaterra, pelo autor do livro “O Espírito das Leis”. De acordo com o constitucionalista norte-americano: “A Constituição britânica foi para Montesquieu o que Homero havia sido para os escritores didáticos de poesia épica. Do mesmo modo que estes consideraram a obra do poeta imortal como o modelo perfeito no qual deveriam basear-se os princípios e normas da arte épica, este crítico político parece ter tomado a Constituição da Inglaterra como padrão, ou, para usar sua própria expressão, como o espelho da liberdade política; e ter transmitido, sob a forma de verdades elementares, os diversos princípios característicos daquele sistema.”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Campinas: Russell, 2003, p. 302.

⁴⁰ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 167.

⁴¹ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 167.

⁴² MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 170.

francês acrescentou que, além de um grupo de cidadãos eleitos pela comunidade, o poder legislativo deve, também, possuir um corpo de nobres.

O segundo poderio estatal tratado, na obra “O Espírito das Leis”, foi o executivo. Conforme Charles de Secondat, com esse poder, o governante “faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões”⁴³. De fato, ele, apenas, mencionou atividades da potestade executiva, mas não conceituou a mesma.

A respeito da titularidade, Montesquieu sustentou que o poder em análise deve ser confiado, somente, ao monarca. Conforme o pensador francês, ao contrário da legislatura, a potestade executiva não deve ser exercida por muitas pessoas. Para ele, o poderio executivo exige ações, que, a rigor, são melhor realizadas por um só homem⁴⁴.

O último poder apresentado, na tripartição de Montesquieu, foi o de julgar. Na obra “O Espírito das Leis”, ele mencionou que o poderio executivo daquelas que dependem do direito civil realiza os julgamentos das demandas entre particulares e, também, aplica castigos aos criminosos. Em princípio, apenas essas duas atividades foram relacionadas à terceira potestade.

Montesquieu sustentou que, entre os três poderios, o de julgar é, de certo modo, nulo. Consoante o autor em tela, “os juízes da nação são apenas [...] a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor”⁴⁵. Assim, no entendimento de Charles de Secondat, a função judicial foi resumida à tarefa de aplicação mecânica lógico-silogística⁴⁶ das leis.

⁴³ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 167.

⁴⁴ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 172. Neste trecho, convém ressaltar que Charles de Secondat faz uma ligeira alusão à eficiência estatal.

⁴⁵ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175. Sobre essa nulidade do poderio de julgar, na tripartição, é importante mencionar a lição de Althusser. Conforme o mencionado cientista político, “o poder judicial não é um poder no sentido próprio [...] o juiz não passa de uma presença e de uma voz. É um homem cuja função consiste exclusivamente em ler e em dizer a lei.”. ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*. Lisboa: Presença, 1977, p. 132-133.

⁴⁶ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 96.

Na sua teoria tripartite, o pensador francês não atribuiu ao poder de julgar um corpo permanente. Segundo Montesquieu, esse poderio deve ser exercido, de maneira transitória, por pessoas escolhidas na comunidade⁴⁷. Ele afirmou que os tribunais, formados por esses cidadãos, devem durar só o tempo necessário para a realização dos julgamentos.

Todavia, Charles de Secondat estabeleceu exceções ao poder de julgar, nas mãos dos populares. Para ele, alguns casos, como os julgamentos de integrantes da nobreza e dos negócios violadores do direito povo, devem ser submetidos à parte do corpo legislativo composta por nobres⁴⁸. Tentando justificar a primeira exceção, Montesquieu argumentou que, em virtude da inveja, os integrantes da nobreza provavelmente não seriam julgados, pelos tribunais populares, do mesmo modo que um cidadão comum. Quanto à outra hipótese excepcional, ele alegou que os julgamentos não poderiam ser realizados pelo povo, pois o mesmo seria parte interessada.

Depois desta sucinta apresentação da sistemática de Montesquieu, é possível realizar alguns apontamentos. A tripartição do pensador da França representa avanço em relação às ideias de Aristóteles (item 2 deste trabalho). Comparando o sistema tripartite de Charles de Secondat com as descrições aristotélicas, constata-se que houve evolução, pois foi agregado um elemento diferenciador: a necessidade de que cada uma das três funções estatais sejam exercidas, de modo autônomo e independente, por órgãos próprios⁴⁹.

⁴⁷ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 169.

⁴⁸ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 174-175.

⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Yves Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2001. Volume 1º, p. 182. Entendimento análogo é sustentado por Tupinambá do Nascimento. De acordo com o referido jurista: “O pensador francês Montesquieu foi bem mais longe, sistematizando a tripartição das funções. Definiu-as e categorizou-as. Mas acrescentou uma conclusão, para evitar o abuso ou a irregularidade do exercício do poder. Cada função institucional deveria ser exercida por órgãos estatais diferentes. As funções, em princípio, eram as mesmas de Aristóteles, porém, não seriam exercidas por uma só pessoa ou órgão [...] Era o excepcional acréscimo dado pelo pensador da França.”. NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à Constituição Federal: princípios fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 174-175.

A tripartição de Montesquieu, também, difere-se da sistemática lockeana dos poderes (item 3.2 deste artigo). Distinguindo a teoria tripartite da “separação de poderes” do pensador inglês, discorre Canotilho: “As principais diferenças em relação ao modelo de John Locke residem no seguinte: (1) autonomização do poder judiciário; (2) inclusão dos poderes federativo e prerrogativo no âmbito do executivo.”⁵⁰. Assim, verifica-se que Charles de Secondat, além de reduzir o número de poderes da quadripartição lockeana, conferiu autonomia ao poderio de julgar.

Em virtude dos mencionados aperfeiçoamentos e inovações da sistemática tripartite, Montesquieu é considerado, por vários doutrinadores, como o mentor da fórmula⁵¹ da moderna teoria da “separação de poderes”. Por outro lado, existem estudiosos⁵² que negam o referido mérito para o pensador francês.

Como exposto no item 1 deste artigo, a denominada “separação de poderes” não pode ser resumida a uma simples criação de um único doutrinador. A distribuição das funções do Estado é resultado de um longo processo, formado por uma série de estudos doutrinários e, sobretudo, por marcantes conflitos políticos. Portanto, Montesquieu não foi o criador da “separação de poderes”, mas, sim, o seu mais importante ícone.

Encerrado este item, em que foi explicitada a clássica teoria tripartite, nas próximas linhas, serão estudadas, em especial, algumas repercussões da “separação de poderes”, a partir do século XVIII.

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 565.

⁵¹ MALBERG, Carré de. *Teoria General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 742. Semelhante entendimento é sustentado por Paulo Bonavides. Segundo o referido constitucionalista: “a França vai conhecer, com o gênio de Montesquieu, a criação na obra *Do Espírito das Leis* da técnica de separação de poderes [...]”. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 137. No mesmo diapasão: FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. Volume 1º, p. 39.

⁵² Para exemplificar, cita-se Nuno Piçarra. Esse publicista, além de negar que Charles de Secondat foi o inventor da “separação de poderes”, afirma que a “classificação tripartida já era conhecida em Inglaterra muito antes de Montesquieu a ter adoptado.”. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 91.

5 A “DIVISÃO DA POTESTADE” COMO GARANTIA

Antes da abordagem da projeção histórica da tripartição de poderes, é imprescindível o estudo do objetivo essencial que foi almejado, por Montesquieu, ao redigir o capítulo VI do livro décimo primeiro da obra “O Espírito das Leis”.

Empunhando a bandeira da liberdade, Charles de Secondat sustentou que o poder do Estado precisa de limitações. Para ele, a mesma inexistia nos Estados, onde o governante não possui limites. O pensador francês argumentou que, nos governos ilimitados⁵³, os abusos de poder impedem a existência da liberdade política. Assim, de acordo com Montesquieu, para que existam cidadãos livres, é imprescindível que a potestade estatal seja limitada.

O pensador da França, visando à criação de limites ao poderio do Estado, compartilhou-o entre o executivo, o legislativo e o judicial. De acordo com Montesquieu, cada um desses poderes, necessariamente, deveria ser distribuído para órgãos diferentes. Por intermédio dessa distribuição, os componentes da tríade seriam limitados entre si.

Destarte, além de descrever as atribuições dos poderes legislativo, executivo e judicial, Charles de Secondat defendeu, de forma reiterada, a necessidade de desconcentração dos mesmos. Segundo o pensador francês, inexistia liberdade quando o executivo e o legislativo são concentrados num só órgão⁵⁴. Outrossim, ele sustentou

⁵³ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 166. Neste trecho, é importante ressaltar que Charles de Secondat foi muito sutil ao criticar, de maneira genérica, os governos sem limitações e, também, ao tecer comentários sobre a idealizada Carta Magna da Inglaterra. Numa análise mais cuidadosa, é possível descobrir que ele, indiretamente, criticava os regimes absolutistas da França. Essa sutileza de Montesquieu foi detectada por Pinto Ferreira. Consoante o referido constitucionalista: “Examinando [...] a Constituição inglesa, Montesquieu atacava *via oblíqua* as bases do antigo regime, sem despedaçá-lo diretamente, o que lhe seria perigoso.” FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. Volume 1º, p. 40.

⁵⁴ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 168. Paulo Bonavides, também, comenta o ponto em exame da mencionada obra. Afirma tal professor: “Quando uma única pessoa, singular ou coletiva, detém o poder legislativo e o poder executivo, já deixou de haver liberdade, porquanto persiste, segundo Montesquieu, o temor da elaboração de leis tirânicas, sujeitas a uma não menos tirânica aplicação.” BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 139.

que os homens não são livres, quando o poder de julgar é reunido com qualquer um dos demais.

Pelo exposto nos parágrafos anteriores, seria possível concluir que o objetivo principal de Montesquieu, ao elaborar a teoria tripartite, foi o de proteger a liberdade dos cidadãos⁵⁵ em face dos governantes, que acumulavam todas as funções estatais. Entretanto, a proteção da liberdade dos homens foi, apenas, o escopo aparente da clássica tripartição de poderes.

Na verdade, o objetivo essencial de Charles de Secondat, ao desenvolver a sistemática tripartite, foi o de favorecer a classe dos nobres⁵⁶. Considerando todas as forças sociais existentes naquela época (povo, nobreza e coroa), os maiores beneficiados, pela teoria do pensador francês, foram os nobres.

Na clássica tripartição, a nobreza ganhou duas significativas vantagens⁵⁷. A primeira foi a representação direta na câmara alta. A segunda consistiu no foro privilegiado. Como exposto no item 4 deste trabalho, na teoria tripartite, o poder de julgar, em regra, foi confiado a pessoas do povo. Porém, dentre as exceções, Montesquieu declarou que os nobres deveriam ser julgados, somente, pela câmara alta. Desse modo, na tripartição de Charles de Secondat, a nobreza, além de possuir uma parte exclusiva do corpo legislativo, não ficou exposta ao julgamento do povo e nem do monarca.

Apesar de o objetivo essencial de Montesquieu ao elaborar a sistematização da potestade ter sido favorecer a classe dos nobres, sua teoria teve repercussão diversa. Especialmente, em virtude da contribuição de Charles de Secondat, a “separação de poderes” foi bastante divulgada por vários países. Como consequência dessa propagação,

⁵⁵ Tal conclusão foi exteriorizada, por exemplo, por Carré de Malberg. Segundo o mencionado publicista: “Toda la demostración de Montesquieu, por lo demás, gira alrededor de esta idea principal: asegurar la libertad de los ciudadanos, proporcionándoles, mediante la separación de los poderes, la garantía de que cada uno de éstos se ejercerá legalmente [...]”. MALBERG, Carré de. *Teoria General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 746.

⁵⁶ Convém, neste ponto, lembrar que Montesquieu foi um integrante da nobreza da França. Ele nasceu, no ano de 1689, no castelo de *La Brède*, perto de Bordéus. Ademais, Charles-Louis de Secondat ostentava o título de Barão.

⁵⁷ ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*. Lisboa: Presença, 1977, p. 137.

a teoria tripartite do pensador francês, além de inspirar estudiosos, influenciou líderes revolucionários nos Estados Unidos e na Europa.

Na América do Norte, as ideias de Montesquieu foram muito bem acolhidas. No ano de 1776, a Declaração de Direitos da Virgínia (*Virginia Bill of Rights*) positivou, pela primeira vez, a “separação de poderes”. Alguns anos depois, em 1787, a mesma foi consagrada, de forma solene, pela Constituição dos Estados Unidos⁵⁸.

Na Europa, a sistemática de Charles de Secondat foi utilizada, em destaque, na França, na luta dos burgueses contra a monarquia absolutista. Nessa forma de governo, os monarcas, efetivamente, concentravam todo o poder do Estado. Assim, a “divisão de poderes” foi usada, pelos líderes da Revolução Francesa, como um dos principais suportes teóricos para a superação do absolutismo⁵⁹.

Depois da derrubada do regime absolutista na França, a “separação de poderes” foi, de maneira expressa, consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Reza o artigo 16 do referido documento: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos e nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Por intermédio das citadas positavações, a “divisão dos poderes” foi, cada vez mais, difundida como uma forma de proteção da liberdade dos cidadãos diante do Estado. As ideias de autores como John Locke e Montesquieu, sobre a desconcentração da potestade, superaram o campo teórico. De maneira crescente, a “separação dos poderes” foi sendo consagrada, por diversas Constituições, no mundo inteiro, como um dos mecanismos para prevenir excessos estatais⁶⁰.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 508.

⁵⁹ Entendimento análogo é sustentado por Eduardo Ritt. De acordo com o citado autor: “O princípio da separação de Poderes, tal como a concepção de soberania, serviu para embasar a vitória da burguesia contra a Monarquia Absolutista, na implantação do novo Estado liberal [...]”. RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 139.

⁶⁰ De modo exemplificativo, Juarez Freitas cita que, além da “divisão de poderes”, o princípio da legalidade e, também, o da projeção jurídica são dispositivos preventivos em face do Estado. FREITAS, Juarez. *As Grandes Linhas da Filosofia do Direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 1986, p. 104.

Esse caráter assecuratório dos direitos do cidadão identifica as garantias. Elas revelam⁶¹ meios, instrumentos, procedimentos e instituições destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos fundamentais. Destarte, em virtude do reconhecimento da sua função protetora dos mencionados direitos (em relevo, a liberdade), a “separação dos poderes” passou a integrar o rol das garantias fundamentais perante o Estado⁶².

Mais recentemente, ocorreram ainda outras repercussões da “divisão dos poderes”. Para exemplificar tais reflexos, vale dizer que vários doutrinadores hodiernos consideram a referida garantia como uma das características imprescindíveis do Estado de Direito⁶³. Portanto, a “separação de poderes” atingiu magnitude ímpar no constitucionalismo contemporâneo.

Terminada a análise da projeção histórica alcançada pela “divisão de poderes”, no item subsequente, serão apresentadas as conclusões deste artigo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prestigiada “separação de poderes” é produto de uma série de contribuições doutrinárias e, também, de lutas sociais. Ela não pode ser resumida aos escritos de um ou de alguns autores. A “divisão da potestade” deriva de um extenso processo histórico-doutrinário.

Na Antiguidade Clássica, constituiu-se o núcleo embrionário da “separação de poderes”. Na obra “Política”, o filósofo Aristóteles, a partir da observação das atividades do poder público, constatou que a funcionalidade estatal é diversificada. Nessa linha, ele sustentou que todo Estado possui três poderes (deliberativo, executivo e judicial).

⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 399.

⁶² No mesmo diapasão, é o entendimento defendido por Riccardo Guastini. Conforme o jurista italiano: “a assim chamada ‘separação dos poderes’ é uma garantia que produz os seus efeitos diante do poder político (do poder do Estado) no seu conjunto. É um meio de limitar o poder político em geral.”. GUASTINI, Ricardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 255.

⁶³ Nesse sentido: DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madri: Taurus, 1988, p. 31.

Assim, o reconhecimento, por Aristóteles, da mencionada tríade é a primeira etapa do processo histórico-doutrinário da “divisão de poderes”.

Na Idade Média, a potestade estatal continuou sendo objeto de estudos. Nesse contexto, Marsílio de Pádua e John Locke sobressaíram-se. Os citados autores, por intermédio das suas obras, manifestavam oposição ao poder ilimitado dos governantes.

No livro “O Defensor da Paz”, foi defendida, por Marsílio de Pádua, a necessidade das funções executiva e legislativa serem confiadas a diferentes órgãos. Ao contrário de Aristóteles, o referido pensador não admitiu a cumulação do legislativo e do executivo numa única pessoa. Desse modo, Marsílio de Pádua, além de diferenciar a elaboração da execução das leis, sustentou que tais funções devem ser compartilhadas.

No “Segundo Tratado sobre o Governo”, John Locke expôs um intrincado sistema de desconcentração da potestade estatal. Diversamente de Aristóteles e Marsílio de Pádua, o pensador inglês defendeu a existência de quatro poderes (o legislativo, o executivo, o federativo e a prerrogativa). Entretanto, por intermédio de uma análise minuciosa da referida sistematização, é possível constatar que, sob a ótica da titularidade, os quatro poderes de Locke podem ser resumidos em apenas dois: o legislativo e o executivo.

No século posterior à publicação do “Segundo Tratado sobre o Governo”, Montesquieu apresentou, na obra “O Espírito das Leis”, uma teoria tripartite de organização da potestade. Inspirado especialmente na Constituição da Inglaterra e nos estudos aristotélicos, Charles de Secondat desenvolveu a tripartição dos poderes. Essa sistematização da potestade, além de bastante difundida, foi, com o decorrer da história, considerada como clássica.

O objetivo essencial de Montesquieu, ao desenvolver a teoria tripartite, foi a obtenção de espaços privilegiados, para a nobreza, na estrutura do Estado. A rigor, o pensador francês não tinha como escopo principal a defesa do povo contra o absolutismo. Entretanto, por força das circunstâncias históricas, a tripartição de poderes serviu para o alcance de outros objetivos, bem diferentes das ambições dele.

As ideias de Montesquieu, no conturbado século XVIII, foram relacionadas ao ideal de liberdade dos cidadãos frente ao Estado. No continente americano, a “separação de poderes” foi acolhida na Constituição dos Estados Unidos. Na Europa, mais especificamente na França, a teoria tripartite funcionou como um dos mais importantes sustentáculos teóricos na derrubada da monarquia absolutista e, após, na edificação do Estado Moderno.

Em virtude da sua função protetora contra os excessos estatais, a “divisão de poderes” foi reconhecida como uma garantia fundamental no âmbito da doutrina e da generalidade das Constituições. Além disso, considerou-se a “separação de poderes” como um dos suportes essenciais do próprio Estado de Direito.

Destarte, a “divisão de poderes”, tanto nos textos constitucionais, bem como nos estudos doutrinários, restou solenemente consagrada. Ademais, o Barão de Montesquieu (ainda que de forma inusitada) acabou tendo o seu nome relacionado à história dos conflitos populares para a formação do Estado Moderno.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*. Lisboa: Presença, 1977.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Yves Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2001. Volume 1°.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madri: Taurus, 1988.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. Volume 1º.

FREITAS, Juarez. *As Grandes Linhas da Filosofia do Direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 1986.

GUASTINI, Ricardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Campinas: Russell, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MALBERG, Carré de. *Teoria General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão: Temas de Direito Político e Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à Constituição Federal: princípios fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PÁDUA, Marsílio de. *O Defensor da Paz*. Petrópolis: Vozes, 1995.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989.

RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996.



TRABALHO FORENSE



EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ DE DIREITO DA ___ª VARA JUDICIAL DA COMARCA DE XXX/RS

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, CNPJ 87.934.675/0001-96, por sua procuradora firmatária, que recebe intimações na Rua Sapiranga, nº 90, 5º andar, em Novo Hamburgo/RS, nos autos do processo em epígrafe, vem, à presença de Vossa Excelência, interpor a presente

MEDIDA CAUTELAR FISCAL

em face de:

FRIGORÍFICO LTDA., CNPJ 00.000.000/0000-00, inscrição estadual nº 000/0000000, estabelecido na Rua XXX, CEP 00.000-000, em XXX/RS (doc. 01);

EMPRESA 1 E CIA. LTDA., CNPJ 00.000.000/0000-00, inscrição estadual nº 000/0000000, estabelecido na Rua XXX, CEP 00.000-000, em XXX/RS (doc. 02);

EMPRESA 2 LTDA., CNPJ 00.000.000/0000-00, inscrição estadual nº 000/0000000, estabelecido na Rua XXX, CEP 00.000-000, em XXX/RS (doc. 03);

EMPRESA 3 LTDA – ME, CNPJ 00.000.000/0000-00, inscrição estadual nº 000/0000000, estabelecido na Rua XXX, CEP 00.000-000, em XXX/RS (doc. 04);

EMPRESÁRIO 1, CPF nº 000.000.000-00, brasileiro, casado, empresário, residente e domiciliado na Rua XXX, CEP 00.000-000, em XXX/RS (doc. 05);

EMPRESÁRIO 2, CPF nº 000.000.000-00, brasileiro, casado, empresário, residente e domiciliado na Rua XXX, CEP 00.000-000, em XXX/RS (doc. 06);

EMPRESÁRIO 3, CPF nº 000.000.000-00, brasileiro, casado, empresário, residente e domiciliado na Rua XXX, CEP 00.000-000, em XXX/RS (doc. 07);

EMPRESÁRIO 4, CPF nº 000.000.000-00, brasileiro, casado, empresário, residente e domiciliado na Rua XXX, CEP 00.000-000, em XXX/RS (doc. 08);

FILHO 1, CPF nº 000.000.000-00, brasileiro, casado, empresário, residente e domiciliado na Rua XXX, CEP 00.000-000, em XXX/RS (doc. 09);

FILHO 2, CPF nº 000.000.000-00, brasileiro, casado, empresário, residente e domiciliado na Rua XXX, CEP 00.000-000, em XXX/RS (doc. 10);

COMPANHEIRA, CPF nº 000.000.000-00, brasileiro, casado, empresário, residente e domiciliado na Rua XXX, CEP 00.000-000, em XXX/RS (doc. 11); e

MÃE, CPF nº 000.000.000-00, brasileiro, casado, empresário, residente e domiciliado na Rua XXX, CEP 00.000-000, em XXX/RS (doc. 12).

I – DO RELATO DAS DÍVIDAS DA PRIMEIRA DEMANDADA

1. O FRIGORÍFICO LTDA. é uma empresa estabelecida há cerca de 15 anos no Município de XXX, tendo, inclusive, recebido homenagens por suas atividades, na Câmara de Vereadores (doc. 13).

Seu faturamento, no ano de 2012, atingiu a cifra de **R\$ 27.112.297,05**, correspondendo a um faturamento médio mensal de **R\$ 2.259.358,09** (doc. 14).

Não obstante o substancial faturamento da empresa, no mesmo período, **não houve recolhimento de ICMS** (doc. 15).

2. Além disso, no decorrer dos quatro últimos anos, restou evidente a conduta evasiva da empresa, mediante a apropriação indevida de créditos fiscais, inclusive com a sonegação de valores decorrentes de substituição tributária.

Nesse particular, é relevante esclarecer que o frigorífico em questão é responsável pelo pagamento do ICMS de praticamente toda a cadeia de consumo. Isso porque os frigoríficos devem recolher o ICMS devido pelos produtores rurais (etapa anterior da cadeia de circulação de carne), bem como o tributo devido nas etapas subsequentes, em regime de substituição tributária, como bem esclarecido na fl. 2 do *Relatório Fiscal nº 086/002/2013* (doc. 17).

3. Até fevereiro de 2009 a empresa pagava regularmente o ICMS de sua responsabilidade. A partir desta data, passou a declarar o ICMS mensalmente, mas, em regra, não pagou o tributo devido.

Hoje, seu passivo tributário junto ao Estado do Rio Grande do Sul totaliza a cifra de **R\$ 9.234.149,35** (doc. 16), e é exigido em oito execuções fiscais:

Processo n°	Vara	Distribuição	Valor inicial	Andamento em 06/11/2013
000/0.00.0000000-0	1ª	06/04/2010	R\$ 1.088.158,88	Determinada intimação do executado para constituir novo procurador
000/0.00.0000000-0	2ª	21/11/2011	R\$ 817.971,24	Ordenado alvará de valores bloqueados - Bacenjud
000/0.00.0000000-0	2ª	10/09/2012	R\$ 739.182,64	Bacenjud negativo
000/0.00.0000000-0	2ª	09/07/2012	R\$ 492.328,38	Determinada a expedição de mandado de penhora
000/0.00.0000000-0	1ª	09/08/2012	R\$ 381.420,91	Determinado apensamento ao processo 000/0.00.0000000-0
000/0.00.0000000-0	1ª	11/04/2013	R\$ 2.841.996,18	Expedido mandado de penhora
000/0.00.0000000-0	2ª	13/06/2013	R\$ 728.286,24	Juntada carta AR de citação
000/0.00.0000000-0	1ª	18/07/2013	R\$ 1.142589,24	Bacenjud negativo

Pelo andamento de todas as execuções, percebe-se que não há garantia dos créditos tributários (exceto pelo bloqueio de ativos financeiros em nome do executado no processo 000/0.00.0000000-0, cujo valor é de R\$ 1.126,56 – doc. 18).

II – DO CABIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR FISCAL

4. A Lei n° 8.397, de 6 de janeiro de 1992, institui a medida cautelar fiscal, a qual pode ser instaurada após a constituição do crédito tributário, inclusive no curso da execução judicial, *ex vi* de seu art. 1°, abaixo transcrito:

Art. 1° O procedimento cautelar fiscal poderá ser instaurado após a constituição do crédito, inclusive no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias. (Redação dada pela Lei n° 9.532, de 1997)

Parágrafo único. O requerimento da medida cautelar, na hi-

pótese dos incisos V, alínea “b”, e VII, do art. 2º, independe da prévia constituição do crédito tributário. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

Por sua vez, o art. 2º aduz os casos em que a medida cautelar poderá ser requerida, a saber:

Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

I - sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado;

II - tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação;

III - caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

IV - contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

V - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) põe ou tenta pôr seus bens em nome de terceiros; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)

VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

VII - aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

VIII - tem sua inscrição no cadastro de contribuintes declarada inapta, pelo órgão fazendário; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

IX - pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) – grifei

In casu, encontram-se presentes os requisitos dos incisos V, “a”, VI e IX do art. 2º da Lei nº 8.397/92, consoante se passa a destacar.

II.a) Da prática de atos que dificultam a satisfação do crédito tributário

5. Conforme minuciosamente explicado no *Relatório Fiscal nº 086/002/2013* (doc. 17), a empresa, em conjunto com os demais corrêus, montou um esquema para se furtrar à tributação pelo ICMS.

6. Os sócios originais do Frigorífico, SÓCIA 1 e EMPRESÁRIO 1, supostamente se retiraram da sociedade em 16/09/2005, conforme se lê nas informações da JUCERGS em anexo (doc. 01). Nesta data, ingressaram na sociedade o sobrinho de SÓCIA 1 (SÓCIO 2) e o irmão de EMPRESÁRIO 1 (EMPRESÁRIO 2).

Em 29/12/2008, pouco antes do início do endividamento por parte da pessoa jurídica, houve nova alteração contratual, quando ingressaram na sociedade os irmãos EMPRESÁRIO 4 e EMPRESÁRIO 5. Este último se retirou da sociedade em 16/04/2013.

7. Surpreendentemente, apesar de terem se retirado da sociedade em 2005 e 2008, respectivamente, o sócio fundador **EMPRESÁRIO 1** e seu irmão **EMPRESÁRIO 2** estavam presentes no Frigorífico nas duas inspeções realizadas pela Secretaria da Fazenda, como narrado nas fls. 11 e 15 do *Relatório Fiscal*. EMPRESÁRIO 1 ainda representou o Frigorífico na solenidade de homenagens por suas atividades, na Câmara de Vereadores, como se lê em notícia veiculada no sítio eletrônico da Câmara (doc. 13); e costuma negociar com os clientes do Frigorífico (fl. 18 do *Relatório Fiscal*).

Portanto, percebe-se que EMPRESÁRIO 1 e EMPRESÁRIO 2 permanecem administrando, de fato, o Frigorífico, apesar de não possuírem procurações públicas lhe autorizando esta atividade (doc. 21).

Além deles, EMPRESÁRIO 3, bem como os filhos de EMPRESÁRIO 1, FILHO 1 e FILHO 2, costumam assinar documentos em nome do Frigorífico, conforme relatado nas fls. 15-17 do *Relatório Fiscal*, e comprovado pelas cópias dos documentos que acompanham o *Relatório*.

8. A relação existente entre o Frigorífico e a empresa **EMPRESA 1 e Cia. Ltda.** também evidencia a prática de atos tendentes

a dificultar a satisfação do crédito tributário. Esta empresa tem por objeto social o comércio atacadista de carnes, e pertence ao sócio que se retirou do Frigorífico em abril de 2013 (EMPRESÁRIO 3).

Como narrado na fl. 19 do *Relatório Fiscal*, 61% das vendas do Frigorífico se destinam à EMPRESA 1 e Cia. Ltda. Por este motivo, as empresas podem ser consideradas interdependentes, conforme previsto no art. 1º, III, d, do Livro I do RICMS (Decreto Estadual 37.699/97):

Art. 1º - Para os efeitos deste Regulamento: [...]

III - consideram-se interdependentes duas empresas quando: (Redação dada pelo art. 1º (Alteração 3925) do Decreto 50.222, de 09/04/13. (DOE 10/04/13) - Efeitos a partir de 01/03/13.)

a) uma delas, por si, seus sócios ou acionistas, e respectivos cônjuges e filhos menores, for titular de mais de 50% (cinquenta por cento) do capital da outra; (Redação dada pelo art. 1º (Alteração 3925) do Decreto 50.222, de 09/04/13. (DOE 10/04/13) - Efeitos a partir de 01/03/13.)

b) uma delas tiver participação na outra de 15% (quinze por cento) ou mais do capital social, por si, seus sócios ou acionistas, bem assim por intermédio de parentes destes até o segundo grau e respectivos cônjuges, se a participação societária for de pessoa física; (Redação dada pelo art. 1º (Alteração 3925) do Decreto 50.222, de 09/04/13. (DOE 10/04/13) - Efeitos a partir de 01/03/13.)

c) uma mesma pessoa fizer parte de ambas, na qualidade de diretor, ou sócio com funções de gerência, ainda que exercidas sob outra denominação; (Redação dada pelo art. 1º (Alteração 3925) do Decreto 50.222, de 09/04/13. (DOE 10/04/13) - Efeitos a partir de 01/03/13.)

d) **uma tiver vendido ou consignado à outra, no ano anterior**, mais de 20% (vinte por cento), no caso de distribuição com exclusividade em determinada área do território nacional, e **mais de 50% (cinquenta por cento)**, nos demais casos, do seu volume de vendas; (Redação dada pelo art. 1º (Alteração 3925) do Decreto 50.222, de 09/04/13. (DOE 10/04/13) - Efeitos a partir de 01/03/13.)

e) uma delas, por qualquer forma ou título, for a única adquirente, de um ou de mais de um dos produtos da outra, ainda quando a exclusividade se refira à padronagem, marca ou tipo do produto; (Redação dada pelo art. 1º (Alteração 3925) do Decreto 50.222, de 09/04/13. (DOE 10/04/13) - Efeitos a partir de 01/03/13.)

f) uma vender à outra, mediante contrato de participação ou ajuste semelhante, produto que tenha fabricado ou importado. (Redação dada pelo art. 1º (Alteração 3925) do Decreto 50.222, de 09/04/13. (DOE 10/04/13) - Efeitos a partir de 01/03/13.)

Ademais, considerando-se o volume de comercialização por parte do Frigorífico, bem como o fato de que a maior parte de sua carne é destinada à segunda demandada, seria possível presumir que esta seria uma empresa com expressiva atividade comercial.

Não é o que ocorre, contudo, na medida em que a fiscalização não logrou identificar atividades, por parte da segunda demandada, que correspondessem ao volume de transferência de mercadorias. De fato, em três visitas a esta empresa, os agentes da Secretaria da Fazenda não tiveram acesso ao estabelecimento, pois não havia ninguém no endereço. Em uma quarta visita, após prévio agendamento com o contador, verificou-se que o estabelecimento da segunda demandada estava sem uso, e sem sinais de utilização recente.

Ou seja, a pessoa jurídica EMPRESA 1 e Cia. Ltda. é uma **empresa de fachada**, sem atividade operacional, utilizada para dar ares de regularidade às vendas feitas pelo Frigorífico.

9. O grupo econômico formado pelos corréus também estruturou uma forma de **ocultar seu patrimônio**: houve a constituição de duas pessoas jurídicas que têm por objeto social o aluguel de veículos de carga e o transporte de carnes, a **EMPRESA 2 Ltda.** e a **EMPRESA 3 Ltda – ME**.

Estas duas empresas são proprietárias de diversos caminhões frigoríficos, conforme relação de fls. 27-28 do *Relatório Fiscal*, e supostamente prestam serviços ao Frigorífico. Ocorre que, mais uma vez, essa operação é simulada.

Como se verifica dos extratos da JUCERGS em anexo (docs. 03 e 04), a EMPRESA 2 é de propriedade do EMPRESÁRIO 1 e de seus dois filhos, **FILHO 1 e FILHO 2**.

Já a EMPRESA 3 foi de propriedade dos filhos do EMPRESÁRIO 1, passando, em maio de 2011, a ser gerida por **MÃE**, mãe dos irmãos EMPRESÁRIO 3 e EMPRESÁRIO 4.

Também aqui há relação de interdependência com o Frigorífico e com a segunda demandada, na medida em que são todas tituladas por parentes, até o segundo grau, na forma do já citado art. 1º, III, b, do Livro I do RICMS. O *Relatório Fiscal* traz diversos elementos que demonstram a relação de interdependência existente entre o Frigorífico e a terceira e a quarta demandadas.

Primeiramente, os caminhões destas empresas ficam estacionados no pátio do Frigorífico (fl. 12). Ao menos um desses veículos, aliás, possui letreiro com o nome fantasia do Frigorífico, conforme foto de fl. 15.

Em segundo lugar, a EMPRESA 2 e a EMPRESA 3 não emitiram nenhuma nota fiscal de serviços para o Frigorífico. Além disso, não foi localizado nenhum comprovante de pagamento pelos serviços prestados (fl. 17 do *Relatório Fiscal*).

10. Deve ser mencionado, ainda, que a companheira de EMPRESÁRIO 3, **COMPANHEIRA**, é proprietária de dois veículos, que são utilizados nas atividades do grupo econômico, como se depreende das fls. 20-21 do *Relatório Fiscal*.

11. De tudo isso, denota-se que os créditos tributários dificilmente serão honrados pela empresa demandada, principalmente pela prática por ela utilizada, de dividir os lucros entre o Frigorífico e a segunda demandada, bem como de ocultar o patrimônio da empresa na terceira e na quarta demandada.

12. Adita-se a isso o fato de que o Frigorífico deixou de recolher, também, os tributos federais, cuja conduta dificultará sobremaneira a satisfação dos créditos tributários estaduais, uma vez que a Fazenda Nacional é credora preferencial ao Estado do Rio Grande do Sul, *ex vi* do art. 187, parágrafo único do Código Tributário Nacional.

Por oportuno, deve ser destacado que os créditos tributários da União em execução fiscal importam a quantia de cerca de R\$ 500.000,00, em valores históricos, consoante atestam as movimentações processuais anexas (doc. 19), o que demonstra, por si só, a absoluta dificuldade na satisfação do crédito tributário do ente

estadual, em decorrência do inadimplemento contumaz também dos tributos federais.

13. Quanto à possibilidade de deferimento da Medida Cautelar Fiscal nos casos em que o devedor praticar atos que dificultam a satisfação do crédito tributário, traz-se à baila as seguintes decisões:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. GRUPO ECONÔMICO. 1. O fato de estar pendente de análise o recurso perante a esfera administrativa enseja a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não impede a autoridade fazendária de tomar as medidas de cunho cautelar para o fim de ver assegurada a efetividade de eventual cobrança a ser aparelhada pelo Fisco. Além disso, **a inicial refere a prática de atos que visavam impedir e/ou dificultar o recebimento do crédito tributário pela requerente (art. 2º, inciso IX da Lei n.º 8.397/92)**, o que mais reforça a adequação da medida. 2. A existência de arrolamento não impede a decretação de indisponibilidade, a considerar que as medidas geram conseqüências diversas. 3. No que concerne à decretação de indisponibilidade sobre bens que não fazem parte do ativo permanente da pessoa jurídica, é de se considerar que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de admitir tal bloqueio em hipóteses excepcionais, o que se coaduna com a hipótese dos autos. 3. Agravo improvido. (TRF4, AG 5007437-38.2012.404.0000, Primeira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria de Fátima Freitas Labarrère, D.E. 06/09/2013 – grifamos)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. REQUISITOS. EXISTÊNCIA. 1. Deve ser reconhecido o interesse de agir da requerente na medida cautelar fiscal, porquanto o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.397/92 não exige constituição definitiva do crédito fiscal, mas apenas que ele se encontre constituído, com a lavratura do auto de infração notificado ao contribuinte. 2. A ação foi julgada parcialmente procedente ao entendimento de que **configuradas as hipóteses do art. 2º, incisos II, VI e IX, da Lei 8.397/92, tendo sido suficientemente demonstrada a utilização de expedientes como alterações contratuais, desligamento da sociedade com a utilização de interpostas pessoas que lhes outorgaram procurações e que nada sabiam da administração da empresa**, principalmente no que diz respeito à gestão finan-

ceira. 3. Apelo improvido. (TRF4, AC 2007.70.15.000530-9, Primeira Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, D.E. 06/02/2013 – grifamos)

14. Sendo assim, com arrimo no art. 2º, IX, da Lei nº 8.397/92, viável o deferimento da medida cautelar aqui perseguida.

II.b) Do não pagamento do crédito tributário quando devidamente notificado

15. Por outro turno, o art. 2º, V, “a”, da Lei nº 8.397/92 admite a decretação da cautelar fiscal quando o devedor, notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao pagamento do crédito tributário, deixar de fazê-lo no prazo legal.

16. Aqui, tomando-se por base os créditos tributários já ajuizados, cujas DATs se referem a imposto informado em GIA pela própria devedora, a notificação para pagamento operou-se na forma prevista no art. 21, § 4º, da Lei 6.537/73, que assim dispõe:

Art. 21 (...)

§ 4º - O disposto neste artigo não se aplica nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 17, casos em que, no momento da entrega da guia informativa, considera-se o sujeito passivo notificado a pagar, no prazo legal, o tributo declarado e que, se não for pago, considera-se também notificado de sua inscrição automática como Dívida Ativa Tributária e de suas conseqüências, no prazo e na forma previstos nesta Lei.

Como se observa, nos casos de imposto informado em guia informativa mensal, como ocorrido nos débitos abrangidos pelas execuções fiscais acima referidas, a notificação para pagamento opera-se *ex lege* no momento da entrega da GIA ao Fisco.

17. De qualquer sorte, cumpre assinalar que tais débitos já foram objeto de citação operada nas Execuções Fiscais indicadas no tópico I, sem que o sujeito passivo tenha efetuado o pagamento ou nomeado bens aptos a garantir integralmente o juízo.

18. Dessa forma, implementado está o requisito constante do art. 2º, V, "a", da Lei nº 8.397/92, fator outro para decretar, liminarmente, a indisponibilidade dos bens dos corréus. Acerca da possibilidade de decretação da medida cautelar fiscal em caso semelhante ao presente, aliás, há decisão do Tribunal de Justiça:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. INDISPONIBILIDADE DOS BENS DA EMPRESA E DE SEUS ADMINISTRADORES. I. No caso concreto, não demonstrada a desarrazoabilidade da concessão da liminar. II. Caracterizado que a empresa possui débitos, inscritos ou não em dívida ativa, que somados ultrapassam 30% do seu patrimônio conhecido. Requisito previsto no art. 2º, VI da Lei 8397/92. IV. **A empresa, em que pese notificada pela Fazenda Pública para que procedesse ao recolhimento de créditos fiscais, deixou de pagá-los no prazo legal (art. 2º, V, a da Lei 8397/92).** Agravo provido. (Agravo de Instrumento Nº 70025396888, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 22/10/2008 – grifamos)

II.c) Da existência de débitos tributários superiores a 30% do patrimônio conhecido da devedora

19. Como se não bastasse o enquadramento dos fatos até aqui noticiados, que por si só autorizariam o deferimento da medida cautelar fiscal, encontra-se presente, na situação em exame, o requisito constante do art. 2º, VI, da Lei nº 8.397/92, uma vez que os débitos inscritos em dívida ativa superam 30% do patrimônio da requerida.

De fato, consoante constatado pelo Agente Fiscal do Estado, o Frigorífico não possui imóveis ou veículos em seu nome (fl. 26 do *Relatório Fiscal*, bem como certidões negativas, em anexo – docs. 17 e 20). Ademais, as pesquisas já realizadas nas execuções fiscais revelou que tampouco há ativos financeiros em seu nome (doc. 22). Portanto, o patrimônio conhecido da devedora é zero.

20. Deve-se ter presente que a norma em referência é objetiva, bastando a comprovação de que a dívida supera 30% do patrimônio da devedora para ser deferida a medida cautelar, independentemente

da análise subjetiva, porquanto, em tais casos, o fundado receio de restar frustrada a satisfação dos créditos tributários possui presunção *juris et juris*.

21. A respeito da possibilidade de deferimento da medida cautelar fiscal na hipótese em que os débitos inscritos em dívida ativa superarem a 30% do patrimônio da empresa, colacionam-se os seguintes julgados:

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. INDISPONIBILIDADE DOS BENS DA EMPRESA E DE SEUS ADMINISTRADORES. I. **Caracterizado que a empresa possui débitos, inscritos em dívida ativa, que somados ultrapassam 30% do seu patrimônio conhecido.** Requisito previsto no art. 2º, VI da Lei 8397/92. II. Cabível a extensão da medida ao administrador, nos termos do art. 4º, § 1º, do referido diploma legal, a fim de assegurar eventual redirecionamento do feito. POR UNANIMIDADE, APELO DA REQUERIDA DESPROVIDO. POR MAIORIA, APELO DO REQUERENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70051499028, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 21/11/2012 – grifamos)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. LIMINAR. INDISPONIBILIDADE DOS BENS DA EMPRESA E DE SEUS ADMINISTRADORES. LEI FEDERAL N.º 8.397/92. **DEMONSTRADO POSSUIR A EMPRESA DÉBITOS, INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA, QUE SOMADOS ULTRAPASSAM 30% DO SEU PATRIMÔNIO CONHECIDO, NOS TERMOS DO PREVISTO NO ART. 2º, VI DA LEI 8397/92, POSSÍVEL A DECLARAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS DA EMPRESA E DE SEUS ADMINISTRADORES.** AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70043706142, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 11/04/2012 – grifamos)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMPESTIVIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTERRUÇÃO DO PRAZO. ART. 538, DO CPC. PROCESSO CAUTELAR FISCAL. CABIMENTO. Os embargos opostos por uma das partes interrompem o prazo para a interposição dos recursos

das outras partes, nos termos do artigo 538, do CPC. Ou seja, após a prolação da decisão que examina os embargos declaratórios, todas as partes são novamente intimadas para recorrer. **Uma das hipóteses que autoriza o requerimento da medida cautelar fiscal está configurada quando o devedor possui débitos superiores a 30% de seu patrimônio, conforme dispõe o artigo 2º, V, da Lei nº 8.397/92.** A suspensão da exigibilidade do crédito tributário não é óbice à propositura da cautelar fiscal, pois, caracterizadas as hipóteses legais, não pode o credor se manter inerte diante de atos de gestão destinados a dificultar a satisfação do crédito tributário. (TRF4, AG 5016075-60.2012.404.0000, Segunda Turma, Relatora p/ Acórdão Luciane Amaral Corrêa Münch, D.E. 14/11/2012 – grifamos)

22. Destarte, uma vez comprovado que o passivo tributário da empresa supera seu patrimônio conhecido, de rigor impõe-se o deferimento da medida cautelar fiscal, com o fito de tornar indisponíveis os bens que compõem seu ativo permanente, na forma prevista no art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.397/92.

II.d) Do deferimento da medida como forma de proteção à concorrência

23. Sob outro enfoque, urge ser deferida a medida cautelar também como forma de proteção à concorrência, porquanto, no caso do ICMS, cuja alíquota básica geral varia nos Estados entre 17% e 18% do valor da operação, torna-se impactante a não-oneração do contribuinte com o pagamento do tributo.

Efetivamente, se o bem for oferecido por valor abaixo do preço de mercado, em função da inexistência de oneração com o ICMS, tal conduta demonstra um flagrante caso de prática de preços predatórios, com potencial prejuízo à concorrência.¹

24. Por outro lado, mesmo não se utilizando dessa vantagem, quando a empresa oferece a mercadoria ao preço de mercado, one-

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da livre concorrência na Constituição Federal. Revista de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, n. 10, p. 190-204, 1995.

rando o consumidor e deixando de repassar os valores ao Estado, tem-se um evidente caso de aumento injustificado e ilícito dos lucros dos controladores da sociedade, que pode chegar, em determinados segmentos, a 388% .²

No presente caso, ainda, tem-se que a vantagem da primeira demandada sobre as concorrentes é ainda maior, na medida em que se apropria dos valores de ICMS devidos por seus substituídos, como explicitado na fl. 2 do *Relatório Fiscal*.

Logo, a sistemática ausência do recolhimento do tributo devido, especialmente em se tratando de tributo indireto, pode ser considerada um dos meios de se proceder ao aumento arbitrário de lucros e de se ocupar uma posição de maior vantagem no campo de batalha concorrencial.³

25. Consequentemente, o contribuinte que, tendo desoneração ilícita e contumaz de parte da carga tributária, consegue vender seus produtos abaixo do preço de custo, contrária, em um primeiro plano, o próprio fundamento da livre iniciativa, art. 170, *caput*, da Constituição Federal. Também prejudica a concretização do princípio da livre concorrência no mercado, consagrado no inciso IV da norma constitucional em evidência, pois, ao exercer de forma abusiva sua posição no mercado, acaba desequilibrando a igualdade de condições competitivas.

Em um segundo momento, é atingido também o princípio de defesa do consumidor, art. 170, V, pois o destinatário final da cadeia de circulação, que poderia parecer beneficiado com a oferta de bens a preços inferiores aos de produção, também poderá passar a ser prejudicado. Isto porque a predatorialidade acaba por eliminar ou prejudicar a concorrência, favorecendo a concentração de mercado, o que facilita a posterior fixação de preços em níveis excessivos.⁴

² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Consulta nº 0038/99.

³ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. O abuso do poder econômico e os tributos indiretos. Jus Navigandi, n. 66, 2003, Disponível em: <<http://www.www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4108>> Acesso em: 29 maio 2005.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da livre concorrência na Constituição Federal. Revista de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, n. 10, p. 190-204, 1995.

26. No caso em apreço, a empresa FRIGORÍFICO LTDA. é considerada devedora contumaz do tributo estadual, já que seu recolhimento do ICMS é irrisório.

Em decorrência do não pagamento do tributo devido, sobra margem para conferir maiores descontos em suas vendas, desequilibrando a concorrência no setor em que atua.

Ainda, por meio ardil – não pagamento do tributo – a empresa demandada interfere prejudicialmente no mercado, já que aumenta consideravelmente sua margem de lucro às custas do Erário.

27. Portanto, não pode o Poder Judiciário ser conivente com essa manobra ilícita praticada pelo Frigorífico, diante do prejuízo causado à concorrência e aos cofres públicos, fator determinante para a concessão das medidas extremas previstas na Lei nº 8.397/92.

III. DA NECESSIDADE DE EXTENSÃO DA MEDIDA EM RELAÇÃO AO PATRIMÔNIO DOS DEMAIS CORRÉUS

28. Como exaustivamente demonstrado no tópico II.a, os corréus se utilizaram de diversas estratégias ilícitas para burlar a fiscalização tributária e ocultar seu patrimônio, restando claramente configurada a hipótese do art. 135 do CTN:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de **atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei**, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. [grifamos]

Ademais, houve apropriação indébita dos tributos devidos na condição de substituto tributário, configurando-se, em tese, o crime previsto no art. 2º, II, da Lei 8.137/90.⁵

⁵ Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000) II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

Portanto, mostra-se plenamente viável responsabilizar os administradores das pessoas jurídicas envolvidas, na medida em que praticaram diversos atos configuradores da responsabilidade prevista no art. 135 do CTN. Ademais, é possível responsabilizar aqueles que, ainda que não tenham formalmente poderes de administração, estejam comprovadamente exercendo tal atribuição.

Sobre a possibilidade de responsabilizar pessoalmente o administrador de fato ou o mandatário que age com excesso de poderes, leia-se as seguintes decisões do Tribunal de Justiça:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADMINISTRAÇÃO DE FATO DA EMPRESA. PASSIVO APURADO NA LIQUIDAÇÃO DA FALIDA. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA A GESTÃO DOS RÉUS. RECURSO ADESIVO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL. DESCABIMENTO. 1. RECURSO ADESIVO. NÃO CONHECIMENTO. Ocorrente, in casu, a preclusão consumativa, não se admitindo que a parte cujo recurso principal não fora conhecido por deserto, maneje nova inconformidade, através do recurso adesivo. Precedentes do STJ. Recurso adesivo não conhecido. 2. ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL. A hipótese dos autos não autoriza a assistência litisconsorcial, já que o pretenso assistente não possui relação com o direito em discussão nesta demanda, não sofrendo, por essa razão, os efeitos diretos da coisa julgada que aqui reste formada. 3. ADMINISTRADOR DE FATO. Contexto probatório que permite conclusão no sentido de que o réu atuava diretamente na administração da empresa, contratando empregados, efetuando pagamentos, adquirindo mercadorias, enfim, realizando típicas tarefas de administrador. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO. APELOS IMPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70024856833, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 30/10/2008 – grifamos)

EMENTA: DIREITO TRIBUTARIO. RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO. SOCIO OCULTO E ADMINISTRADOR. EXTRAINDO-SE DA PROVA DOS AUTOS, COM ACENTUADA SEGURANÇA, QUE O APELANTE ERA SOCIO OCULTO E ADMINISTRADOR DE FATO DA EXECUTADA, RESPONDE O MESMO TRIBUTARIAMENTE, NOS TERMOS DO ARTIGO 135, III, DO CTN. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 596250753, Primeira Câmara

Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, Julgado em 14/05/1997 – grifamos)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPEITA DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. CRÉDITO TRIBUTÁRIO RELATIVO À IMPOSTO NÃO INFORMADO. **REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA O MANDATÁRIO COM PODERES DE ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE. CABIMENTO. FATOS GERADORES E INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA COMETIDOS A ÉPOCA QUE O PROCURADOR EXERCIÁ PODERES DE GERÊNCIA.** APLICAÇÃO DOS ARTS. 134 E 135, II, DO CTN. EMBORA A RESPONSABILIDADE PELOS DÉBITOS DA SOCIEDADE NÃO SEJA SOLIDÁRIA, É CABÍVEL A CITAÇÃO DO PROCURADOR PARA QUE, APRESENTANDO DEFESA, EXONERE-SE OU NÃO DA DÍVIDA DA SOCIEDADE. DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70034513168, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 04/08/2010)

29. A confusão patrimonial existente entre os corréus também é evidente, e fica especialmente clara quando se percebe que **EMPRESÁRIO 3** compra, em nome próprio, peças para os caminhões da terceira e da quarta demandadas, consoante narrado nas fls. 21-22 do *Relatório Fiscal*, bem como nas notas fiscais eletrônicas juntadas no Anexo XXIX do *Relatório*.

Nessa mesma linha, a análise das notas fiscais eletrônicas emitidas pela **EMPRESA 3** revela que esta utiliza o e-mail veterinário@frigorifico.com.br, tem como telefone de contato o telefone do Frigorífico e, por vezes, indica o endereço do Frigorífico como seu endereço (fls. 22-25 do *Relatório Fiscal*).

Configura-se, portanto, o abuso de personalidade jurídica, a permitir a aplicação do art. 50 do Código Civil ao presente caso:

Art. 50. Em caso de **abuso da personalidade jurídica**, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela **confusão patrimonial**, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. [grifamos]

Nesse sentido, as seguintes decisões do Tribunal de Justiça, bem como do STJ:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRUPO ECONÔMICO FORMADO POR MEMBROS DA MESMA FAMÍLIA. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONFUSÃO PATRIMONIAL. ART. 50 CCB. Mantida a decisão interlocutória que reconheceu a existência de grupo econômico e abuso da personalidade jurídica ao efeito de desconsiderar a personalidade jurídica e determinar o ingresso das demais empresas no polo passivo da lide. Inteligência do art. 50 do Código Civil. **AGRAVO DESPROVIDO. UNÂNIME.** (Agravo de Instrumento N° 70055390710, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 03/10/2013 – grifamos)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DE FALÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (CC/2002, ART. 50). SOCIEDADE EMPRESÁRIA IMPETRANTE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO ECONÔMICO DA FALIDA. DESNECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA. IMPRESCINDIBILIDADE DO CONTRADITÓRIO (CF, ART. 5º, LIV E LV). RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. **É possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico da sociedade empresária falida, quando a estrutura deste é meramente formal,** sendo desnecessário o ajuizamento de ação autônoma para a verificação de fraude ou confusão patrimonial. Precedentes.
2. No caso, entretanto, houve violação formal ao due process of law, em seu consectário princípio do contraditório (CF, art. 5º, LIV e LV), pois a sociedade empresária atingida pela desconsideração não teve oportunidade de se manifestar acerca da medida que lhe foi imposta.
3. Não se pode adotar medida definitiva que afete bem da vida em determinada instância judicial sem que se garanta o contraditório.
A validade das decisões judiciais requer a observância de um processo justo, em suas dimensões formal e material.
4. Necessário assegurar à impetrante o direito de ser ouvida no juízo da falência acerca da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em relação à sua pessoa, podendo deduzir as alegações que entender relevantes e requerer produção de provas, cabendo ao il. julgador deliberar como entender de direito.

5. Recurso ordinário parcialmente provido.
(RMS 29.697/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 01/08/2013 – grifamos)

RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. PROCESSO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECONHECIMENTO DE GRUPO ECONÔMICO. REVISÃO DOS FATOS AUTORIZADORES. SÚMULA Nº 7/STJ. NULIDADE POR FALTA DE CITAÇÃO AFASTADA. EFETIVO PREJUÍZO PARA A DEFESA NÃO VERIFICADO. OFENSA À COISA JULGADA INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SÚMULA Nº 98/STJ.

1. **Reconhecido o grupo econômico e verificada confusão patrimonial, é possível desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa para responder por dívidas de outra**, inclusive em cumprimento de sentença, sem ofensa à coisa julgada. Rever a conclusão no caso dos autos é inviável por incidir a Súmula nº 7/STJ.

2. A falta de citação da empresa cuja personalidade foi desconsiderada, por si só, não induz nulidade, capaz de ser reconhecida apenas nos casos de efetivo prejuízo ao exercício da defesa, inexistente na hipótese.

3. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido.
(REsp 1253383/MT, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 05/10/2012 – grifamos)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA DE COMISSÕES. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INCLUSÃO NO POLO PASSIVO DE EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO DO QUAL FAZ PARTE A SOCIEDADE EXECUTADA. CONFUSÃO PATRIMONIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ARTIGO 50 DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE. O artigo 50 do Código Civil autoriza a desconsideração da personalidade jurídica quando observada a confusão patrimonial. **Caso em que sociedades empresárias do mesmo grupo econômico guardam identidade de sócios e endereços**, sucedendo-se na mesma atividade mercantil. Substituição societária que visa à fuga de possíveis constrições patrimoniais, configurando abuso da personalidade jurídica. Insolvência da executada constatada por tentativa frustrada de penhora on line e inércia no processo de recuperação judicial. **Autorizado o redirecionamento da execução a empresas do conglomerado**,

com o objetivo de salvaguardar o interesse do credor, garantindo a satisfação de seu crédito. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento N° 70056518913, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Beatriz Iser, Julgado em 10/10/2013 – grifamos)

30. Portanto, e a fim de conferir maior eficácia à medida cautelar fiscal, faz-se mister, com supedâneo no art. 4º, § 1º, da Lei n° 8.397/92, abaixo transcrito, seja concedida a extensão de seus efeitos ao patrimônio dos demais envolvidos no grupo econômico, elencados na qualificação desta petição inicial:

Art. 4º A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.

§ 1º Na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo:

- a) do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício;
 - b) do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos.
- grifei

31. Então, para assegurar a eficácia na futura responsabilização pessoal nas execuções acima noticiadas, impende seja estendida a indisponibilidade para os bens dos corréus. Nesse sentido, firme o entendimento jurisprudencial:

EMENTA: AGRAVO. TRIBUTOS. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. Indisponibilidade dos bens de sócia-gerente. Possibilidade, no caso concreto. Agravo improvido. (Agravo N° 70051092856, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Rodrigues Bossle, Julgado em 03/10/2012)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. LEI 8.397/92. ARTIGO 2º, “B”, INCISOS VII E IX. INDISPONIBILIDADE. GRUPO ECONÔMICO. BLOQUEIO DE ATIVOS EM CONTA-CORRENTE. POSSIBILIDADE. Estando suficientemente demonstrados os requisitos

que autorizam, na forma da Lei nº 8.397/92, a decretação liminar da indisponibilidade dos bens das pessoas jurídicas e físicas requeridas, na forma do artigo 2º, incisos VII e IX, deve ser mantida a decisão que deferiu o pedido deduzido pela Fazenda Nacional. Hipótese em que **as circunstâncias mostram-se suficientes a autorizar, em um primeiro momento, a responsabilização solidária de todas as pessoas jurídicas, na forma do artigo 30, IX, da Lei nº 8.212/91** ('as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei'), bem como a responsabilização dos administradores, na forma do artigo 135, inciso III, do CTN, e artigo 4º, §1º, da Lei 8.397/92. No que concerne à decretação de indisponibilidade sobre bens que não fazem parte do ativo permanente da pessoa jurídica, é de se considerar que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de admitir tal bloqueio em hipóteses excepcionais, o que se coaduna com a hipótese dos autos. Agravo improvido. (TRF4, AG 5003798-75.2013.404.0000, Primeira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria de Fátima Freitas Labarrère, D.E. 31/07/2013 – grifamos)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. DEFERIMENTO. ADMINISTRAÇÃO SOCIEDADE. IRREGULARIDADES. Em se tratando de cognição sumária (no caso de liminar em cautelar), que não exige a exaustão da análise da prova, correto o juízo a quo ao deferir a medida de urgência, já que além do débito fiscal perseguido importar vultosa quantia, **a empresa não possui bens que compõem seu ativo permanente e, entretanto, o sócio agravante possui patrimônio particular bastante considerável, o que demonstra a existência de veementes indícios de irregularidades na administração da sociedade empresária.** (TRF4, AG 5018055-76.2011.404.0000, Segunda Turma, Relatora p/ Acórdão Luciane Amaral Corrêa Münch, D.E. 26/04/2012 – grifamos)

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. O artigo 124, II, do CTN e o artigo 30, IX, da Lei nº 8.212/91, admitem a responsabilidade solidária por dívida fiscal entre componentes do mesmo grupo econômico. 2. **Considerando que, nos autos da Medida Cautelar Fiscal nº 2008.71.00.022474-4 foi reconhecido que a Embarcante é empresa do mesmo grupo econômico do qual**

o Sr. Wolf Gruenberg, seu sócio e sócio da empresa executada, é gestor de fato, correta a decisão que determinou a penhora dos seus bens. 3. Não há falar em sucumbência no tocante à exclusão de uma das CDAs, pois a errônea inscrição decorreu de erro do contribuinte na prestação de informações na DRPJ. (TRF4, AC 5012014-70.2010.404.7100, Segunda Turma, Relatora p/ Acórdão Luciane Amaral Corrêa Münch, D.E. 13/04/2012 – grifamos)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. LEI 9.397/1992. INDISPONIBILIDADE DOS BENS DA PESSOA JURÍDICA E DO ADMINISTRADOR E SÓCIO DE FATO. 1. A concessão de medida cautelar fiscal, decretando a indisponibilidade de bens do devedor, quando atendidos os demais requisitos previstos na lei, não pressupõe necessariamente crédito tributário constituído definitivamente, não representando a pendência de recurso administrativo óbice ao deferimento da medida. 2. A extensão da indisponibilidade aos bens pessoais do sócio ou administrador da pessoa jurídica devedora, na condição de responsáveis tributários, é cabível nas mesmas hipóteses em que é possível o redirecionamento da execução fiscal contra eles, exigindo, portanto, presença de indícios que apontem para a prática de atos de gestão com excesso de poderes ou em infringência à lei, contrato social ou estatuto, conforme previsto no artigo 135 do CTN. (TRF4, AC 2008.72.99.002791-5, Primeira Turma, Relator Álvaro Eduardo Junqueira, D.E. 11/10/2011)

32. De rigor, portanto, a extensão da medida aos bens dos demais corréus, consoante expressa previsão contida no art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.397/92.

IV. DO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS EXIGIDOS NA LEI

33. Por derradeiro, ressalta-se que estão presentes todos os pressupostos para concessão da medida cautelar previstos no art. 3º da Lei nº 8.397/92, uma vez que a inicial está acompanhada da prova de constituição dos créditos tributários em cobrança judicial (doc. 23).

Da mesma forma, a presente peça vem instruída com as provas documentais corroborando as condutas descritas nos itens II.a

(Relatório Fiscal nº 086/002/2013 – doc. 17), II.b (GIAs e petições iniciais – docs. 14 e 23) e II.c (pesquisas de bens negativas – docs. 20 e 22). Destaca, ainda, que enviou ofício à Prefeitura Municipal (doc. 24), questionando acerca do proprietário do imóvel em que está estabelecida a empresa executada, mas ainda está aguardando a resposta.

Sendo assim, uma vez comprovada a constituição do crédito tributário, bem como a existência de três causas arroladas no art. 2º da Lei nº 8.397/92, impõe-se o deferimento liminar da medida cautelar fiscal, procedendo-se na forma do art. 4º, §§ 1º e 3º, da lei em voga.

V. DOS PEDIDOS

ANTE O EXPOSTO, o ente público **requer:**

a) na forma do art. 7º da Lei nº 8.397/92, seja concedida, liminarmente, a indisponibilidade dos bens dos réus arrolados nesta petição.

b) a indisponibilidade deve ser comunicada aos seguintes órgãos:

b.1) BACEN;

b.2) DETRAN;

b.3) Registro de Imóveis através da Corregedoria do TJ/RS (RI@TJRS.JUS.BR);

b.4) JUCERGS;

b.5) Comissão de Valores Mobiliários; e

b.6) Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia.

c) ato contínuo, seja procedida à citação de todos os corréus, para, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias, contestarem o pedido, sob pena de revelia;

d) ao final, por sentença, seja mantida a liminar ou, se não deferida liminarmente, seja decretada a medida cautelar fiscal, pro-

cedendo-se na forma do pedido constante no item “a”, cuja eficácia deverá se estender até a integral satisfação do crédito tributário; e

e) a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a prova documental, que ora se anexa, além da juntada de novos documentos caso se mostre necessário.

Dá-se à causa o valor de alçada, equivalente a R\$ 1.304,00.

Novo Hamburgo, 19 de novembro de 2013.

Melissa Guimarães Castello

Procuradora do Estado

OAB/RS n.º 57.209

PARECERES



PARECER Nº 15.516/11

CASA CIVIL. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE N. 13. APLICABILIDADE.

Chega a este Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado, advindo da Subchefia Jurídica e Legislativa da Casa Civil do Governo de Estado, questionamento acerca do conteúdo, extensão e aplicação da Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal, após extenso arrazoado produzido pelo Procurador do Estado então atuando como Agente Setorial junto àquele órgão de governo.

Consta, ainda, do EA n. 131145-1400/08-9 o Ofício SUBADM n. 16/2011, oriundo do Ministério Público estadual, no qual se encontra resposta a consulta formulada pelo Secretário Chefe da Casa Civil, constante do OF. CCC n. 0004/11, acerca, também, da incidência da mesma súmula vinculante, relativamente a situações ocorridas junto à Casa Militar do Estado.

É o sucinto relatório, uma vez ter sido atribuída prioridade ao questionamento por determinação do Procurador-Geral do Estado.

Da referida consulta consta um conjunto de oito interrogações, as quais trataremos particularmente, na sequência da análise do substrato jurídico que lhes deu origem, qual seja, a Súmula Vinculante n. 13 do STF, que assim dispõe:

A NOMEAÇÃO DE CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU PARENTE EM LINHA RETA, COLATERAL OU POR AFINIDADE, ATÉ O TERCEIRO GRAU, INCLUSIVE, DA AUTORIDADE NOMEANTE OU DE SERVIDOR DA MESMA PESSOA JURÍDICA INVESTIDO EM CARGO DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO, PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU DE CONFIANÇA OU, AINDA, DE FUNÇÃO GRATIFICADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA EM QUALQUER DOS PÓDERES DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS, COMPREENDIDO O AJUSTE MEDIANTE DESIGNAÇÕES RECÍPROCAS, VIOLA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Deixando de lado, por seu caráter prioritariamente acadêmico, o debate em torno da incorporação no sistema pátrio das nomeadas *súmulas vinculantes*, bem como a contrariedade de boa parte da doutrina acerca da sua edição, particularmente, ainda, quando seus próprios pressupostos não são observados, é preciso estabelecer os limites intrínsecos e extrínsecos àquela que ora nos interroga.

Tomada em seus estritos limites, o texto da súmula parece não deixar maiores dúvidas, devendo restar claro que não se trata aqui de argumentar acerca dos valores nela incorporados, mas, isto sim, da extensão de sua incidência. Dito de outra forma, é preciso verificar quais as situações que são abrangidas pela mesma.

Imediatamente, o que se vislumbra do texto editado pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício dessa competência, é a incorporação dos limites constitucionais a serem observados pelo gestor público, em particular o contido no art. 37 da Carta da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, como se lê:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...)

Dito dispositivo tem estreita relação com o princípio republicano inserto no art. 1º da CRFB/88, de onde se retira, desde logo, o caráter a ser atribuído à atividade pública brasileira e à gestão dos serviços e agentes públicos.

Por outro lado, o texto do art. 37, acima enunciado, deixa expresso quais os pressupostos que regem a Administração Pública, ao mencionar o conjunto de princípios que a conformam.

Apesar da dificuldade acerca do tema – princípios constitucionais, em particular no que respeita à sua hermenêutica, sobretudo quanto à extensão de seus conteúdos, há que se considerar, no caso concreto, aquilo que vem sendo forjado ao longo do tempo, no interior da “cultura constitucional”.

Tomando tais aspectos, podemos buscar respostas às dúvidas suscitadas, decompondo o texto da súmula em questão, da seguinte forma:

1. A NOMEAÇÃO DE CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU PARENTE EM LINHA RETA, COLATERAL OU POR AFINIDADE, ATÉ O TERCEIRO GRAU, INCLUSIVE (...)
2. (...) DA AUTORIDADE NOMEANTE OU DE SERVIDOR DA MESMA PESSOA JURÍDICA (...)
3. (...) INVESTIDO EM CARGO DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO(...)
4. (...) PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU DE CONFIANÇA OU, AINDA, DE FUNÇÃO GRATIFICADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA EM QUALQUER DOS PODERES DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS(...)
5. (...) COMPREENDIDO O AJUSTE MEDIANTE DESIGNAÇÕES RECÍPROCAS, VIOLA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

De forma simples, como convém, aliás, a uma orientação dirigida ao gestor público que, como se observou ao início, por vezes carece de informações básicas, inclusive quanto aos procedimentos administrativos, pode-se traçar alguns parâmetros hermenêuticos que contribuam para o entendimento do comando sumular, tendo sempre presente a complexidade das relações sociais e dos fatos do mundo da vida.

Assim:

1. Objeto da súmula: nomeação de cônjuge ou companheiro e parentes ;
2. De quem? Da autoridade nomeante ou servidor da mesma pessoa jurídica, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança...
3. Onde? Na Administração Pública, em qualquer dos Poderes ou dos entes federados;
4. Extensão: designações recíprocas.

Portanto, a primeira vista parece não haver maiores dúvidas a serem esclarecidas, até mesmo porque tal matéria foi, pode-se dizer,

evoluindo no processo de democratização da sociedade brasileira no pós-88, com práticas que foram sendo adotadas em diversos âmbitos e ambientes do setor público.

Na origem próxima da súmula analisada está a ADC 12/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, diante de ato praticado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, com a seguinte decisão:

ADC 12 / DF - DISTRITO FEDERAL
AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. CARLOS BRITTO
Julgamento: 20/08/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009
Parte(s)

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE “DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. **1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade.** 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios “estabelecidos” por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes

do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) em prestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo “direção” nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça

Vê-se, assim, que o debate veicula exatamente a expressão dos princípios reitores da Administração Pública e os limites que impõem, então, à gestão dos serviços e, em particular, no que tange ao acesso aos cargos públicos caracterizados pela liberdade que tem o nomeante no seu preenchimento, uma vez dizerem respeito àqueles identificados como “em comissão” ou “de confiança”.

Tal preocupação, anote-se, vem na esteira das práticas até então correntes no âmbito da gestão dos serviços públicos e destes cargos, sobretudo em um País no qual a quantidade de tais postos de trabalho é gigantesca, o que se prestava – ou, não se sabe, ainda se presta – a troca de favores políticos ou pessoais em detrimento da qualificação dos servidores e da qualidade dos serviços prestados à cidadania.

Verdade é que muitos autores e outros interessados têm manifestado sua preocupação com o teor da súmula e, sobretudo, com sua interpretação e aplicação.

Também é correto afirmar que sua edição, como em outros casos, não acompanhou os pressupostos para a produção de tais instrumentos. Tudo como demonstrado na manifestação do Procurador do Estado – Agente Setorial junto à Casa Civil. Porém, como em outras situações, a comunidade jurídica e a própria jurisdição têm preferido manter-se silentes.

Todavia, como também bem demonstra esta manifestação, está-se frente a situação que demanda uma hermenêutica que, embora sujeita a limites do texto, não pode pretender mais, nem menos, do que este mesmo texto estabelece, vinculado que está às suas origens.

Também, bem anota o signatário de dita manifestação, que tal súmula mantém estrita relação com a decisão da ADC 12/DF e, portanto, em razão das características da própria ordem jurídica, impõe-se sejam compatibilizadas na sua aplicação, como nas situa-

ções que aponta, incorporando a própria perplexidade dos órgãos jurisdicionais e os “desvios de rota” que têm expresse.

Desde estas perspectivas é que se colocam as dúvidas trazidas pelo consulente, em síntese, nos seguintes termos:

1. Se a aplicação da Súmula Vinculante n. 13 comporta as exceções presentes na Resolução n. 7/CNJ, julgada constitucional na ADC 12/DF;

2. Se os servidores efetivos concursados, em cargos em carreira, sujeitam-se aos limites da Súmula;

3. Se, no caso de servidor efetivo cedido ou licenciado para assunção de cargo referido na Súmula (cargo em comissão ou função de chefia, direção ou assessoramento) não integrante da carreira na qual ingressou por concurso público detentor de nível técnico e habilitação legal equivalente e da mesma relevância, também submetem-se às restrições nela constantes;

4. Se a ausência de subordinação direta entre os parentes afasta a incidência das restrições presentes na Súmula;

5. Se, no caso de parentesco entre agente político e servidor ocupante de cargo expresse na Súmula, aplica-se o mesmo entendimento jurisprudencial que afastou o nepotismo entre dois cargos de agente político, no caso, o exemplo citado na Reclamação 6550 MC-AgR julgado pelo STF, de Governador do Estado nomeando irmão como Secretário de Estado;

6. Se incidem as limitações no caso do estabelecimento de relação de parentesco, casamento, por exemplo, ocorrer após a nomeação e assunção do cargo restrito;

7. Se a relação ocorrente entre o casal se extingue com a separação de fato e afasta, ou não, as vedações presentes na súmula;

8. Se aplica-se a norma constante do art. 1595, § 2º do CCB (*§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável*) no âmbito das restrições impostas pela Súmula Vinculante n. 13.

Para muitas das questões aqui postas a manifestação do Procurador do Estado Agente Setorial já trouxe indicativos e uma

posição alicerçada em doutrina e jurisprudência, como se percebe de sua leitura.

Assim, guardando consonância com o já dito, é possível afirmar que:

A edição da súmula, apesar de deficiente quanto às formalidades a serem observadas, deve guardar estreita relação com os precedentes que lhe deram origem, servindo os mesmos de parâmetro para a sua interpretação, em particular o que consta da ADC 12/DF, como presente no julgamento abaixo:

MS 23780 / MA - MARANHÃO - MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA - Julgamento: 28/09/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação DJ 03-03-2006 PP-00071

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade. **A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder. Mandado de segurança denegado**

Ou:

Rcl 6702 MC-AgR / PR - PARANÁ
AG.REG.NA MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI
Julgamento: 04/03/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação DJe-079 DIVULG 29-04-2009 PUBLIC 30-04-2009

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DENEGACÃO DE LIMINAR. ATO DECISÓRIO CONTRÁRIO À SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF NEPOTISMO. NOMEAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO CARGO. VÍCIOS NO PROCESSO DE ESCOLHA. VO-

TAÇÃO ABERTA. APARENTE INCOMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. LIMINAR DEFERIDA EM PLENÁRIO. AGRAVO PROVIDO.

I - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. II - O cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná reveste-se, à primeira vista, de natureza administrativa, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da Administração Pública. III - Aparente ocorrência de vícios que maculam o processo de escolha por parte da Assembléia Legislativa paranaense. IV - À luz do princípio da simetria, o processo de escolha de membros do Tribunal de Contas pela Assembléia Legislativa por votação aberta, ofende, a princípio, o art. 52, III, b, da Constituição. V - Presença, na espécie, dos requisitos indispensáveis para o deferimento do pedido liminarmente pleiteado. VI - Agravo regimental provido

Respondem-se, então, aos questionamentos formulados.

1. Quanto às exceções, tais devem guardar consonância com o conteúdo da própria súmula e, sobretudo, com o sentido que a anima, sem que tal signifique possibilidade de arbítrio hermenêutico por parte do agente julgador.

Aqui, a primeira exceção foi aberta pelo próprio STF, no que respeita aos denominados “cargos políticos”, como decidido:

Rcl 6650 MC-AgR / PR - PARANÁ
 AG.REG.NA MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO
 Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
 Julgamento: 16/10/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
 Publicação DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008
 Ementa

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. **NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO**

FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada. 5. Existência de equívoco lamentável, ante a impossibilidade lógica de uma decisão devidamente assinada por Ministro desta Casa ter sido enviada, por fac-símile, ao advogado do reclamante, em data anterior à sua própria assinatura. 6. Agravo regimental improvido

Nessa esteira, tem-se que é na aplicação da previsão sumular aos casos concretos que se poderá e deverá “dar vida” ao comando nela contido, sempre compondo o seu sentido com o caráter da mesma.

E, havendo uma esteira de continuidade entre a decisão sumulada e aquilo que lhe antecedeu, há que se considerar incorporadas nela as exceções que lhe informam.

Entretanto, para uma adequada compatibilização do conteúdo da súmula com a exceção construída jurisprudencialmente, bem como com qualquer leitura acerca de sua extensão, há que se ter presente que o seu fundamento é a prerrogativa pro populo e não privilégio, no dizer de Hely Lopes Meirelles, verbis:

“Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração, na área de sua atuação, pois não são hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais da jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder. (...)”

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados (cit. p. 77)”

(Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed., p. 76).

Quanto ao item 1 da consulta, há que se considerar restritivamente a noção de agente político incorporada na exceção construída, limitando-se, no dizer de Hely Lopes Meirelles e na esteira do entendimento do STF exposto na Reclamação nº 6650 MC-AgR, às “*autoridades públicas supremas do Governo e da Administração, na área de sua atuação*”.

2. Já no que respeita aos servidores concursados, ocupantes de cargos de carreira, em relação aos cargos de chefia, direção ou assessoramento, há que compatibilizar o texto da Súmula Vinculante n. 13 com os pressupostos da situação funcional dos envolvidos.

Aqui, há que considerar que, como tem decidido o STF:

MS 29434 MC / SC - SANTA CATARINA
MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA
Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI - Julgamento: 25/11/2010
Publicação PROCESSO ELETRÔNICO
DJe-239 DIVULG 07/12/2010 PUBLIC 09/12/2010Partes
D ECIS À O:

(...)

A vedação ao nepotismo decorre do artigo 37, caput, CF/1988 (Rcl 6702 MC-AgR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe-079 30-4-2009).

Esse conceito jurídico, porém, foi densificado por decisões judiciais e atos normativos. A edição da Súmula

Vinculante nº 13 é o resultado desse processo, que tem por objetivo mediato eliminar certos níveis de imprecisão no que se refere a essa conduta administrativa ilícita. O STF considerou como prática de nepotismo:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

A súmula veda a nomeação de parentes, mas não pode se dar o elastério a ponto de compreender dois servidores efetivos, cujo ingresso na administração pública ocorreu por concurso público, sendo a ocupação transitória de cargo em comissão ou função comissionada uma circunstância derivada daquele fato e não do exercício isolado de relações puramente fiduciárias.

A Resolução CNJ nº 7, de 18 de outubro de 2005, serve de fundamento para a assertiva acima lançada:

“Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

.....
 §1º Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, ou a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, além da qualificação profissional do servidor, vedada, em qualquer caso, a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade”.

No caso dos autos, o impetrante e seu irmão Sérgio Galliza são servidores públicos efetivos do Quadro do Poder Judiciário de Santa Catarina. O autor ingressou no serviço ativo em 14/5/1979 e Sérgio Galliza em 1994.

Em princípio, sem avançar demasiadamente no mérito da causa, é de ser assinalado que a situação do impetrante tem em seu favor a presunção de legalidade. **A regra da resolução do CNJ, que foi interpretada de modo mais restrito para o caso concreto, como admite o relator do acórdão impugnado, não permite que se considere como ilícita essa ocupação de cargo comissionado. Se for admitida essa extensão para hipóteses nas quais am-**

bos os servidores são efetivos, a insegurança jurídica estará instalada, em razão do abandono de critérios objetivos, existentes na norma do CNJ, pela opção de interpretações ad hoc.

(...)

MS 29320 / DF - DISTRITO FEDERAL

MANDADO DE SEGURANÇA - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 08/10/2010 - Publicação

DECISÃO

MANDADO DE SEGURANÇA – PARTE PASSIVA – CITAÇÃO.

SERVIDORES EFETIVOS – CÔNJUGES – CARGOS EM COMISSÃO – RELEVÂNCIA DEMONSTRADA – LIMINAR DEFERIDA.

(...)

2. A situação revelada neste processo possui particularidades. Os servidores envolvidos são analistas do quadro do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. Vale dizer que ingressaram no serviço público mediante concurso de provas e títulos. O impetrante, em 1993, e a mulher, em 1995. Em 1997, ocorreu o casamento. Em 25 de setembro de 2006, ambos foram nomeados para cargo em comissão. O impetrante para o de Coordenador de Controle Interno e Auditoria – nível CJ-2 – e a mulher para o de Secretária de Administração, Orçamento, Finanças e Contabilidade – nível CJ-3. Em fevereiro de 2010, ela veio a ser nomeada para o cargo em comissão de Diretora-Geral – nível CJ-4 – e ele para o de Coordenador de Pessoal – nível CJ-2.

A Presidente do referido Tribunal – desembargadora Zelite Andrade Carneiro –, atenta às peculiaridades, formulou consulta ao Conselho Nacional de Justiça sobre a situação existente e buscou demonstrar que o impetrante não estaria diretamente subordinado à mulher, o que poderia ser considerado se houvesse permanecido na Coordenadoria de Controle Interno e Auditoria, muito embora esse cargo, no organograma do Tribunal, fique subordinado à Presidência. Veio à baila a glosa do Conselho Nacional de Justiça, potencializando, a mais não poder, o fato de os servidores serem marido e mulher.

Tenho como relevante a articulação da peça primeira deste processo. Realmente, há de se excomungar o nepotismo, mas, de início, o caso analisado não o configura. **Leve-se em conta a circunstância de os servidores integrem o quadro permanente do Tribunal, havendo nele ingressado, respectivamente, em 1993 e 1995 – o impetrante**

e a mulher. Ao que tudo indica, em virtude da própria competência, foram alçados a cargos de confiança e hoje neles estão. A mulher, inclusive, ocupa o CJ mais elevado, CJ-4. Nota-se, também, a honestidade de propósito, a equidistância, da Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia no que, talvez assustada com o rigor do Conselho Nacional de Justiça, escancarou o quadro e objetivou lograr resposta positiva à consulta formalizada.

Ante as singularidades da espécie, então, deve ser mantida a situação atual dos servidores até a decisão final deste mandado de segurança. **Parentesco afim ou consanguíneo não pode, por si só, implicar prejuízo de servidores concursados, valendo ressaltar que a escolha do impetrante e da mulher para os cargos de confiança foi implementada pelo dirigente maior do Tribunal.**

(...)

Ou seja, como se lê, o texto da S.V. n. 13 não pode assumir uma amplitude tal que avance por sobre as perspectivas próprias à carreira do servidor concursado, o qual, antes de tudo, ingressou no serviço público por meio de seleção de mérito. No caso da indagação posta no item 2, tendo por base a Resolução n. 7 do CNJ que deu origem à ADC nº 12, a qual constituiu precedente para a edição da mencionada súmula vinculante, é possível dizer que, sim, ficam excepcionadas na previsão dela constante, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras do Estado, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, ou a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, além da qualificação profissional do servidor, vedada, em qualquer caso, a nomeação ou designação para servir como subordinado ao servidor determinante da incompatibilidade.

3. Pelo que se observa do caráter das decisões antes transcritas, para a situação retratada no terceiro questionamento, o caráter que serve de base para a ocupação da função fiduciária (cargo em comissão ou função de chefia, direção ou assessoramento) é a capacidade técnica e habilitação legal – embora este não seja necessaria-

mente critério para tal. Este fator serve para manter de pé, inclusive, a conexão dos limites da S. V. n. 13 com o reconhecimento do livre acesso aos cargos públicos em igualdade de condições.

Porém, de regra, ante o questionamento, há que considerar que os requisitos para preenchimento de cargo de direção, chefia ou assessoramento não se identificam necessariamente com aqueles próprios dos cargos efetivos (sob pena de desvirtuamento do cargo em comissão).

Em suma, não se vislumbra hipótese genérica de se conformar a situação versada no questionamento com os pressupostos da S. V. n. 13, caso em que se aplica a conclusão do item anterior, ficando excepcionadas as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo de determinada carreira do Estado, admitidos por concurso público, para cargo em comissão ou função de chefia, direção ou assessoramento em outra carreira.

Deve-se observar, todavia, a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, ou a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, além da qualificação profissional do servidor, vedada, em qualquer caso, a nomeação ou designação para servir como subordinado ao servidor determinante da incompatibilidade no órgão onde será exercida a função fiduciária.

4. No que respeita à situação onde inexistente relação hierárquica entre os servidores parentes entre si, também parece enquadrar-se na hipótese de não incidência da restrição, respeitando-se, sempre, as características que habilitam o mesmo para a ocupação do referido cargo fiduciário, bem como a sua inclusão no serviço público inicialmente por meio de concurso de mérito.

Tal perspectiva deve, contudo, ser considerada, tanto para a situação anterior como para esta, sempre no âmbito do mesmo órgão, para compor com o sentido da súmula ao vedar o chamado “nepotismo cruzado”.

5. No caso de o parentesco se dar entre agente político e servidor ocupante de cargo expresso na Súmula, enquadra-se na hipó-

tese restritiva nela prevista, posto que, mesmo que este se apresente como titular de habilidades e ou qualificações ou detenha habilitação específica, há que se considerar que este, em comparação com outro servidor, com as mesmas características, terá a vantagem do parentesco a seu favor, desequilibrando as possibilidades de acesso aos cargos.

Contudo aqui se abre um outro problema. Quando um cargo desse tipo, em razão de sua própria definição, será “puramente administrativo”, uma vez que tais cargos, de regra, incorporam algum âmbito de natureza política. Por cautela, diante do caráter sensível do tema, sugere-se quanto a este questionamento que se guarde sintonia com a conclusão da Súmula Vinculante n. 13, na medida em que a existência de parentesco entre o agente político e aquele ocupante de cargo com tal característica (“puramente administrativo”) não arreda a relação de subordinação e a vantagem do parentesco em favor do nomeado.

6. Outra questão posta é a que diz com a superveniência da relação de parentesco, notadamente o casamento, à ocupação do cargo em fidúcia.

Tal situação poderia vir subsumida pela *teoria do fato consumado*, levando a considerar que estando concretizada e consolidada a situação funcional, a superveniência de situação limitadora não teria qualquer efeito no caso concreto.

Tais pressupostos merecem certa adequação, uma vez não se poder pretender fazer prevalecer determinadas situações perante restrição posterior, como indica o mesmo STF:

“A teoria do fato consumado não se caracteriza como matéria infraconstitucional, pois em diversas oportunidades esta Corte manifestou-se pela aplicação do princípio da segurança jurídica em atos administrativos inválidos, como subprincípio do Estado de Direito, tal como nos julgamentos do MS 24.268, DJ de 17-9-2004 e do MS 22.357, DJ de 5-11-2004, ambos por mim relatados. No entanto, no presente caso, não se pode invocar a teoria do fato consumado sob o manto da segurança jurídica. A aplicação desta teoria enfrenta temperamentos neste Tribunal.” (RE 462.909-AgR, voto do Rel. Min. Gilmar

Mendes, julgamento em 4-4-2006, Segunda Turma, DJ de 12-5-2006.)

Porém, nem tudo que parece é. E aqui poderia-se privilegiar a estabilidade das relações, e, assim, ocorrida a situação limitadora após estarem os envolvidos nas posições funcionais referidas, há que se considerar que não houve, inicialmente, a interferência da situação de nepotismo a macular a nomeação respectiva.

Este parece ser, também, o sentido da jurisprudência da Corte gaúcha, como se lê:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ESTAGIÁRIA. VÍNCULO AFETIVO. PREFEITO.

1. A proibição da prática do nepotismo, na Administração Pública Brasileira, alcança a admissão, sem concurso público, de parceiro de relação amorosa ou meramente sexual, cuja conduta configura ato de improbidade administrativa.

2. A admissão pelo agente público de estagiária com a finalidade de obtenção de favores sexuais configura ato de improbidade administrativa. Ausente prova de que o Prefeito, ao tempo da admissão da estagiária, com ela mantinha relacionamento afetivo ou de que o escopo da contratação era o de iniciá-lo, é de ser julgada improcedente a ação.

3. O envolvimento afetivo ou meramente sexual, no âmbito das relações de trabalho é tema polêmico e, muitas vezes, objeto de disciplina em código de ética das organizações. No âmbito da Administração Pública, a superveniente relação amorosa ou sexual em que, ao menos um, seja servidor público ou estagiário admitido sem concurso público não configura, salvo em caso de assédio, improbidade administrativa, mas poderá, conforme o caso, levar à extinção da relação jurídico-administrativa pela proibição da prática do nepotismo.

Recurso desprovido.

Portanto, nessa esteira, cumpre anotar que a superveniência, assim como, na mesma linha de raciocínio, a alteração das relações pessoais, importam, invariavelmente, na necessidade de verificação de sua adequação ao pressuposto da moralidade que norteia – e deve nortear – todas as ações da Administração Pública. Especifici-

camente quanto ao casamento superveniente ou outras formas de constituição de unidade familiar, objeto da consulta, à luz do entendimento da Corte Suprema, ocorre o impedimento preconizado na Súmula Vinculante n. 13, considerando, como dito acima, o caráter sensível do tema ora em análise e a configuração da afinidade pelo parentesco assumido após a posse em cargo em comissão, direção, chefia ou assessoramento.

7. Na separação de fato como apta a por fim às relações entendidas por vedadas na S. V. n. 13, há que se considerar que a situação jurídica formal permanece intacta, emergindo um dilema para a gestão pública diante da dificuldade de comprovação de tal fato, uma vez considerar-se que findo o casamento ou a união estável estaria afastado o impedimento com base na ideia de nepotismo.

Ou seja, no âmbito da Administração Pública, diante de tal dificuldade, há que se manter a vedação até que sobrevenha alguma manifestação formal e compatível comprovadora da extinção do vínculo, muito embora, mesmo assim, mereça verificação o caso concreto, uma vez presente suposição de favorecimento em razão da proximidade que cerca os envolvidos.

8. No que respeita à permanência, ou não, da relação de parentesco relativamente à incidência do art. 1595, § 2º do CCB (*§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável*), o que se verifica é um tensionamento entre a determinação restritiva de acesso a estes cargos públicos, de caráter administrativo, e a previsão contida na legislação material civil que, considerando permanente o parentesco por afinidade, inviabilizaria tal possibilidade àqueles abrangidos pelo parentesco ali definido.

Se na legislação civil optou o legislador por estabelecer este caráter perene ao parentesco por afinidade, na súmula vinculante – de perfil administrativo – inseriu-se tal conceito dentre aqueles que limitam o acesso aos cargos em questão, há que compatibilizar ambos.

Em outras palavras, na legislação civil se reconhece que esse limite permanece, mesmo findo o casamento ou a união estável. E tal extensão faz o mesmo sentido no contexto das relações do servi-

ço público, uma vez que remanesce o pressupostos da afinidade na situação retratada no referido dispositivo do Código Civil.

Sem adentrar aqui em uma análise sociológica dos vínculos afetivos, emerge compatível o reconhecimento de que os limites civis merecem prosperar como caracterizadores dos impedimentos impostos pela súmula., entendendo-se que, extinta a relação entre os ex-cônjuges ou ex-conviventes, tal não arreda a afinidade que obstaculiza o acesso às funções de que trata o posicionamento uniforme do STF.

O certo é que, em CONCLUSÃO, para todo caso particular há que se questionar acerca do sentido da norma e de sua incidência, observados parâmetros que permitam a conformação da situação fática aos pressupostos constitucionais gerais e os particulares da Administração Pública, sem que se permita qualquer ampliação subjetiva de caráter tão só perfunctório e pretensamente moralizador. Tudo balizado pelo caráter republicano do Estado e da impessoalidade e moralidade que devem caracterizar os atos de gestão pública.

É o parecer.

Porto Alegre, 27 de outubro de 2011.

Silvio Guido Fioravanti Jardim
Procurador do Estado

Processo nº 131145-14.00/08-9

Acolho as conclusões do PARECER n.º 15.516/11, do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado, de autoria do Procurador do Estado Doutor SILVIO GUIDO FIORAVANTI JARDIM, aprovado na sessão realizada no dia 03 de novembro de 2011.

Restitua-se o expediente à Subchefia Jurídica e Legislativa da Casa Civil.

Em 1º de dezembro de 2011.

**Bruno de Castro Winkler,
Procurador-Geral do Estado, em exercício.**



PARECER Nº 16.174/13

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. SISTEMA NACIONAL DE AUDITORIA. COMPETÊNCIA COMUM DAS TRÊS ESFERAS DA FEDERAÇÃO. COMPETÊNCIA DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE PARA REALIZAR AUDITORIA NO SISTEMA SOB GESTÃO MUNICIPAL. APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.867/02. REVISÃO DO PARECER Nº 14.249.

Trata-se de proceder à revisão do Parecer nº 14.249, exarado em 23/05/2005, no expediente nº 033904-20.00/04-6, face à incompatibilidade de suas conclusões com aquelas lançadas no recente Parecer nº 16143, que versa sobre vigilância sanitária.

O Parecer nº 14.249 foi exarado em resposta à consulta formulada pela Secretaria da Saúde acerca da aplicabilidade da Lei Estadual nº 11.867, de 17 de dezembro de 2002, aos gestores municipais de saúde.

Esclarecia o expediente que referida lei fora editada após provocação dos Ministérios Públicos Estadual e Federal, que instaram a Secretaria Estadual da Saúde a estabelecer procedimentos que visassem ao ressarcimento dos usuários do Sistema Único de Saúde que eram lesados por cobranças irregulares. A Lei, então, de iniciativa do Sr. Governador do Estado, “cria os procedimentos administrativos do Sistema Estadual de Auditoria e as medidas aplicáveis às irregularidades ocorridas no Sistema Único de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul”.

Com esteio em tal legislação, a Coordenação de Auditoria Médica Estadual – CAME – da Secretaria da Saúde procedeu a auditorias em alguns municípios, tais como Viamão e Tramandaí, verificando a existência de algumas irregularidades. Entretanto, concluiu, juntamente com a assessoria jurídica da referida secretaria, que falaria ao Estado do Rio Grande do Sul competência para aplicar penalidades, tais como capituladas na Lei nº 11.867/02, aos gestores municipais; por isso, as auditorias seriam feitas a título de colaboração, não servindo para a punição dos faltosos. Ademais, O

relatório de auditoria é remetido ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, instituições que podem tomar as providências cabíveis.

A fim de dirimir a dúvida, pois, acerca da aplicabilidade da Lei 11.867/02 aos gestores municipais, o expediente nº 033904-20.00/04-6 foi encaminhado a esta Casa, resultando na elaboração do Parecer nº 14.249, de autoria da signatária, assim ementado:

“SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DESCENTRALIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA, COM DIREÇÃO ÚNICA EM CADA ESFERA DE GOVERNO. ÊNFASE NA DESCENTRALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PARA OS MUNICÍPIOS. GESTÃO MUNICIPAL DOS SERVIÇOS DE SAÚDE, QUE COMPREENDE COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DE COORDENAÇÃO, ARTICULAÇÃO, NEGOCIAÇÃO, PLANEJAMENTO, ACOMPANHAMENTO, CONTROLE, AVALIAÇÃO E AUDITORIA. INCOMPETÊNCIA DO ESTADO-MEMBRO PARA REALIZAR AUDITORIA NO SISTEMA SOB GESTÃO MUNICIPAL.”

Propõe-se, agora, a revisão de tal entendimento, pelas razões adiante expostas.

É o relatório.

Trata-se, portanto, de reexaminar a matéria, verificando a adequação do posicionamento externado no Parecer nº 14.249.

Evoluindo na apreciação da questão, entende-se seja caso de revisar o mencionado Parecer, para concluir pela competência do Estado-membro para realizar as auditorias nos sistemas sob gestão municipal, impondo-se o integral cumprimento da Lei Estadual nº 11.867/2002. Senão, vejamos.

A Carta Federal estabelece, em seu artigo 24, inciso XII, competência concorrente à União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre previdência social, proteção e defesa da saúde. Agrega-se, ainda, a competência municipal para legislar dentro dos limites traçados pela Constituição Federal, com base no art. 30, incisos I (legislar sobre assuntos de interesse local), II (suplementar a legislação federal e a estadual no que couber). A Constituição prevê, ainda, no artigo 23, competência comum à União, Estados e Distrito Federal e

Municípios para cuidar da saúde e da assistência pública (inciso II), dispondo o art. 30, inciso VII, que cabe ao Município prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Além de prever a competência comum para todos os entes da federação atuarem na área da saúde, a Carta Federal estabeleceu, ainda, que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único – o Sistema Único de Saúde –, conforme estatuído no art. 198:

“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.

(...)”

Comentando tal dispositivo constitucional, anota o Procurador da República Marlon Alberto Weichert:

“Trata-se, sem dúvida, de um caso de tratamento ímpar, pela Constituição Federal, de uma política pública. Com efeito, enquanto no campo das competências materiais comuns é facultada a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (parágrafo único do artigo 23), na saúde a atuação conjunta e coordenada é uma imposição constitucional. Ou seja, a Constituição retira do Estado-membro e do Município a possibilidade de livremente dispor sobre como executar a política de saúde, determinando que, necessariamente, deverão prestar esse serviço público no âmbito do sistema único, cujas diretrizes são nacionais”. (*In Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2004, p. 150).

Destacando a nota da unidade do Sistema Único de Saúde, ressalta o mencionado autor:

“Assim, no SUS, cada um dos entes públicos compõe, com os seus serviços e ações, uma parte, um elemento do todo, ordenando-se, a final, em um sistema. Esse sistema é unido e articulado em torno dos princípios fixados na Constituição e na Lei Orgânica da Saúde.

Aliás, em uma visão apressada poderia se apontar uma aparente redundância em prescrever-se a formação de um sistema único de saúde, pois sistema já pressupõe unidade. No entanto, (...) justifica-se plenamente tal expressão, para afastar qualquer possibilidade dos entes constituírem sistemas autônomos, ou subsistemas, de saúde. Ao normatizar a formulação de um sistema único, a Constituição não está informando que o sistema se caracterizará pela unidade interna, mas sim que haverá apenas um sistema nacional de saúde”. (ob. cit., p. 151).

No mesmo sentido, ressaltando a unidade do sistema de saúde e a coordenação que deve haver entre os entes federados, assevera a Procuradora do Estado de São Paulo Mônica de Almeida Magalhães Serrano:

“O SUS, assim, foi introduzido no âmbito federal, distrital, estadual e municipal, de forma sistêmica e coordenada, rompendo, em parte, com as premissas da forma federal de Estado, uma vez que sua nota de maior relevo é a cooperação entre os entes.

(...).

A diretriz de descentralização, constante do art. 198, I, da Constituição Federal, foi regulamentada pela Lei 8080/90 e esta, por sua vez, pela Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde (NOB – SUS 1996).

Nesse sentido, as normas apontadas identificam a descentralização como um processo dinâmico, em que União e Estados, paulatinamente, devem transferir a gestão de suas ações e recursos na área de saúde para os Municípios.

(...)

Assim, se em um determinado Município o gestor local não se desincumbe adequadamente de suas obrigações, compete ao gestor estadual a reassunção da gestão.

É exatamente por isso que o sistema é denominado de único. As três esferas da federação têm obrigações recíprocas e permanentes com relação à saúde, de tal forma que se uma delas não cumpre adequadamente suas obrigações, a outra deve fazê-lo.

O fato de existir uma diretriz de descentralização não significa que, uma vez aperfeiçoada esta, os demais entes possam se afastar de suas obrigações constitucionais. Antes, o Texto Maior foi enfático ao proclamar a existência de um sistema único, que envolve responsabilidade permanente e solidária de todos os entes da federação.” (*In O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais*. São Paulo: ed. Verbatim Ltda., 2009, pp. 78-79).

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que a responsabilidade dos entes federados em matéria de saúde é solidária. Veja-se ementa de recente acórdão prolatado na Suspensão de Segurança nº 175 – Ceará, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

“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. 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, Pleno, Ag. Reg. Na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175-Ceará. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010.)

Seguindo essas diretrizes constitucionais e no exercício da competência dada pelo art. 24 da CF, a União editou a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, traçando, pois, as normas gerais sobre a matéria. A Lei 8080/90 assim define o Sistema Único de Saúde:

“Art. 4º - O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, o Sistema Único de Saúde (SUS). Parágrafo 1º - Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos,

inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

Parágrafo 2º - A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.”

A referida Lei 8080/90 previu expressamente a criação de um Sistema Nacional de Auditoria. No seu artigo 16, que estabelece as competências da direção nacional do Sistema Único de Saúde, prevê, no inciso XIX: estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o território nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal.

No art. 15, a Lei nº 8080/90 assim dispõe sobre as atribuições comuns: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: I – definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde.

Já o art. 33 determina que “Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde”. E o § 4º estabelece: O Ministério da Saúde acompanhará, através de seu sistema de auditoria, a conformidade à programação aprovada da aplicação dos recursos repassados a Estados e Municípios. Constatada a malversação, desvio ou não aplicação dos recursos, caberá ao Ministério da Saúde aplicar as medidas previstas em lei.

Comentando sobre o sistema de controle no SUS, anota Marlon Alberto Weichert:

“Por último, a unidade do sistema acarreta a possibilidade de mútuo controle da atividade dos entes. Em especial, como o vetor execução dos serviços de saúde está voltado na direção dos Municípios, o vetor do controle deverá se direcionar em sentido oposto, ou seja, da União. Vale dizer, a União, enquanto coordenadora e gestora nacional do sistema, tem como uma de suas tarefas principais exercer o controle da atuação dos demais entes e respectivas redes. Do contrário, o próprio conceito de unidade riuira,

na medida em que o ente coordenador e gestor nacional nenhum poder de interferência teria quanto à aplicação das normas e diretrizes gerais traçadas por toda a federação em conjunto” (ob. cit., p. 194).

O referido Sistema Nacional de Auditoria, previsto nos dispositivos antes citados da Lei nº 8080/90, foi criado pela Lei nº 8689/93, que assim dispõe:

“ Art. 6º Fica instituído no âmbito do Ministério da Saúde o Sistema Nacional de Auditoria de que tratam o inciso XIX do art. 16 e o § 4º do art. 33 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

§ 1º Ao Sistema Nacional de Auditoria compete a avaliação técnico-científica, contábil, financeira e patrimonial do Sistema Único de Saúde, que será realizada de forma descentralizada.

§ 2º A descentralização do Sistema Nacional de Auditoria far-se-á através dos órgãos estaduais e municipais e de representação do Ministério da Saúde em cada Estado da Federação e no Distrito Federal.

§ 3º Os atuais cargos e funções referentes às ações de auditoria ficam mantidos e serão absorvidos pelo Sistema Nacional de Auditoria, por ocasião da reestruturação do Ministério da Saúde, de que trata o art. 13.

§ 4º O Departamento de Controle, Avaliação e Auditoria será o órgão central do Sistema Nacional de Auditoria.”

A Lei nº 8689/93, a seu turno, foi regulada pelo Decreto Federal nº 1.651, de 28 de setembro de 1995. Dispõe o art. 1º do citado decreto:

“Art. 1º - O Sistema Nacional de Auditoria – SNA, previsto no art. 16, inciso XIX da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e no art. 6º da Lei nº 8.689, de 27 de julho de 1993, é organizado na forma deste Decreto, junto à Direção do Sistema Único de Saúde – SUS, em todos os níveis de governo, sem prejuízo da fiscalização exercida pelos órgãos de controle interno e externo.”

Diz o art. 2º do mencionado Decreto que o SNA exercerá sobre as ações e serviços desenvolvidos no âmbito do SUS atividade de

“auditoria da regularidade dos procedimentos praticados por pessoas naturais e jurídicas, mediante exame analítico e pericial” (inciso III).

A seu turno, o artigo 4º do Decreto elucida que cada nível de governo deverá instituir órgão próprio de auditoria, rezando:

“Art. 4º - O SNA compreende os órgãos que forem instituídos em cada nível de governo, sob a supervisão da respectiva direção do SUS.

(...)

Parágrafo 3º - A estrutura e o funcionamento do SNA, no plano federal, são indicativos da organização a ser observada por Estados, Distrito Federal e Municípios para a consecução dos mesmos objetivos no âmbito de suas respectivas atuações”.

E o artigo 5º detalha as atribuições dos órgãos do Sistema Nacional de Auditoria, *verbis*:

“Art. 5º Observadas a Constituição Federal, as Constituições dos Estados-Membros e as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, compete ao SNA verificar, por intermédio dos órgãos que o integram:

I - no plano federal

a) a aplicação dos recursos transferidos aos Estados e Municípios mediante análise dos relatórios de gestão de que trata o art. 4º, inciso IV, da Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, e o art. 5º do Decreto nº 1.232, de 30 de agosto de 1994;

b) as ações e serviços de saúde de abrangência nacional em conformidade com a política nacional de saúde;

c) os serviços de saúde sob sua gestão;

d) os sistemas estaduais de saúde;

e) as ações, métodos e instrumentos implementados pelo órgão estadual de controle, avaliação e auditoria;

II - no plano estadual

a) a aplicação dos recursos estaduais repassados aos Municípios, de conformidade com a legislação específica de cada unidade federada;

b) as ações e serviços previstos no plano estadual de saúde;

c) os serviços de saúde sob sua gestão, sejam públicos ou privados, contratados ou conveniados;

d) os sistemas municipais de saúde e os consórcios intermunicipais de saúde;

e) as ações, métodos e instrumentos implementados pelos órgãos municipais de controle, avaliação e auditoria;

III - no plano municipal:

a) as ações e serviços estabelecidos no plano municipal de saúde;

b) os serviços de saúde sob sua gestão, sejam públicos ou privados, contratados e conveniados;

c) as ações e serviços desenvolvidos por consórcio intermunicipal ao qual esteja o Município associado.

§ 1º A Comissão Corregedora Tripartite caberá:

I - velar pelo funcionamento harmônico e ordenado do SNA;

II - identificar distorções no SNA e propor à direção correspondente do SUS a sua correção;

III - resolver os impasses surgidos no âmbito do SNA;

IV - requerer dos órgãos competentes providências para a apuração de denúncias de irregularidades, que julgue procedentes;

V - aprovar a realização de atividades de controle, avaliação e auditoria pelo nível federal ou estadual do SNA, conforme o caso, em Estados ou Municípios, quando o órgão a cargo do qual estiverem afetas mostrar-se omissa ou sem condições de executá-las.

§ 2º Os membros do Conselho Nacional de Saúde poderão ter acesso aos trabalhos desenvolvidos pela Comissão Corregedora Tripartite, sem participação de caráter deliberativo. (grifou-se)

Vê-se, portanto, que a legislação expressamente prevê que o órgão estadual integrante do sistema nacional de auditoria verifique os sistemas municipais de saúde.

No mesmo diapasão, a Lei Estadual nº 11.867, de 17 de dezembro de 2002, cria os procedimentos administrativos do Sistema Estadual de Auditoria e as medidas aplicáveis às irregularidades ocorridas no Sistema Único de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul.

Assim, as disposições constantes da Lei Estadual nº 11.867/2002 estão em consonância com a legislação federal que rege a matéria, de modo que se afiguram perfeitamente válidas e eficazes.

Nesse passo, com esteio no Decreto Federal nº 1.651/95, art. 5º, inc. II, alínea “d”, o Estado-membro tem competência para

proceder às auditorias nos sistemas de saúde municipais, devendo cumprir os comandos da Lei Estadual nº 11.867/2002, que estão em consonância com a legislação federal.

A propósito, traz-se à colação acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal que demonstra o funcionamento integrado do sistema nacional de auditoria:

EMENTA: - Recurso extraordinário. 2. Ação penal. Crime de peculato, em face de desvio, no âmbito estadual, de dotações provenientes do orçamento da União Federal, mediante convênio, e destinadas ao Sistema Único de Saúde - SUS. 3. A competência originária para o processo e julgamento de crime resultante de desvio, em Repartição estadual, de recursos oriundos do Sistema Único de Saúde - SUS, é da Justiça Federal, a teor do art. 109, IV, da Constituição. 4. Além do interesse inequívoco da União Federal, na espécie, em se cogitando de recursos repassados ao Estado, os crimes, no caso, são também em detrimento de serviços federais, pois a estes incumbe não só a distribuição dos recursos, mas ainda a supervisão de sua regular aplicação, inclusive com auditorias no plano dos Estados. 5. Constituição Federal de 1988, arts. 198, parágrafo único, e 71, e Lei Federal nº 8080, de 19.09.1990, arts. 4º, 31, 32, § 2º, 33 e § 4º. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido, para reconhecer a competência de Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pelo envolvimento de ex-Secretário estadual de Saúde. (RE 196982, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/1997, DJ 27-06-1997 PP-30247 EMENT VOL-01875-09 PP-01779)

Do voto do Ministro Relator, transcreve-se a seguinte passagem, por pertinente:

“Compreendo, dessa maneira, que, diversamente do que sucede na hipótese de mero repasse pela União aos Estados e Municípios de valores que lhes pertença, segundo a Constituição e as Leis, - no caso concreto dos recursos do Sus, a União Federal, por intermédio do Ministério da Saúde, mantém permanente fiscalização quanto à regular aplicação desses recursos nos objetivos do plano integrado e único de saúde. As irregularidades apuradas pelos órgãos federais de auditoria e fiscalização conduzem a conseqüências objetivas em Lei definidas. Há inequívoco interesse administrativo no

correto funcionamento dos serviços de saúde, sob supervisão do Ministério da Saúde.

Não é assim possível, na espécie, afastar o interesse efetivo federal na aplicação desses recursos na forma da lei. Os serviços federais estão em causa, por igual, pois lhes incumbe não só a distribuição dos recursos, mas a supervisão de regular aplicação, inclusive com auditorias no âmbito dos Estados e Municípios.

Em tudo o que diz, pois, com a aplicação indevida ou ilegal desses recursos do SUS, repassados ao Estado do Paraná (notas de empenho n.ºs. 2546 e 2560 – fls. 7) que possam configurar crime, a competência originária é da Justiça Federal. Certo é que dessa não seria a competência no que concerne às ilegais operações com recursos orçamentários estaduais, stricto sensu, não resultantes do SUS, salvo se existir conexão entre os delitos federais e os da competência da Justiça Comum... Dessa maneira, na espécie em exame, diante dos termos da denúncia, parte dos recursos parece terem sido provenientes do orçamento estadual e outra parte do SUS, não cabendo, porém, aqui, desmembrar o processo, pela conexão entre delitos federais e estaduais.”

Cita-se, também, decisão do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhece a validade de auditoria procedida pela Secretaria Estadual da Saúde em sistema municipal de saúde:

“CONCUSSÃO – MÉDICO QUE EXIGE HONORÁRIOS DE PACIENTE DO SUS – APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. médico que firma laudo médico para emissão de AIH, objetivando internação pelo Sistema Único de Saúde e depois cobra honorários, inclusive pressionando parentes do paciente a manter internamento particular, comete crime ajustado às penas do art. 316 do Código Penal. Não se pode admitir desconhecimento do médico quanto à modalidade de internação do paciente, se já denunciado em outras tantas oportunidades pelo mesmo crime, vereador no município e constatada a irregularidade em auditoria da Secretaria da Saúde. Apelação provida em parte. (AP. Nº 70023949985. 4ª Câmara Criminal. Relator des. Gaspar Marques Batista. J. em 31/07/2008, P. DOE 20/08/2008).

Isso posto, conclui-se que o Estado-membro tem competência para proceder às auditorias nos sistemas de saúde municipais, de-

vendo cumprir os comandos da Lei Estadual nº 11.867/2002, que estão em consonância com a legislação federal. Revisa-se, portanto, o Parecer nº 14.249.

Porto Alegre, 30 de setembro de 2013.

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho
Procuradora do Estado

Processo nº 19371-10.00/13-8

Acolho as conclusões do Parecer n.º 16.174/13, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria da Procuradora do Estado Doutora HELENA BEATRIZ CESARINO MENDES COELHO.

Em 31 de outubro de 2013.

**Bruno de Castro Winkler,
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos.**

De acordo.

Restitua-se o expediente à Coordenação da Procuradoria do Domínio Público Estadual.

Em 31 de outubro de 2013.

**Carlos Henrique Kaipper,
Procurador-Geral do Estado.**

Normas de Publicação

1 Sobre a Revista

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, publicada sob responsabilidade desta Instituição, tem por finalidades:

- a) Contribuir para a cultura jurídica nacional, em especial no campo do Direito Público e da Advocacia de Estado;
 - b) Divulgar os trabalhos dos Procuradores do Estado no exercício de suas funções;
 - c) Difundir a produção científica dos Procuradores do Estado;
 - d) Propiciar o debate acadêmico e o fomento à produção científica dos Procuradores do Estado e da comunidade jurídica em geral.
- A Revista tem periodicidade semestral.

2 Apresentação dos Artigos

Este é um resumo das normas de publicação, o texto na íntegra bem como o Regimento Interno podem ser acessados no site da PGE-RS - Publicações: <http://www.pge.rs.gov.br/>

2.1 Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão seguir as normas da ABNT sempre que possível, observando-se os critérios estabelecidos no Regimento Interno.

2.2 Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitado o limite de 13 (treze) a 30 (trinta) laudas (20 linhas com 60 caracteres cada), incluindo quadros, tabelas, ilustrações, notas e referências, observando:

- a) espaço 1½ e fonte Arial 11, exceto: resumo, que deve aparecer com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas e legendas, que devem ser inseridas com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas simples;
- b) devem ser elaboradas em folha A4 (210mm x 397mm);
- c) devem respeitar as seguintes margens: superior = 3cm; inferior = 2cm; esquerda = 3cm; e direita = 2cm;

d) os itens e subitens devem aparecer em letras maiúsculas e em negrito, e devem sempre ser iniciados na mesma página, não deixando espaços em branco entre um e outro, utilizando-se numeração para os itens (1, 2, 3 etc.) e sub-numeração para os subitens (1.1., 1.2., 2.1., 2.2. etc.), estes apenas com as letras iniciais em maiúsculo; (continua)

Disposições Gerais

O artigo deverá ser encaminhado ao Conselho Editorial pela via eletrônica (e-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br), ou através de CD-Rom em formato WORD FOR WINDOWS. Em qualquer hipótese, deverão ser também encaminhadas duas vias impressas, acompanhados da autorização para publicação assinada pelo(s) autor(es) (modelo disponível no site da Revista), aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

Os trabalhos a serem publicados observarão os seguintes critérios: concordância com as finalidades da revista; atualidade, originalidade e/ou ineditismo do tema abordado; profundidade da análise; correção e coerência da linguagem; clareza e consistência dos conceitos e da abordagem; importância científica do tema; coerência das reflexões/conclusões com a seqüência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(as).

Os trabalhos aceitos poderão sê-lo “sem restrições” ou “devolvidos para reformulações”. Quando as reformulações tratarem apenas de aspectos formais ou outras que não modifiquem as idéias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

Os originais dos artigos não serão devolvidos.

As regras e critérios para publicação poderão ser excepcionadas a critério do Conselho quando o assunto for de especial interesse ou o autor tiver reconhecimento pela excelência da sua obra.

