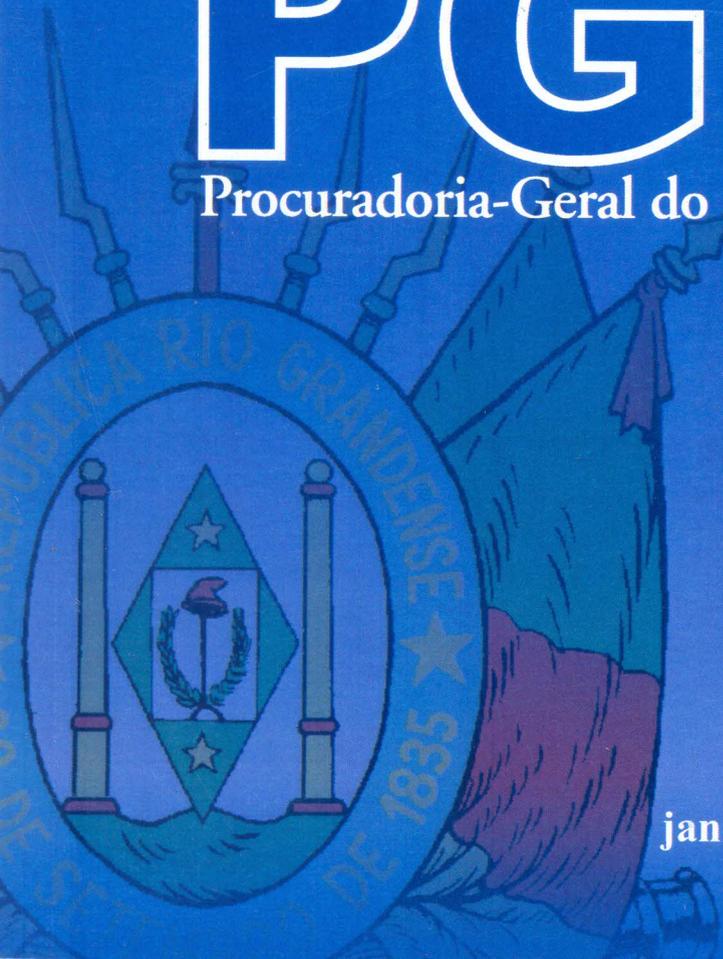




Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Revista da PGE

Procuradoria-Geral do Estado RS



v.32 n.67
janeiro/junho de 2011

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	n. 67	p. 1 - 133	2010
------	--------------	-------	------------	------

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.

De 1971 a 2007, periodicidade semestral; a partir de 2010, anual.

Publicação interrompida de 2008 a 2009.

Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v.1-9, n. 1-
23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catálogo 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, 1501 – 13. Andar

90119-900 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

ROSELAINÉ ROCKENBACH

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos

BRUNO DE CASTRO WINKLER

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

HELENA BEATRIZ CESARINO MENDES COELHO

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Institucionais

EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL

Corregedor-Geral da PGE

JULIANO HEINEN

Coordenador da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Carlos Henrique Kaipper
(Presidente)
Fabiana Azevedo da Cunha Barth
Jacques Alfonsin
José Luis de Bolzan Moraes
Juliano Heinen
Márcia Regina Lusa Cadore Weber
Max Möller

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

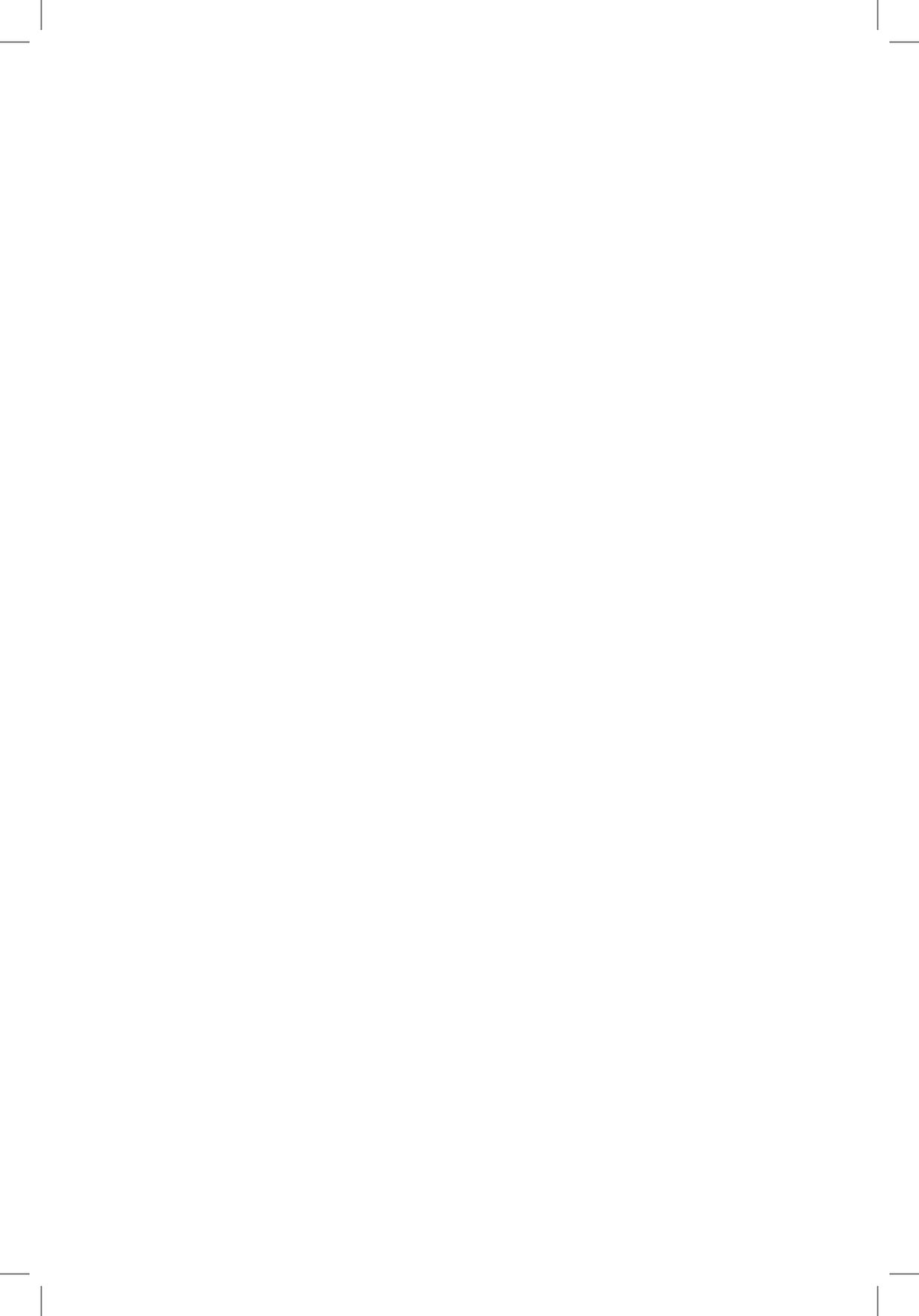
Maria Carla Ferreira Garcia
Secretária-Executiva
Bibliotecária crb 10/1343

Corag 
Imprensa Oficial
do Estado do Rio Grande do Sul

Av. Cel. Aparício Borges, 2199
Fone: (51) 3288-9700
E-mail: editora_tecnica@corag.com.br
www.corag.com.br

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
DOCTRINA	
Redução da Judicialização e Efetivação das Políticas Públicas sob o Enfoque do Planejamento e Gestão Sistêmicos Euzébio Henzel Antunes; Janaína Barbier Gonçalves	9
Juízes Gestores do Crédito Tributário? O Ativismo Judicial Ditando os Rumos ds Execuções Fiscais Guilherme Valle Brumm	25
Controle Judicial das Políticas Públicas no Estado Constitucional Carla Pozza	41
O Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil: a decisão judicial e sua fundamentação Hector Cury Soares	69
TRABALHOS FORENSES	
Contestação Eduardo Cunha da Costa	97
PARECERES	
Parecer 15.298 Maria Denise Vargas de Amorim	113
Parecer 15.465 Ana Cristina Brenner	119



EDITORIAL

Quem defende o Estado, defende todos nós. E esta talvez seja a uma premissa que tipifique, com muita propriedade, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Especialmente neste prematuro milênio, defender a coisa pública se tornou um ministério, um desafio e uma paixão, frente aos atropelos jurídicos e políticos que perpassam as instituições que compõe o que se entende por “Poder Público”. É imperioso abordar a necessidade de que o Estado volte e acolha a Advocacia Pública como sua carreira essencial. E não há mistério maior àquele que defende a coisa pública do que esta ausência.

Temas como separação de poderes, controle judicial das políticas públicas, efetivação dos direitos fundamentais, ativismo judicial, dentre tantos outros, são consagrados, por vezes, por meio de uma visualização míope e pela via de uma inteligência – dita científica – completamente esquizofrênica. Para estancar-se em um aspecto isolado: já não se consegue mais visualizar até onde, no Estado de Direito (destaque a este último signo), uma lei vale, vige ou possui efetividade, diante da existência de tantos códigos quantos são as jurisdições.

Eis um dos desafios da Advocacia Pública: defender o cumprimento da normatividade constitucional e legal em elo ao padrão republicano e democrático. E, da mesma forma, necessário perceber a intimidade com que estes signos se completam e devem perfazer a agenda de qualquer jurista que trate das questões envolvendo a Administração Pública.

Então, neste número, a Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS passou a catalogar um eixo temático, tratando exclusivamente de temas ligados à Advocacia Pública. Neste número, procurou-se desenvolver a seguinte linha editorial: *Direitos Fundamentais e Controle Judicial*¹, recebendo-se contribuições de alto padrão científico. Em várias áreas da Dogmática Jurídica tal tema é enfrentado, perfazendo-se, portanto, um debate acerca dos limites e da efetivação contemporânea do dito controle.

Por fim, espera-se que a reformulação do formato da Revista da PGE-RS agrade a todos e possa contribuir sensivelmente à discussão do tema, na linha editorial proposta. Boa leitura a todos!

Juliano Heinen,
Coordenador da PIDAP.

¹ Estes dois elementos (eixo temático e linha editorial) foram agregados ao periódico como forma de lhe conferir maior cientificidade e qualidade.



REDUÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO E EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOB O ENFOQUE DO PLANEJAMENTO E GESTÃO SISTÊMICOS

REDUCTION OF JUDICIALIZATION AND EFFECTIVE PUBLIC POLICY UNDER THE PERSPECTIVE OF SYSTEMIC PLANNING AND MANAGEMENT

Euzébio Henzel Antunes¹
Janaina Barbier Gonçalves²

RESUMO: O presente artigo tem por escopo trazer para o leitor dados que demonstrem os problemas enfrentados pelos gestores do Sistema Único de Saúde em decorrência da intervenção judicial sem critérios que cresceu no Brasil a partir da década de 90. Através da experiência exitosa da adoção do planejamento e gestão sistêmicos, pretende evidenciar que a identificação das causas que levam à interposição das demandas, com o intuito de atuar, através da implementação de Grupos de Trabalho multidisciplinares, na sua eliminação ou diminuição, é fundamental para possibilitar a redução das demandas judiciais, bem como uma melhor compreensão das políticas públicas pelos operadores do direito e pelos gestores, contribuindo, por conseguinte, para a efetivação do direito à saúde.

Palavras-chave: Judicialização. Saúde. Planejamento. Gestão. Sistêmicos.

ABSTRACT: This paper aims at bringing the reader data to demonstrate the problems faced by the managers of the Unified Health System as a result of judicial intervention without criteria which grew in Brazil since the 90s. Through the successful experience of adopting the systemic planning and management, aims to highlight that the identification of causes leading to the commencement of demands, in order to act, through the implementation of multidisciplinary Working Groups, in their elimination or reduction, is fundamental to enable the reduction of litigation and a better understanding of

¹ Especialista em Direito Público e Especializando em Direito Empresarial, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado.

² Especialista em Processo e Constituição pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Sanitário, pela Escola Superior de Saúde Pública do Rio Grande do Sul. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.

public policy by law operators and managers, contributing, therefore, to the realization of the right to health.

Keywords: Judicialization. Health. Planning. Management. Systemic.

1 INTRODUÇÃO

O crescimento das demandas judiciais que envolvem o direito à saúde no Brasil, chamado por muitos de fenômeno da judicialização da saúde, vem sendo uma constante preocupação dos gestores do Sistema Único de Saúde e dos operadores do direito, especialmente no tocante a necessidade de critérios para pautar as decisões.

O entendimento jurisprudencial de que o direito à saúde, com base no art. 196 da Constituição Federal, é um direito ilimitado e absoluto, que implica na obrigação do Poder Público de fornecer todo e qualquer medicamento, em desatenção às políticas públicas existentes acaba, ainda que não seja esse o seu intuito, combalindo ainda mais os escassos recursos públicos.

Nesse contexto, os diversos setores envolvidos têm buscado soluções para diminuir o número de ações judiciais e melhorar o acesso da população ao Sistema Único de Saúde.

Para uma maior compreensão do tema, é indispensável que se analise, ainda que brevemente, dados que demonstrem os problemas enfrentados pelos gestores do Sistema Único de Saúde em decorrência da intervenção judicial sem critérios que cresceu no Brasil a partir da década de 90, bem como que se aponte possíveis soluções para o problema.

Assim, serão introduzidas algumas breves noções sobre o direito à saúde Brasil, abordando a atuação judicial.

Posteriormente, serão abordadas as principais críticas à judicialização da saúde.

Por derradeiro, tratar-se-á do planejamento e gestão sistêmicos como ferramentas para a efetivação do direito à saúde e a diminuição das demandas judiciais.

2 BREVES NOÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E A ATUAÇÃO JUDICIAL

O Direito à Saúde vem se consolidando ao longo dos anos no cenário internacional e no cenário nacional.

Em 1948 foi criada a Organização Mundial de Saúde (OMS) que estabeleceu que: “Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. O referido conceito simboliza, na verdade, um compromisso, uma meta a ser perseguida. A saúde não pode ser vista somente como a ausência de doença e as políticas públicas não podem ser implementadas

somente para tratar o indivíduo quando já estiver doente, devendo primar pelo seu bem-estar.

No Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, o serviço público de saúde encontrava-se adstrito aos trabalhadores que possuíam vínculo empregatício, os quais pagavam mensalmente contribuição ao Instituto Nacional de Previdência Social e obtinham atendimento na rede pública de saúde. Todavia, os brasileiros que não integravam o mercado formal de trabalho, o que representava e representa ainda grande parte da população, não podiam contribuir para o Instituto e por conseqüência ficavam à margem do direito à saúde.

A Constituição brasileira, em seu art. 6º, assim como as constituições de países como a Argentina, o Uruguai, Portugal, Espanha, Itália, Holanda e França, consagrou expressamente a saúde como direito fundamental da pessoa humana, mas que, por ser um direito social, e, portanto, um direito fundamental de segunda dimensão, depende para a sua efetividade de recursos humanos e materiais, o que conduz à necessidade de atuação do Poder Público para efetivá-lo.

No sentir de José Afonso da Silva³, os denominados direitos sociais, dentre os quais o direito à saúde, são:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Entretanto, deve-se ressaltar que a necessidade de atuação do Poder Público, não pode servir como argumento para a não efetivação do direito à saúde, pois, tratando-se de um direito fundamental tem aplicabilidade imediata, nos termos do seu art. 5º, parágrafo 1º, da Carta Magna.⁴

Destaca-se, que em nossa Constituição o direito à saúde não vem somente previsto no art. 6º., estando também presente no Título VII da Carta Magna, nos artigos 196 a 200, e 227, 229 e 230, sendo que os cinco primeiros artigos prevêm o dever do Estado em assegurar a saúde, com a possibilidade de participação de instituições privadas, e os três últimos consagram o dever não só do Estado, mas da família e de toda a sociedade de garanti-lo.

No Brasil, como será visto no decorrer do presente artigo, há uma forte atuação judicial para afirmação do direito à saúde, previsto nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal, que decorreu inicialmente de uma fraca atuação administrativa para a sua efetivação. No entanto, passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, verifica-se que no âmbito administrativo houve diversos avanços no Sistema Único de Saúde, com a implementação de diversas políticas públicas, as quais acabam não sendo reconhecidas

³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1999.p.289-90.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998.p.245.

pelo Poder Judiciário ao decidir as demandas⁵. Ainda, constata-se que a maioria dos Magistrados brasileiros entende que o direito à saúde é obrigação somente do Estado lato sensu.

É importante observar que por previsão constitucional a competência prevista para *legislar* sobre proteção e defesa da saúde pertence *concorrentemente* à União, aos Estados e aos Municípios (CF/88, art. 24, XII, e 30, II), cabendo à União legislar sobre normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II).

Com relação à competência para administrar o sistema, a Constituição atribuiu *competência comum* à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde.

A União, os Estados e os Municípios defendem exaustivamente que a Constituição não estabeleceu em nenhum momento a solidariedade acolhida pelos Tribunais pátrios, não prevendo obrigação solidária entre os entes públicos na prestação do direito à saúde, limitando-se a dispor sobre a sua competência comum⁶.

Como bem observa Luis Roberto Barroso⁷, a competência comum não significa que a Constituição tenha por propósito que os três entes federados tenham competência irrestrita em relação a todas as questões, *in verbis*:

Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

Após a promulgação da Constituição de 1988, foi editada a chamada Lei Orgânica da Saúde, Lei 8080/90, visando estabelecer a política pública de saúde brasileira. A referida lei criou a estrutura e o modelo operacional do Sistema Único de Saúde - SUS e constituiu as competências de cada ente público no sistema, repetindo em seu art. 9º o disposto no artigo 23, II, da Constituição Federal no que

⁵ Sobre a falta de critérios nas decisões do Poder Judiciário em matéria de saúde e sobre a total descon sideração da política pública de medicamentos na maioria das suas decisões vide DALLARI, Sueli Gandolfi ; MARQUES, Sílvia Badim. **Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo**. Revista Saúde Pública 2007, n.41(1).p.101-7.

⁶ Conforme dispõe o art. 23 da Constituição Federal.

⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Da Falta De Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: < <http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/casos/direito/>> . Acesso em 24 mai. 2010.

tange à divisão de competências entre os entes públicos para formular e executar políticas públicas de saúde.

Na Lei Orgânica da Saúde foram estabelecidos os princípios que devem nortear o Sistema Único de Saúde, dentre os quais o princípio da universalidade, equidade e integralidade. Em termos de organização do SUS, a lei previu que o sistema deverá ser regido pelos princípios da regionalização, da hierarquização e da descentralização.

Com relação aos medicamentos fornecidos pela rede pública, não há na Constituição de 1988 ou na Lei Orgânica da Saúde definição da distribuição de competências entre a União, os Estados e os Municípios. A partir da edição da Lei 8.080/90 surgiu no âmbito do SUS uma infinidade de Portarias e Resoluções que regulamentam o seu funcionamento nas mais diversas áreas de atuação.

A Portaria do Ministério da Saúde 3.916/98 aprovou a Política Nacional de Medicamentos com o objetivo precípuo de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

Com esse espírito, dentro da Política Nacional de Assistência Farmacêutica, foi elaborada pelo Ministério da Saúde, através da Portaria 2.475/2006, uma Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, que é o instrumento norteador das ações de assistência terapêutica do Sistema Único de Saúde (SUS).

A preocupação com a efetivação do direito à saúde e com as críticas à intervenção judicial, dita excessiva e de critérios duvidosos, motivou em 2009 a audiência pública promovida pela Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, na qual foram ouvidos os principais atores em matéria de saúde pública (Gestores Públicos, representantes da Magistratura, da OAB, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Procuradoria-Geral dos Estados, da sociedade médica e da sociedade civil). Como resultado da referida audiência e em decorrência da compreensão de que a atuação judicial na defesa dos direitos humanos deve ser redimensionada, com o estabelecimento de critérios, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, assim manifestou-se ao relatar a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175⁸: “Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil”.

Ainda como resultado da referida audiência pública, o Ministério da Saúde editou a Portaria GM-MS 2.981/09 dispondo sobre a dispensação de medicamentos, segundo a qual os medicamentos que integravam o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional passam a integrar, agora, o Componente Especializado de Assistência Farmacêutica e os medicamentos deste Componente

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175, ata nº 7, de 17/03/2010. Relator Ministro Gilmar Mendes. Divulgado em 24/03/2010. In: **DJE** nº 54.

deverão ser autorizados somente para as doenças (descritas de acordo com o CID-IO) constantes no Anexo IV da Portaria (art. 14, parágrafo único). Nos termos da Portaria, arts. 18 e 19, a incorporação, inclusão ou substituição de medicamentos, ocorrerá mediante os critérios estabelecidos pela Comissão de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde (CITEC/MS), conforme ato normativo específico e pactuação na Comissão Intergestores Tripartite (CIT), bem como a incorporação efetiva de um medicamento nos Grupos 1, 2 e 3 do Componente ocorrerá somente após a publicação na versão final do Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas específico pelo Ministério da Saúde, observadas as pactuações na CIT.

3 PRINCIPAIS CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Por certo, a audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal foi um marco para a aproximação de todos os atores envolvidos nas demandas judiciais que envolvem o direito à saúde. Na prática, constata-se que a existência de a infinidade de atos administrativos federais, estaduais e municipais que regulam a Política de Assistência Farmacêutica no Brasil conduz muitas vezes à impossibilidade de conhecimento e de compreensão do sistema até mesmo para os seus principais operadores, predominando a opacidade do direito ou a não compreensão do direito.

É importante observar que a principal crítica à atuação judicial para a concessão de medicamentos em casos individuais, em que pese pareça ser a solução salvadora, é o fato de ser na realidade extremamente prejudicial à população, pois a canalização de recursos para situações individualizadas, independente do valor a ser destinado e da organização do Sistema Único de Saúde, fere o espírito do art. 196 da Constituição, que é propiciar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

No sentir de Dalmo de Abreu Dallari⁹:

É preciso ter muito claro, entretanto, que para a real proteção judicial dos direitos humanos não é suficiente e, pelo contrário, é perigoso só cumprir as formalidades judiciárias, ter uma aparência de proteção judicial, que adormece a vigilância e que não é, porém, mais do que uma ilusão de justiça.

Sobre a opacidade do direito é oportuno citar Carlos María Cárcova¹⁰:

Existe, pois, uma opacidade do jurídico. O direito, que atua como uma lógica da vida social, como um livreto, como uma partitura, paradoxalmente não é conhecido, ou não é compreendido, pelos atores em cena. Estes realizam certos rituais, imitam condutas, reproduzem certos gestos, com pouca ou nenhuma percepção de seus significados e alcances.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.p.38.

¹⁰ CARCOVA, Carlos Maria. **A Opacidade do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Ed. LTR, 1998.

De acordo com o autor, a opacidade do direito se verifica com o desconhecimento do direito ou a ausência de compreensão do direito que se conhece, e é um fenômeno comum do direito, presente em todas as suas áreas, afetando não só a população menos privilegiada, mas também quem desempenha papéis técnicos relevantes, como os administradores, os juízes, os advogados públicos, etc.

Em matéria de direito à saúde, esse desconhecimento, que decorre da complexidade do sistema único de saúde, é um dos principais responsáveis pela atual intervenção judicial excessiva em matéria de saúde pública.

De acordo com Maria Célia Delduque e Mariana S. de Carvalho Oliveira¹¹ a neutralidade dos magistrados na aplicação do direito positivado vem cedendo lugar a um ativismo jurídico, entretanto, as autoras esclarecem que:

No entanto, a complexidade do setor da saúde exige do juiz uma adequada e proporcional decisão e nem sempre os tribunais pátrios analisam corretamente matérias envolvendo a saúde. Em matéria de saúde, é preciso buscar a clássica lição aristotélica de que a virtude está no meio termo, ou seja, o juiz deve reconhecer a dimensão do direito à saúde, mas não perder de vista os limites estruturais do setor e a compreensão dos atos administrativos que integram a política pública sanitária.

É fato incontroverso que desde a década de 90 vêm crescendo de forma significativa as demandas judiciais que postulam o fornecimento de medicamentos e tratamentos não contemplados nas políticas públicas brasileiras. A jurisprudência brasileira vem entendendo que este é um direito ilimitado, que implica na obrigação do poder público de fornecer todo e qualquer medicamento.

Em que pese os três níveis de gestão, federal, estadual e municipal sustentarem que as referidas disposições constitucionais, limitam a sua abrangência ao dispor que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, bem como que estão adstritos aos planos orçamentários traçados nos artigos 165 e 167 da Constituição, o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou sua jurisprudência no sentido de que os três entes da Federação são solidariamente responsáveis pelo cumprimento das obrigações previstas nos artigos 196 e seguintes da Constituição.

Tal posição não foi modificada nem mesmo após a citada audiência pública realizada no primeiro semestre de 2009, na qual a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul¹² teve a oportunidade de apresentar dados alarmantes sobre a chamada judicialização da saúde no Estado do Rio Grande do Sul, os quais demonstram que atualmente a maioria das decisões judiciais no Brasil não

¹¹ DELDUQUE, M.C. ; OLIVEIRA, M.S.C, **Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à saúde**, in O Direito Achado na Rua: introdução crítica ao Direito à Saúde, org. Costa, A.B; Sousa Júnior, J.G.; Delduque, M.C.; Oliveira, M.S.C; Dallari, S.G., Brasília, CEAD/UNB, 2008, pg. 108.

¹² GONÇALVES, Janaina Barbier. **Audiência Pública – Saúde**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Janaina_Goncalves.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2010

observa as listas de medicamentos elaboradas pelo Ministério da Saúde para fornecimento no âmbito do SUS.

Na referida oportunidade, foi demonstrado, com base nos dados fornecidos pela Secretaria Estadual da Saúde do Rio Grande do Sul, que, em que pese o crescimento na aquisição de medicamentos na esfera administrativa nos anos de 2008 e no começo de 2009, as despesas oriundas de decisões judiciais continuaram a ter um crescimento vertiginoso, sendo 41% do orçamento da Secretaria Estadual da Saúde gasto em política de assistência farmacêutica, com oitenta e sete mil, novecentos e sessenta e seis pacientes atendidos pela via administrativa e vinte mil, quatrocentos e noventa e sete pacientes pela via judicial. Portanto, em maio de 2009 aproximadamente 18,92% do orçamento da assistência farmacêutica do Estado era administrado pelo Judiciário.

Outro dado significativo apresentado na audiência foi que na via judicial apenas 14,31% da demanda era relativa a medicamentos especiais e 9,4% era relativa a medicamentos excepcionais, prescritos de acordo com os Protocolos do Ministério da Saúde, que eram os medicamentos cujo fornecimento competia ao Estado, enquanto 76,23% das demandas judiciais em que o Estado era réu abrangiam medicamentos que não eram de sua competência: 11,14% da lista básica, de responsabilidade dos municípios; 18,25% medicamentos excepcionais prescritos em desacordo com os referidos Protocolos; e 46,84% referente a medicamentos que não eram registrados na ANVISA.

Em razão das decisões judiciais, o Estado teve que distribuir em 2009 aproximadamente três mil e trezentas apresentações farmacêuticas, sendo que apenas cerca de quinhentas faziam parte dos elencos fornecidos administrativamente, e duas mil e oitocentas foram fornecidas por força de determinações judiciais, em antecipação de tutela, para fornecimento em 48 ou 72 horas, sob pena de bloqueio de verbas públicas.

Entretanto, sabe-se que os Municípios, principalmente os de pequeno porte, são os mais prejudicados com a judicialização excessiva, pois acabam sendo compelidos a fornecer medicamentos que deveriam ser fornecidos pelos Estados ou pela União, ou, pior, sendo compelidos a fornecer medicamentos de alto custo que não foram eleitos para integrar as listas do SUS, o que acaba consumindo grande parte de seus orçamentos.

Em matéria de saúde pública, deve-se considerar que o caixa para atendimento de demandas administrativas e judiciais é único, e a intervenção judicial na área da saúde é hoje um dos óbices para que os gestores consigam atender regularmente a sua demanda administrativa, até mesmo porque são obrigados a respeitar a destinação dos recursos definida na Lei Orçamentária, sob pena de improbidade administrativa.

Outro fator que deve ser levado em consideração, é que o faturamento anual da indústria farmacêutica é bilionário, sendo que no ano de 2009 estava

previsto entre 750 bilhões de dólares e 760 bilhões de dólares¹³ Por óbvio, com uma margem de lucro tão alta, a indústria investe fortemente em propaganda, principalmente para a classe médica, visando à prescrição de novas drogas, geralmente mais caras que as já existentes para tratamento das mesmas doenças. A indústria farmacêutica destina à publicidade para médicos, anualmente, de 12 a 15 bilhões de dólares, para pagamento de brindes, participações em Congressos, etc. De acordo com Anna Lucia França (2005), na lista que leva em conta só os “farmaemergentes”, o crescimento estimado entre 2008 e 2013 para a China, isoladamente, fica em torno de 20% a 23%; seguido pela Rússia, com 14% a 17%; Índia e Turquia, com 11% a 14%; Brasil e Coreia do Sul, com 7% a 10%, e, por último, o México (um dos mais afetados pela crise financeira), com 4% a 7%. No total, a média de crescimento do segmento farmacêutico no período deve ficar em torno de 13% a 16%.

A antropóloga Adriana Petryna, autoridade americana atual sobre o tema, divulga em seu livro, em 2006, (APUD PICON, 2009), uma análise antropológica das estratégias de convencimento da sociedade como um todo para a criação de novos mercados para medicamentos, chamando a atenção de que a proliferação de tratamentos cria iniquidades, bem como para o fato de que os valores da sociedade; quando se defrontam com interesses corporativos, como os da indústria farmacêutica, passam a ser praticamente invisíveis, salientando que algumas estratégias multinacionais de propaganda visam a introdução de um novo produto ou a nova tecnologia nas políticas públicas, assegurando, assim, o mercado¹⁴.

Em um país como o Brasil, em que a judicialização da saúde se tornou uma prática constante, esse filão comercial é ainda maior, pois as decisões jurídicas, como é normal no Estado de Direito, acabam por influir no âmbito da tomada de decisões dos gestores públicos.

Por conseguinte, em princípio, são essas as principais críticas à judicialização da saúde: desconhecimento do regramento do SUS e das políticas públicas de saúde, influência da indústria farmacêutica, falta de critérios para pautar as decisões e desorganização do sistema.

4 O PLANEJAMENTO E A GESTÃO SISTÊMICOS COMO SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA

Traçadas breves linhas sobre os dilemas causados pela intervenção judicial excessiva e sobre as principais críticas a sua ocorrência, é necessário apontar possíveis soluções para o problema e para a efetivação do direito à saúde.

Contudo, antes, é importante esclarecer, que não se pretende no presente artigo negar a responsabilidade dos três níveis de gestão, mas sim apontar o pla-

¹³ FRANÇA, Anna Lucia, **Emergentes mudam a geografia da indústria farmacêutica**, Gazeta Mercantil/ Caderno C, São Paulo, n. 19, p.1, maio 2009.

¹⁴ PICON, Paulo Dornelles. **Audiência Pública – Saúde**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Paulo_Picon.pdf>. Acesso em 20.04.2010.

nejamento e a gestão sistêmicos como um fator de possível redução das ações judiciais, sem olvidar que cada esfera governamental assumiu obrigações dentro do referido sistema, de acordo com a condição de gestão em que está enquadrada, não sendo viável priorizar grupos ou indivíduos mediante o custeio de toda e qualquer assistência postulada em casos pontuais, como ocorre reiteradamente na via judicial.

Não se pretende, portanto, defender a afastabilidade do Poder Judiciário quando o assunto é saúde pública, uma vez que a participação atuante e efetiva do Judiciário é imprescindível em um Estado Democrático de Direito, ao contrário, busca-se contribuir para a compreensão de todos os atores (Judiciário, Ministério Público, Advogados, Gestores Públicos e Advogados Públicos) no que se refere à Política de Assistência Farmacêutica no âmbito do SUS, mormente ao fato de que a canalização de recursos para situações individualizadas, independente do valor a ser destinado e da organização do SUS, fere o espírito do art. 196 da Constituição, que é propiciar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

Sabe-se que na elaboração das listas, a que estão adstritos Estados e Municípios, nos respectivos âmbitos de competência, norteia-se o Ministério da Saúde no princípio da universalidade, buscando a definição do melhor custo-benefício, com segurança, visando atender o maior número de cidadãos, disponibilizando no SUS, de maneira geral, no mínimo, um representante de cada grupo farmacológico, com eficácia comprovada e segurança estabelecida em termos de quantidade, qualidade e eficácia.

Sobre a necessidade de conhecimento das políticas públicas e de sua avaliação pelo Judiciário com um critério de razoabilidade e proporcionalidade, manifesta-se a Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Dra. Denise Oliveira Cezar¹⁵:

A magistratura é importante na afirmação das demandas sociais resistidas pelo poder público. O Judiciário tem constitucionalmente o poder de analisar todos os atos da administração, inclusive as chamadas questões políticas antes cobertas pela insindicabilidade. Assim, temos a responsabilidade de analisar a suficiência ou insuficiência de uma política pública, balizados por princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e corrigir seus rumos, quando desgarrados dos preceitos constitucionais, notadamente nas áreas abrangidas pela normatividade dos direitos fundamentais.

Meu pensamento é o de que estamos incipientes no exercício desta parte de nossa função, porque atuamos com a cultura do direito subjetivo individual e com seus instrumentos, materiais e processuais. É preciso continuar a assegurar a efetividade deste direito fundamental, mas também é preciso compreender a dimensão e o propósito da política pública, suas finalidades, e respeitar aquilo que ela tem de positivo, corrigindo seus equívocos. Não temos tido tempo e talvez disposição para isto. Penso que os trabalhos que iniciamos na AJURIS deveriam continuar a ser desenvolvidos. Já temos uma

¹⁵ CEZAR, Denise Oliveira. **A judicialização do Direito à Saúde** - entrevista com Denise Oliveira Cezar. Porto Alegre, 17 nov. 2008. Disponível em < <http://www.magrs.net> >. Acesso em: 30 ago. 2009.

compreensão razoável a respeito destes temas e, como em 1986, podemos ajudar a construir novos avanços.

Sobre o tema, é também oportuno citar as conclusões do estudo sobre as decisões judiciais no Poder Judiciário de São Paulo realizado por Sueli Gandolfi Dallari e Silvia Badim Marques¹⁶:

Ele vem sustentando, principalmente, que questões políticas não podem disciplinar ou condicionar o exercício desse direito. Suas decisões têm com base unicamente a afirmação do direito à saúde e à assistência farmacêutica como direitos integrais e universais dos cidadãos brasileiros contida no arcabouço legal (Constituição Federal e Lei Orgânica de Saúde). O Poder Judiciário ignora que os direitos foram instituídos, de forma ampla e atrelada à elaboração de políticas sociais e econômicas. [...] Quando a decisão jurídica não considera as políticas públicas, formalizadas juridicamente, que envolvem os direitos sociais, corre o risco de atuar fora dos limites estruturais do sistema jurídico. Disso resulta um Judiciário que decide politicamente – sem a estrutura necessária para atuar com essa lógica – e uma política judicializada, que acaba por incorporar o ritmo, a lógica e a prática das decisões judiciais. É o que a doutrina chama de “judicialização da política”. Os prejuízos da “judicialização da política” refletem-se na própria manutenção da democracia.

Nesta linha, diante da já demonstrada complexidade do Sistema Único de Saúde, para se chegar a conhecê-lo é fundamental uma atuação multidisciplinar e intersetorial.

Observa-se, portanto, que no contexto abordado no presente artigo, o planejamento e a gestão sistêmicos são importantes ferramentas para melhorar o acesso da população aos medicamentos, pois têm por escopo a sustentabilidade e a efetividade do direito à saúde, através da atuação de todos os atores envolvidos nas políticas públicas e na judicialização da saúde, para a identificação das causas que dificultam o acesso da população ao Sistema Único de Saúde, bem como das consequências dessa falta de acesso, buscando a integração de recursos (humanos e materiais) multidisciplinares e intersetoriais (Judiciário, Ministério Público, Gestores, Advogados Públicos) para assegurar o direito à saúde.

Verifica-se que as causas que conduzem à falta de medicamentos e a consequente atuação judicial, são sistêmicas, uma vez que decorrem de relações interdependentes e inter-relacionadas entre os diversos atores.

Sobre o planejamento e gestão sistêmicos, cumpre citar o Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul, Dr. Rodrigo Schoeller de Moraes¹⁷:

De uma forma mais aprofundada, o planejamento e a gestão deverão produzir o pensamento sistêmico, contemplando o mapeamento das necessidades,

¹⁶ Ibidem, nota 3.

¹⁷ MORAES, Rodrigo Schoeller. **A Atuação do Ministério Público na Geração de Efeitos Públicos e nas Redes de Cooperação – Formas de dar Efetividade aos Ditames da Constituição Federal no Contexto Sistêmico**. Disponível em: < > http://www.fmp.com.br/2008/img/gestao_conteudos/ >. Acesso em: 24 mai. 2010.

possibilidades e atividades, com o que se poderá atuar de forma sistêmica, integrando todas as perspectivas envolvidas. Desse modo, possibilita-se a inclusão das pessoas principalmente naquelas ações nas quais se sentem entusiasmadas, fazem a diferença na sociedade, sendo, por isso, lembradas, reconhecidas e valorizadas. Assim, os membros da sociedade constatarão que são úteis no contexto maior, o que aumenta a motivação na busca de aperfeiçoamento, gerando sustentabilidade e paz no ambiente interno e externo. Isso propicia a conscientização da co-responsabilidade e a compreensão do binômio dever-direito, despertando a noção de contexto e afastando práticas imediatistas baseadas exclusivamente na punição ou vitimização. Cria, assim, o verdadeiro pensamento sistêmico, permitindo o alinhamento dos indicadores que já são utilizados de forma isolada pelas instituições, de modo a propiciar um escopo efetivo e otimizador dos recursos necessários para atingir os objetivos comuns.

Recentemente, em evento realizado pela Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul (FAMURS) e pelo Ministério Público, foi assinado, por representantes da FAMURS, do Ministério Público, do Judiciário, da Defensoria Pública, da Procuradoria Geral do Estado, da Advocacia Geral da União, da Secretaria Estadual da Saúde e de outras entidades, um Termo de Cooperação Técnica que consiste em criar um Grupo de Planejamento e de Gestão Sistêmicos para dar efetividade na otimização da rede de fornecimento de medicamentos nos Municípios do Estado.

Adotando a linha do planejamento e da gestão sistêmicos, o grupo pretende fomentar a construção de soluções conjuntas, visando sempre à otimização da rede de fornecimento de medicamentos. A experiência positiva realizada no Município de Rio Grande, por iniciativa do Promotor de Justiça Rodrigo Schoeller de Moraes, juntamente com a Defensora Pública Fabiane Lontra, e a secretária da Saúde do Município de Rio Grande, Zelionara Branco, que reduziu em 80% as demandas judiciais, norteia as ações do grupo, que pretende estendê-la para os demais Municípios do Estado.

Contudo, para o sucesso do Grupo de Planejamento e de Gestão Sistêmicos é fundamental a adesão e participação dos Municípios, uma vez que estando na “ponta” do sistema podem identificar com mais facilidade os óbices que impossibilitam que a sua população tenha o adequado acesso ao SUS. No Município de Rio Grande, por exemplo, foi identificado que os medicamentos de competência do Estado ficavam por um tempo elevado na Coordenadoria Regional de Saúde, situada em Pelotas, o que acarretava a demora na sua distribuição à população.

Esse tipo de atuação multidisciplinar vem ocorrendo também em outros Estados, como por exemplo, no Estado de São Paulo, na Comarca de Ribeirão Preto, na qual representantes do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Setor Público de Saúde se uniram para otimizar a prestação jurisdicional, coibindo abusos e racionalizando o atendimento das demandas, através de uma comissão multidisciplinar, denominada “Comissão de Análise de Solicitações Especiais”, à

qual o Poder Judiciário requisita informações para aferição das cautelas necessárias ao deferimento do pedido do paciente/autor¹⁸.

Essas experiências exitosas demonstram que o planejamento e gestão sistêmicos são sem dúvida ferramentas essenciais para garantir o acesso da população ao SUS e reduzir, por consequência, as demandas judiciais.

5 CONCLUSÃO

É inegável que avanços estão sendo conquistados, vem crescendo o número de decisões judiciais que dispõem que não se justifica a intervenção judicial para obrigar o Poder Público a fornecer medicamentos quando se trata de fármaco, por exemplo, sem registro na ANVISA. Trata-se de questão de segurança e proteção, mormente à integridade e saúde individual dos pacientes que necessitem de tratamento médico, visto que não há sentido em determinado tratamento, a ser custeado pelo erário público, quando ainda pairam dúvidas acerca de sua eficácia e adequação. Da mesma forma, despontam decisões no sentido de que não deve haver intervenção judicial para o fornecimento de medicamento que possui similar, com a mesma eficácia, nas listas do SUS. Tais decisões reconhecem que não se trata, portanto, de mera burocracia dos gestores públicos, ou de negar-se o direito à saúde assegurado constitucionalmente, mas apenas de cumprirem-se os pré-requisitos necessários e exigidos para o fornecimento de qualquer prestação na área da saúde, os quais encontram fundamento na real necessidade de utilização, na medicina baseada em evidências e na proteção da saúde dos pacientes.

Entretanto, na linha do pensamento sistêmico, para a redução das demandas judiciais, é necessário que, além da compreensão das políticas públicas por todos os atores, ocorra uma maior atuação dos gestores públicos, nos três níveis de gestão, para que as políticas públicas existentes sejam efetivamente cumpridas, ampliando o acesso da população aos medicamentos e propiciando a credibilidade do sistema junto ao Poder Judiciário.

Da mesma forma, se cabe ao Poder Público trabalhar para melhorar as políticas públicas, que são em inúmeros casos deficitárias ou inexistentes, cabe ao Ministério Público e à Defensoria Pública respeitá-las, na medida do possível, ao ajuizar ações, assim como ao Poder Judiciário cabe, como integrante do sistema, ao assegurar o direito à saúde, ter conhecimento das políticas públicas existentes e da repartição de competências entre os três níveis de gestão, observando os limites estruturais do setor e a compreensão dos atos administrativos que as integram, ponderando sempre que não há como priorizar grupos ou indivíduos mediante o custeio de toda e qualquer assistência postulada em casos pontuais.

¹⁸ GANDINI, João Agnaldo Donizeti ; BARIONE, Samantha Ferreira ; SOUZA, André Evangelista de. **A. Judicialização do Direito à Saúde: A Obtenção de Atendimento Médico, Medicamentos e Insumos Terapêuticos por Via Judicial - Critérios E Experiências**. Caxias do Sul: Ed. Plenum, 2008. CD-ROM DOUT10.

Neste ponto, é pertinente reafirmar que a intervenção judicial em questões de saúde pública não é sempre prejudicial ao sistema, pois é devida e benéfica quando inexistem políticas públicas para o tratamento de determinados agravos ou quando as existentes não são cumpridas pelo gestor público, entretanto, para decidir, os magistrados não podem desconhecer as políticas públicas existentes e olvidar que a indústria farmacêutica visa o lucro e, para tanto, investe fortemente, como já foi visto, em publicidade para os médicos.

Ante ao exposto, conclui-se que o direito à saúde no Brasil está em construção permanente e provavelmente passará, com a importante contribuição do planejamento e da gestão sistêmicos, de um período de intervenção judicial desmedida para um período de intervenção judicial mais criteriosa, assim como por um período de maior efetividade por parte do Poder Público, fatores que, por certo, contribuirão para reduzir as demandas judiciais e reafirmar as políticas públicas existentes.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta De Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: < <http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/casos/direito/>>. Acesso em 24 mai. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175**, ata nº 7, de 17/03/2010. Relator Ministro Gilmar Mendes. Divulgado em 24/03/2010. In: **DJE** nº 54.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **A Opacidade do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Ed. LTR, 1998.

CEZAR, Denise Oliveira. **A judicialização do Direito à Saúde - entrevista com Denise Oliveira Cezar.** Porto Alegre, 17 nov. 2008. Disponível em < <http://www.magrs.net> >. Acesso em: 30 ago. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

DELDUQUE, M.C. ; OLIVEIRA, M.S.C, **Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à saúde**, in *O Direito Achado na Rua: introdução crítica ao Direito à Saúde*, org. Costa, A.B; Sousa Júnior, J.G.; Delduque, M.C.; Oliveira, M.S.C; Dallari, S.G., Brasília, CEAD/UNB, 2008.

FRANÇA, Anna Lucia, **Emergentes mudam a geografia da indústria farmacêutica**, *Gazeta Mercantil/Caderno C*, São Paulo, n. 19, p.1, maio 2009.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti ; BARIONE, Samantha Ferreira ; SOUZA, André Evangelista de. A. **Judicialização do Direito à Saúde: A Obtenção**

de Atendimento Médico, Medicamentos e Insumos Terapêuticos por Via Judicial - Critérios E Experiências. Caxias do Sul: Ed. Plenum, 2008. CD-ROM DOUT10.

GONÇALVES, Janaína Barbier. Audiência Pública – Saúde. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Janaina_Goncalves.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2010.

MORAES, Rodrigo Schoeller. **A Atuação do Ministério Público na Geração de Efeitos Públicos e nas Redes de Cooperação – Formas de dar Efetividade aos Ditames da Constituição Federal no Contexto Sistêmico.** Disponível em: <http://www.fmp.com.br/2008/img/gestao_conteudos/>. Acesso em: 24 mai. 2010.

PICON, Paulo Dornelles. **Audiência Pública – Saúde.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Paulo_Picon.pdf>. Acesso em 20.04.2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 16^a ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1999.



JUIZES GESTORES DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO? O Ativismo Judicial Ditando os Rumos das Execuções Fiscais

Guilherme Valle Brum¹

1 INTRODUÇÃO

O título do presente ensaio, insofismavelmente inspirado na conhecida obra de Mauro Cappelletti (*Juízes Legisladores?*), revela a intenção dos escritos que se seguirão: denunciar duas formas de ativismo judicial que estão incidindo sobre as execuções fiscais, de modo a conferir ao Judiciário o poder de disposição sobre o crédito tributário. Ao fim do estudo, sugerir-se-ão alterações legislativas tendentes a remediar esse quadro. A semelhança com o texto do eminente doutrinador italiano, portanto, fica apenas no título.

A ideia de teorizar sobre o tema adveio da experiência prática adquirida pela atuação como Procurador do Estado. É resultante, na verdade, de uma perplexidade gerada por duas situações que vêm tomando corpo na jurisprudência, as quais, ainda que originadas de boas intenções, estão reescrevendo indevidamente o instituto da prescrição intercorrente em matéria tributária e o princípio da indisponibilidade do crédito público.

A primeira delas é uma atuação – ao que me parece – vanguardista da jurisprudência gaúcha, no sentido de determinar a extinção da execução fiscal se passados cinco anos da citação do executado sem a satisfação da obrigação tributária, mesmo que – pasme-se! – o Estado atue diligentemente, impulsionando o feito sem solução de continuidade.

A segunda é muito bem conhecida. Trata-se da tendência pretoriana, fortemente aceita no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de considerar a data da citação da sociedade comercial como termo inicial do lustro prescricional para que a Fazenda Pública promova o redirecionamento da execução contra o patrimônio dos gestores. Ou seja, uma vez citada a empresa, o Poder Público, para essa corrente jurisprudencial, tem o prazo de cinco anos, a contar do dia da citação, para localizar – e citar – os sócios-gerentes. É claro que esse redirecionamento pressupõe a insuficiência patrimonial da sociedade.

Pretendo demonstrar que esse avanço dos juízes sobre a administração tributária e a cobrança do crédito público é contrária à Constituição da República, atentando contra os princípios democrático e da separação harmônica e funcional do Poder.

¹ Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Constitucional (UNISUL/SC) e Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB/DF).

2 ATIVISMO JUDICIAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

A expressão “ativismo judicial”, no mundo acadêmico-doutrinário brasileiro, é sem dúvida plurissignificativa. Ainda não chegamos a um acordo semântico aceitável. De qualquer forma, sobre um ponto, pelo menos, parece que os juristas pátrios estão de acordo: ativismo judicial é uma postura deliberadamente pró-ativa do Poder Judiciário sobre assuntos que deveriam ser resolvidos pela atuação política no foro próprio, o Parlamento. Alguns o consideram a “salvação”; outros, a “derrocada” da democracia. *Nem tanto ao mar nem tanto à terra*.

Lenio Luiz Streck vem criticando duramente a nova tendência da jurisprudência nacional ao ativismo²:

Aliás, aqui parece ser o momento ideal para esclarecer uma questão que tem sido tratada de forma superficial em *terrae brasilis*. Trata-se do modo *tabula rasa* como tem sido empregado o termo *ativismo judicial*. Note-se: nos Estados Unidos, a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumula mais de duzentos anos de história. Quanto a isso, basta recordar que o mesmo Marshall que instituiu o precedente que consagrou o *judicial review* foi também quem iniciou, no *case McCulloch v.s. Maryland*, a tradição do *judicial self restraint*. Sintomático, também, que a segunda decisão em sede de controle de constitucionalidade nos EUA só se deu cinquenta e dois anos depois da primeira.

[...]

De pronto, consigno que, quando o judiciário age – desde que devidamente provocado – no sentido de fazer cumprir a Constituição, não há que se falar em ativismo. *O problema do ativismo surge exatamente no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o “bem”, seja para o “mal”*.

Com efeito, não se pode confundir ativismo judicial com judicialização. A judicialização da vida é mesmo inevitável nesta quadra da história. O próprio paradigma de Estado em que vivemos, estruturado com o objetivo de superar o Estado Liberal (foco no Legislativo) e o Estado Social (foco no Executivo, embora ainda não devidamente implementado em solo pátrio), acaba levando as grandes discussões políticas para a arena judiciária, tendo como impulso os anseios populares de realização das promessas da modernidade (artigo 3º da Carta de Outubro de 1988), até então não cumpridas de modo satisfatório. Além disso, a nossa Constituição – analítica, dirigente e compromissória – é um verdadeiro convite à propositura de demandas para fazer atuar os seus preceitos. Sobre isso, convém trazer à colação a lição de Luís Roberto Barroso³:

² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 22-23.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Artigo disponível no sítio virtual da OAB (www.oab.org.br), p. 4. Acesso em 18 de abril de 2009.

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

Assim, parece possível afirmar que o ativismo é a patologia da judicialização da vida. O quadro é patológico analisado sob qualquer perspectiva. Quando se exerce um ativismo progressista, visando a corrigir uma omissão do legislador, que estaria devendo uma evolução legislativa para acompanhar os anseios sociais, pode ser um sinal de que há algum problema na produção do Parlamento. Quando o ativismo judicial é exercido porque o magistrado da causa, valendo-se de um juízo puramente discricionário e fundamentando a decisão segundo sua própria concepção do “justo”, achou mais “proporcional” ou mais “razoável” deixar de aplicar uma lei ou interpretá-la de modo a subverter-lhe o texto, a sociedade fica à mercê da “consciência do julgador”.

Nesse ambiente que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, o instrumental teórico à disposição do magistrado que desejar ser um ativista é farto, notadamente no que diz com a técnica da ponderação de bens constitucionais e com as diferenciações entre regra e princípio e entre texto e norma. Esse instrumental, muitas vezes equivocadamente importado de teorias de escritores estrangeiros (como Robert Alexy e Ronald Dworkin), deve ser encarado à luz da nossa realidade, um país de modernidade tardia, carente (ainda) de implementação do Estado Social para redução do imenso fosso que desiguala ricos e pobres, regido por uma Constituição progressista e que visa a transformar a realidade em busca da igualdade material. É efetivamente um ambiente que reúne condições favoráveis para todo tipo de ativismos. O caminhar do intérprete, portanto, deve ser cauteloso por aqui, de modo a evitar que a Constituição se transforme apenas “naquilo que os juízes dizem que ela é”.

É errado, pois, afirmar que a discricionariedade judicial é sempre mais acertada que a discricionariedade do legislador. Aliás, o termo *discricionariedade* é perigoso. Isso porque ninguém é totalmente livre para criar o Direito. Todos estamos submetidos ao que a Constituição estatui. E não é dado a quem quer que seja “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”⁴, extraindo dos textos normas que ultrapassam os limites de significados possíveis.

Dito de outro modo, a aceitação de que a norma é resultado da interpretação de um texto e que de um mesmo texto pode ser extraída mais de uma norma

⁴ Expressão utilizada por Lenio Luiz Streck na obra **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 311.

jurídica (regra ou princípio) não equivale a um cheque em branco para o ativismo judicial. O texto normativo, aprovado democraticamente pelo Parlamento, tem limites. É ao mesmo tempo o ponto de partida e o ponto de chegada da interpretação. A subversão do seu sentido corresponde a um ato de ruptura do sistema.

Como bem diz Eros Roberto Grau, o intérprete deve estar aberto para a opinião do texto: *quem deseja compreender um texto tem de estar em princípio disposto a deixar-se dizer algo por ele; uma consciência formada hermeneuticamente tem de mostrar-se receptiva desde o princípio à alteridade do texto*⁵.

Essa preocupação – que ora externo – com a possibilidade de, por meio de um ativismo avesso a qualquer controle da discricionariedade judicial, banalizarem-se a teoria dos princípios, o neoconstitucionalismo, o pós-positivismo e a própria força normativa da Constituição foi também manifestada em relevante voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli no julgamento da medida cautelar na ADI 4451 (ABERT x Presidente da República), cujo seguinte excerto, embora longo, permito-me transcrever, porque verdadeiramente paradigmático (extraído do sítio virtual do STF, www.stf.jus.br):

Tenho convicções arraigadas sobre o problema da metodologia de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais e de suas restrições. Trabalho com conceitos que não se enquadram no neopositivismo e no neoconstitucionalismo. Ainda estou convencido da utilidade dos antigos conceitos de lógica formal de matriz neokantiana, que, por muito tempo, inspiraram os debates jusfilosóficos. O juiz deve ser um fiel seguidor das regras, obviamente atualizado por conceitos modernos da Hermenêutica contemporânea, especialmente a de índole constitucional.

Ao legislador é que se devem atribuir as margens de conformação, a ponderação de valores na elaboração das normas, porque resultantes de um debate democrático, pluralista, sujeito às críticas, às marchas e contramarchas da vida em sociedade e da arena partidária.

Tenho muito receito da **principiolatria**, que, no início deste novo século, parece substituir a antiga **legislatría**. Fala-se hoje em uma nova figura jurídica a **legisprudência**, um direito nascido da mescla – muitas vezes espúria – entre as **fontes democráticas da atividade legislativa** e a **criação jurisprudencial livre**. Esse papel de agente ponderador, que escolhe entre valores, deve ser **primordialmente** cometido ao Legislativo. O juiz pode e deve interpretar o Direito com referência a valores. Isso não é mais posto em causa. No entanto, não se pode usar dos **princípios** como meio de substituição da vontade geral da lei pela vontade hermética, esotérica de um juiz, que, em diversas situações, busca modelos teóricos para ajustar exteriormente as conclusões internas a que ele chegou por meios obscuros e de impossível sindicância por critérios de aferição universal.

[...]

Essa restrição a um direito fundamental **pode e deve ser feita primordialmente pelo legislador**. Não é adequado supor que haveria pré-condicionamento ao legislador e ampla deferência ao juiz para restringir

⁵ GRAU, Eros Roberto. Ainda o Direito Posto e o Direito Pressuposto ou Marx, Sartre e Charles de Gaulle. **Direito e Marxismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 370-371.

direitos fundamentais, apenas porque o magistrado atua no caso concreto e sob circunstâncias de fato. O legislador goza da legitimidade democrática. É eleito. Submete-se aos constrangimentos do processo eleitoral, às quizílias partidárias, às contradições do Parlamento, às pressões organizadas e ao risco permanente de ser exautorado da vida pública, por meio da censura periódica de seus representados nas urnas. Negar-lhe essa prerrogativa é atrofiar o Estado Democrático de Direito.

Toda restrição ao direito fundamental é uma forma de se criar obstáculos à realização plena de um princípio, como adverte **Robert Alexy** (Op. cit. p.300-307). E a isso deve corresponder uma atuação fundamentada, por cuidar de norma restritiva. Mas esse espaço existe. É o **espaço para conformação do legislador ordinário**. É frequente, nesse sentido, a presença de reservas explícitas (*Gesetzvorbehalte*) que se identificam pela terminologia clássica “nos termos da lei”, “na forma da lei” ou “conforme a lei”.

[...]

O presente caso, Senhores Ministros, tem a oportunidade de nos permitir fazer o inadiável debate sobre **o método e a técnica de restrição de direitos fundamentais**.

Não pode a Corte simplesmente criar uma metodologia baseada em **afirmações solenes e em juízos morais carregados de retórica**, mas que não revelam a transparência dos motivos reais de suas próprias conclusões. É essa a crítica que modernos constitucionalistas como **Cass Sunstein** têm suscitado e que merecem nossa reflexão.

A força e a influência dessas palavras são incontestáveis. Essas ilações foram feitas por um integrante da Suprema Corte preocupado com a perda da força normativa da Constituição pelo possível surgimento de uma jurisprudência cuja metodologia, na expressão do Ministro, esteja **baseada em afirmações solenes e em juízos morais carregados de retórica, mas que não revelam a transparência dos motivos reais de suas próprias conclusões**.

Dessarte, com essas breves considerações sobre os riscos democráticos representados pelo desrespeito aos limites e possibilidades semânticos do texto normativo, passo a examinar os dois – já enunciados – casos de ativismo judicial objeto deste estudo.

3 HIPÓTESE PRETORIANA DE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL PELA PRESCRIÇÃO SEM INÉRCIA DO ESTADO

Há, como adiantado no início da exposição, uma tendência fortíssima na jurisprudência gaúcha a dar uma interpretação – diga-se assim – “emancipatória” ao artigo 174 do Código Tributário Nacional, para nele incluir-se, como hipótese de decretação de prescrição da pretensão tributária, o fluir do prazo de cinco anos contados da data da citação da parte executada sem ter a Fazenda Pública conseguido a satisfação do crédito tributário.

Eis a ementa de um precedente recentíssimo a ilustrar essa concepção da Corte de Justiça do RS (tirado do sítio virtual www.tjrs.jus.br):

REEXAME NECESSÁRIO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. I - O prazo prescricional é de 5 (cinco) anos e transcorre a partir da constituição definitiva do crédito tributário, conforme previsto no art. 174 do CTN. Tal prazo é interrompido com a citação válida do devedor. II - **Em sede de execução fiscal**, a inércia da parte credora em promover os atos de impulsão processual, por mais de cinco anos, pode ser causa suficiente para deflagrar a prescrição intercorrente, se a parte interessada, negligentemente, deixa de proceder aos atos de impulso processual que lhe compete **ou, mesmo que agindo diligentemente, não obtenha êxito em localizar os bens dos devedores.** II - **Ocorrência da prescrição intercorrente, no caso concreto, pois transcorridos mais de cinco anos após a data da citação do executado, sem que tenha sido satisfeita a obrigação tributária.** SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Reexame Necessário Nº 70035967280, Julgado em 30/06/2010)

A justificativa para a medida está no voto que conduziu o julgamento, nestes termos: *Tenho que a sentença de extinção merece ser mantida, pois depois da citação do devedor, não consta nos autos nenhuma outra causa interruptiva da prescrição. E analisando-se a evolução processual, passados muito além de cinco anos da citação dos executados, sem que tenha havido a satisfação do crédito tributário tem-se que reconhecer a prescrição intercorrente. Inexitosas as tentativas de localização de bens penhoráveis do executado, deve ser mantida a sentença, pois o crédito tributário não é eterno.*

Ou seja, a justificativa estaria no fato de que o crédito tributário não é eterno. Porém, essa argumentação, com todo o respeito, não pode ser suficiente, à luz do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada (artigo 93, IX, CRFB), para que se extinga a pretensão do Estado de cobrar um crédito público, indisponível por natureza.

Veja-se, pois, o que dispõe o artigo 174 do Código Tributário Nacional, notadamente no seu parágrafo único, inciso I, que aparentemente serviu de anteparo à decisão que, declarando a prescrição, extinguiu a execução fiscal:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela LC 118, de 2005)

[...].

Esse, como se vê, o *texto* legal, o qual se limita a dispor que a pretensão de cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos contados da sua constituição definitiva, bem como que a prescrição interrompe-se pelo despacho do juiz que ordenar a citação. Desse enunciado, todavia, o Tribunal de Justiça extraiu a seguinte *norma*: “passados cinco anos da data da citação do devedor, sem a satisfação do crédito tributário, a pretensão de cobrança extingue-se pela prescri-

ção, independentemente do fato de a Fazenda Pública ter agido diligentemente”.

O ativismo aqui é claro, uma vez ausente fundamentação constitucionalmente aceitável para o sentido dado pelo intérprete ao enunciado normativo. E veja-se que nem a interpretação histórica do instituto da prescrição socorreria essa conclusão, pois desde sempre pressupôs uma inércia, um não-agir.

Para os julgadores, o Estado pode esmerar-se na perseguição de patrimônio penhorável do devedor, impulsionando ininterruptamente o processo de execução, que, ainda assim, o mero transcurso do tempo – o dado eminentemente objetivo do tempo (!) – é capaz de fazer desaparecer um crédito público, como num estalar de dedos.

Não se perca de vista aqui que se está a tratar de crédito tributário, respaldado pelo princípio da indisponibilidade. Não pode um magistrado, à revelia das disposições legais, simplesmente decretar que o crédito sob enfoque “desapareceu”, não podendo mais ser cobrado. **Isso, evidentemente, pelo postulado da indisponibilidade do crédito público, exige lei formal e materialmente constitucional para que ocorra.**

O Código Tributário Nacional explicita, em seus artigos 97, inciso V, e 141, o que ora venho de defender:

Art. 97. **Somente a lei** pode estabelecer:

VI - as hipóteses de **exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários**, ou de dispensa ou redução de penalidades.

Art. 141. **O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.**

Inevitável a conclusão de que o acórdão em comento **simplesmente ignorou esses artigos do CTN e os princípios constitucionais da legalidade e da separação harmônica e funcional do Poder (artigos 2º, 5º, II, e 37 da CRFB).**

A despeito disso, é expressiva a parcela do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul que entende que o Estado tem cinco anos para cobrar seus créditos, contados da citação do executado, e que, passado o lustro, não interessa a conduta processual do ente público, tampouco o fato de inexistir parâmetro normativo a respaldar a sentença, o crédito público estará extinto. É uma corrida contra o tempo. Tão somente isso...

Embora originado de boas intenções, é delicadíssimo esse movimento – ativista – dos juízes para a política pública de gestão tributária no Rio Grande do Sul: cinco anos seria o limite para que o ente político estadual cobre suas dívidas e, assim, recomponha o vilipendiado erário. Transcorrido esse tempo, haveria o

perigo do crédito tributário *eternizar-se*. Numa “ponderação”, portanto, entre o patrimônio do particular e a indisponibilidade do crédito público, passados cinco anos, prevaleceria o primeiro.

O perigo de esse entendimento jurisprudencial espalhar-se e firmar-se em terrae brasilis é evidente! Até porque o Superior Tribunal de Justiça, valendo-se da técnica de *julgamento por amostragem em matéria repetitiva* (artigo 543-C do CPC), pacificou sua jurisprudência no sentido da impossibilidade de aferir-se, na instância especial, a existência ou não de inércia da Fazenda Pública quando decretada a prescrição no curso do executivo fiscal, pois isso implicaria a necessidade de *revolvimento do quadro fático-probatório*, o que é vedado em sede de recurso especial (REsp 1.102.431/RJ). E o Supremo Tribunal Federal, perfilhando entendimento semelhante, já consolidou inexistir *repercussão geral* em uma série de temas relacionados à prescrição intercorrente nas execuções fiscais (RE’s 602.883 RG/SP, 611.231 RG/SP e 583.747 RG/RJ). **Assim, diante das dificuldades de acesso às instâncias superiores ventilando a matéria sob enfoque, a política judiciária de extinção de execuções fiscais por mero transcurso de tempo será decidida unicamente nas instâncias ordinárias, de modo que o ativismo judicial, in casu, não poderá ser resolvido pela sistemática recursal.**

Não se pode esquecer, nessa seara, que a cobrança de tributos **é ainda um dos poucos e combatidos meios de que se pode valer o Estado para cumprir as promessas da modernidade**, consubstanciadas, em sua grande parte, no belíssimo artigo 3º da Constituição da República: *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Além disso, a prevalecer o entendimento de que o (mero) transcurso do prazo de cinco anos a partir da citação, sem a satisfação da obrigação tributária, é suficiente para decretar-se a prescrição da pretensão executória estatal, haverá um **estímulo maior ainda à sonegação fiscal contumaz**. Ora, o sonegador pagará – ou melhor, não pagará – para ver. Com os ardis cada vez mais sofisticados a sua disposição para esquivar-se da penhora de bens, a fuga do Fisco por apenas cinco anos é relativamente fácil de empreender. E, presente o entendimento jurisprudencial de que se cuida, ainda que o Estado busque incessantemente localizar o paradeiro do sonegador e/ou de seus bens nesse interregno, não obtendo, todavia, sucesso na busca, o tributo não precisará mais ser pago. Aliás, sequer precisará haver provocação do devedor nesse sentido. A jurisprudência gaúcha que alberga a tese ora combatida entende que, nesses casos, a prescrição pode ser declarada até mesmo **de ofício**. Vale trazer à baila mais um exemplificativo julgado em que isso está expressamente dito (também extraído do sítio virtual www.tjrs.jus.br):

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPVA. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO “EX OFFICIO”. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. I - **O art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 11.280, de 16.02.2006, autoriza o juiz decretar de ofício a prescrição.** II - Em sede de execução fiscal, a inércia da parte credora em promover os atos de impulsão processual, por mais de cinco anos, pode ser causa suficiente para deflagrar a prescrição intercorrente, se a parte interessada, negligentemente, deixa de proceder aos atos de impulso processual que lhe compete **ou, mesmo que agindo diligentemente, não obtenha êxito em localizar os bens dos devedores. Isso porque o crédito tributário não é eterno.** IV - Com relação à prescrição, verifico a ocorrência da mesma, pois transcorridos mais de dez anos após a data da citação da executada por edital, sem que tenha sido satisfeita a obrigação tributária. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70033437336, Julgado em 11/08/2010)

Com a devida vênia, esse movimento da jurisprudência gaúcha é o caso típico de ativismo judicial que atenta frontalmente contra o princípio democrático. Nele, não só se vem produzindo norma rompedora dos limites do texto legal (artigo 174 do CTN), como se vem decidindo contrariamente a enunciados normativos (artigos 97, inciso V, e 141, também do CTN, que exigem **lei** para estipular as hipóteses de extinção do crédito tributário). Parece, pois, evidente a inconstitucionalidade – por afronta ao Estado Democrático e Direito e ao princípio da separação harmônica e funcional do Poder – desse movimento, o qual representa a **criação judicial** de hipótese relativizadora do princípio da indisponibilidade do crédito tributário.

Dado esse preocupante quadro, não parecem exageradas as críticas feitas ao ativismo judicial por eminentes juristas pátrios (alguns deles citados nesta tese). Nunca devemos esquecer que as ditaduras costumam começar com o sufocamento do Poder Legislativo, onde estão os representantes da vontade popular, eleitos pelo batismo democrático das urnas. E ditaduras nunca costumam ser boas, ainda que bem intencionadas, como seria um regime ditatorial da toga.

4 A FIXAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL NA DATA DA CITAÇÃO DA SOCIEDADE

O segundo movimento de ativismo judicial analisado neste estudo é bem aceito, como referido, na mais alta Corte de Direito Infraconstitucional pátria, o Superior Tribunal de Justiça. Para ilustrar em que consiste esta outra hipótese de superação⁶ das leis pela jurisprudência, transcreve-se a ementa de recente precedente (tirada do sítio virtual www.stj.jus.br):

⁶ Veja-se o termo: “superação”. E não “atualização”, esta que seria o resultado de uma forma legítima e constitucionalmente adequada de interpretação de enunciados normativos, uma vez respeitados os limites do texto.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. PRESCRIÇÃO.

CITAÇÃO DA EMPRESA. INTERRUPÇÃO DO PRAZO.

1. **O redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente precisa ocorrer no prazo de cinco anos a contar da citação da sociedade empresária**, devendo a situação harmonizar-se com o disposto no art. 174 do CTN para afastar a imprescritibilidade da pretensão de cobrança do débito fiscal. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público do STJ.

2. **A jurisprudência desta Corte não faz qualquer distinção quanto à causa de redirecionamento, devendo ser aplicada a orientação, inclusive, nos casos de dissolução irregular da pessoa jurídica**.

3. Ademais, esse evento é bem posterior a sua citação e o redirecionamento contra o sócio somente foi requerido porque os bens penhorados não lograram a satisfação do crédito. Assim, tratando-se de suposta dissolução irregular tardia, não há como se afastar o reconhecimento da prescrição contra os sócios, sob pena de manter-se indefinidamente em aberto a possibilidade de redirecionamento, contrariando o princípio da segurança jurídica que deve nortear a relação do Fisco com os contribuintes.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1163220/MG, julgado em 17/08/2010, DJe 26/08/2010)

Na hipótese ora comentada, a razão do ativismo é melhormente justificada, porém não deixa de se aproximar daquela que subjaz ao caso do item anterior, oriundo da Corte gaúcha. O principal motivo para ter-se a data da citação da empresa como marco inicial do lustro prescricional da pretensão de redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente está na necessidade de **segurança jurídica**, que restaria abalada caso se mantivesse **indefinidamente em aberto a possibilidade de redirecionamento**. **Trata-se de uma implícita ponderação de bens**. Em um extremo estaria a segurança dos contribuintes. No extremo oposto, o direito do Fisco de cobrar suas dívidas. Aquela deveria prevalecer sobre este.

No entanto, *o outro lado da moeda precisa ser desvelado*. O que se quer dizer com isso é que, na realidade, o fator que efetivamente faz o princípio da segurança jurídica soçobrar é o exercício do ativismo judicial. Depois da democracia, a segurança jurídica é o primeiro valor a restar malferido quando o Direito é criado livremente pela jurisprudência. Para uma bela exposição sobre o assunto, recorro a excerto de lição, mais uma vez, do Ministro da Suprema Corte recentemente jubilado, Eros Grau⁷, que também serviu de fundamentação para o voto do Ministro Toffoli na ADI 4451, citado acima. Ao Mestre:

Juízes, especialmente os chamados juízes constitucionais, lançam mão intencionalmente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como contudo inexistente, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado,

⁷ GRAU, Eros Roberto. O perigoso artifício da ponderação entre princípios. **Justiça e Cidadania**, n. 108, julho, 2.009, p.16-19.

essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de “vão cego”, na expressão de RÚTHERS. Em ambos os casos essas escolhas são perigosas.

O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a incerteza jurídica aportada ao sistema pela ponderação entre princípios. É bem verdade que a certeza jurídica é sempre relativa, dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma sendo produzida pelo intérprete. Mas a vinculação do intérprete ao texto --- o que excluiria a discricionariedade judicial --- instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece. (grifei)

No caso em análise, o artigo de lei que deveria reger a espécie é também o artigo 174 do CTN, entretanto complementado – e aqui o detalhe – pelo artigo 189 do Código Civil, regra geral sobre a prescrição, de aplicação subsidiária naquilo que não conflitar com as disposições específicas. E, de fato, o artigo 174 do Código Tributário não trata especificamente da prescrição da pretensão de redirecionamento da execução contra os representantes legais da empresa, responsáveis tributários elencados no artigo 135 do CTN. Assim sendo, seria imperioso que o julgador se valesse – diversamente do que faz o STJ, que prefere o ativismo – do texto do Diploma Civil citado. Ei-lo:

Art. 189. **Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição,** nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Ora, uma vez que a jurisprudência pacificou-se no sentido de que o mero inadimplemento do tributo não caracteriza a “infração à lei” (artigo 135 do CTN) apta a ensejar a responsabilização do sócio-gerente, a violação ao direito do Estado de redirecionar a execução surge com a verificação de outras hipóteses, detectáveis no curso do processo, de violações legais, das quais o exemplo mais corriqueiro é a dissolução irregular da sociedade. Dessa maneira, se, como dispõe o artigo 189 do CCB, *violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição*, a conclusão natural é a de que **o termo a quo do prazo quinquenal para a Fazenda Pública promover o redirecionamento do feito executivo surge na data em que tomou ciência da infração à lei, a qual, na execução fiscal, é comumente a data da dissolução irregular da empresa.**

Todavia, em nome de uma segurança jurídica do contribuinte – **que se prestará, aqui também, apenas para favorecer os sonegadores contuma-**

zes, os quais se livrarão da responsabilidade pelo pagamento do tributo tão somente com a manutenção de empresas “de fachada” pelo prazo de cinco anos –, o Superior Tribunal de Justiça preferiu **criar uma norma**, supostamente extraída do texto do artigo-panacéia 174 do Código Tributário.

Como se viu, o *texto* desse artigo se limita a dispor que a pretensão de cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos contados da sua constituição definitiva, bem como que a prescrição interrompe-se pelo despacho do juiz que ordenar a citação. Porém, desse enunciado, o STJ produziu a seguinte *norma*: “prescreve em cinco anos, contados da data da citação da empresa, a pretensão de redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes por infração à lei”.

A criação dessa norma é radicalmente contrária ao princípio da democracia, mormente porque, quanto a este ponto, há lei dispondo expressamente sobre o *thema*, ainda que em caráter subsidiário. Com todo o respeito, não há motivo algum para arredar-se a aplicação do artigo 189 do Código Civil. Aliás, o juiz só estará autorizado a deixar de aplicar uma lei vigente, sem violar o princípio democrático, nos seguintes casos, relacionados por Lenio Luiz Streck⁸:

Dito de outro modo: o acentuado grau de autonomia alcançado pelo direito e o respeito à produção democrática das normas faz com que se possa afirmar que o *Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses*: **a)** quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, vindo a violar uma norma ou princípio da Constituição, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*); **b)** quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, *v.g.*, a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes; **c)** quando aplicar a técnica da interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição; **d)** quando aplicar a técnica da nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma *abdução* de sentido; **e)** quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo.

Fora dessas hipóteses, o Poder Judiciário não pode se sobrepor à legislação produzida de acordo com a democracia representativa. Assim, *para negar validade a um dispositivo do CPC* – e, reconhecamos, foi o que, efetivamente,

⁸ **O STJ e a desistência de recurso.** Disponível em www.ihj.org.br.

o órgão Especial do STJ fez – o Poder Judiciário deve fundamentar essa nulificação constitucionalmente (afinal, quantos princípios constitucionais foram afetados por essa decisão?). Dizendo de outra forma: ou a lei vale ou não vale, *no todo em parte*; ou, ainda, a lei só vale no (novo) sentido que lhe é dado em conformidade com a Constituição (seja por um *maius*, seja por um *minus* de sentido – *p.ex.*, seria o caso de dizer, fundamentadamente, que o dispositivo do art. 501 do CPC só é constitucional se entendido no sentido de, nos casos de recursos afetados ao plenário...etc; *claro que, ao que tudo indica, a argumentação esbarraria na própria Constituição ou na falta da devida parametricidade*); ou, por último, sua validade é alterada em face de outra lei, que lhe é superior, aplicando-se, então, os critérios para a resolução de antinomias (de todo modo – e temos que nos acostumar com isso - sempre se estará, de um modo ou de outro, em face de um ato de jurisdição constitucional). Ou isso, ou teremos que admitir que a) o Judiciário constrói leis; b) a elas se sobrepõe e c) as revoga.

Mas, acrescente-se, não se está aqui a fazer uma ode formalista em favor de uma lei (no caso, o CPC). A questão é bem mais complexa, porque diz respeito ao debate contemporâneo entre democracia e constitucionalismo e ao dilema que dele se extrai: *como controlar o poder de quem decide, para, com isso, evitar que o Judiciário atropele as decisões da vontade geral.* [...].

Basta um simples passar d’olhos pela decisão acima transcrita para se depreender que nenhuma dessas atitudes foi tomada pelos julgadores, até porque nem poderiam fazê-lo, ante a ausência, no caso, das circunstâncias relacionadas por Streck passíveis de ensejarem a não aplicação de uma lei.

Portanto, não se olvide, nesse cenário, de que a *consciência do magistrado*, a sua concepção pessoal do que é justo, **nunca deve se sobrepor às leis e à Constituição**, por mais bem intencionado que seja o ativismo praticado. É dizer: “para o bem ou para o mal”, o ativismo judicial é sempre contrário à democracia.

5 CONCLUSÃO. PROPOSIÇÕES OBJETIVAS

À guisa de conclusão, sugiro, como uma tentativa de refreamento dos ativismos judiciais aqui combatidos, a proposição de alterações legislativas.

Além do exercício do direito constitucional de crítica, creio que um acréscimo, pelas vias democráticas, de dois dispositivos no Código Tributário Nacional serviria para resgatar a segurança jurídica e a certeza do Direito nos casos relatados, em que a discricionariedade da consciência subjetiva de justiça vem imperando.

Tendo em vista o teor do artigo 146 da Constituição da República, que exige a edição de lei complementar para *estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária*, penso necessárias as seguintes inovações formais no Código Tributário.

A primeira delas, relacionada ao ativismo judicial realizado pela jurisprudência gaúcha, seria a inserção, no capítulo IV do referido Código – que trata das modalidades de extinção do crédito tributário –, de um novo artigo assim

dispondo: *a lei estadual disciplinará os casos em que os procuradores dos Estados e do Distrito Federal estarão autorizados a desistir das ações de execução fiscal ajuizadas, com a consequente extinção do crédito tributário, não sendo dado ao juiz da causa decretá-la de ofício.*

É claro que poderia haver um detalhamento maior, já ao nível da *norma geral*, a respeito das causas que autorizariam os Procuradores a desistir da cobrança do crédito tributário. Além do que, a redação dessa proposta de alteração legislativa poderia, sem dúvida, ser melhorada em termos de técnica legislativa. Mas, a despeito disso, acredito que uma alteração no Código Tributário com essa *ratio* já serviria para deixar às claras a ilegitimidade do ativismo judicial exercitado no sentido de extinguir execuções fiscais pelo simples transcurso do prazo de cinco anos sem a satisfação da obrigação tributária. Penso ainda que uma inovação legal desse jaez deveria levar em consideração o princípio da indisponibilidade do crédito público sempre com atenção às realidades locais (notadamente para fixação do valor-limite autorizador da desistência), respeitando, assim, a autonomia política dos Estados da Federação. Daí a referência à necessidade de lei **estadual** detalhando as condições em que ocorreria essa extinção do crédito por iniciativa dos Procuradores.

Aqui vale um importante esclarecimento: embora a tendência de extinção das execuções fiscais com tal motivação seja um caso, em tese, restrito a âmbito local (Rio Grande do Sul), tenho a convicção de que a alteração do Código Tributário proposta seria útil a todos os Estados-membros. Isso sem considerar a possibilidade de haver a multiplicação do entendimento do Tribunal de Justiça do RS para outras unidades federadas.

Observe-se que esse aperfeiçoamento no ordenamento jurídico se prestaria para **reforçar a participação dos Procuradores de Estado nos rumos da cobrança do crédito tributário, diminuindo, portanto, as possibilidades de agir discricionário do magistrado.** Ora, não há ninguém melhor do que os advogados públicos para aferir, **nos termos de lei estadual autorizativa,** a possibilidade de propor a extinção de uma execução fiscal pelo esgotamento das tentativas de satisfação da obrigação tributária. A transferência dessa iniciativa – já ao nível da lei geral complementar – aos Procuradores seria um meio de valorizar a função que desempenham, bem como se coadunaria perfeitamente com o desenho constitucional da Advocacia de Estado, a quem compete a **viabilização das políticas públicas, nestas evidentemente incluída a política de gestão tributária. O trabalho do juiz** – que também deve ser um curador do princípio da indisponibilidade do crédito público – **ficaria na homologação da desistência,** exercendo um controle da observância dos aspectos formais da atuação do advogado público, de maneira a conferir se a desistência da ação, tal como pretendida, **amoldar-se-ia ao figurino traçado pela imaginada lei estadual autorizativa,** prestando homenagem aos valores democráticos.

Já no tocante à segunda hipótese de ativismo judicial aqui tratada – a fixação do termo *a quo* da prescrição da pretensão de redirecionamento da execução na

data da citação da empresa –, a questão estaria bem equacionada pela regra geral do Código Civil (artigo 189), a qual dispõe que a pretensão e, conseqüentemente, a fluência do prazo prescricional nasce quando violado o direito.

Entretanto, como a jurisprudência não aplica essa regra subsidiariamente à relação jurídica de que se cuida, preferindo “criar” uma nova norma, produzida a partir do texto do artigo 174 do CTN, parece conveniente que esse Diploma Legal (o CTN) disponha expressamente sobre a questão. Daí a outra proposta de alteração legislativa linhas atrás anunciada. Tenho que seria necessária a aprovação de lei complementar adicionando um artigo na seção IV do capítulo IV do Código Tributário Nacional. A redação seria simples. Ei-la: *o redirecionamento da execução fiscal deve ser promovido no prazo máximo de cinco anos, contados da ciência, pelo credor, de um dos atos referidos no caput do artigo 135 deste código.*

Neste ponto, vale a mesma ponderação feita por ocasião da exposição da primeira proposta de alteração legislativa: é perfeitamente possível que seja necessária a mudança na abrangência ou nos próprios termos de um eventual projeto de lei complementar a ser apresentado, visando ao seu aperfeiçoamento.

E isso porque essas propostas de mudanças formais no ordenamento jurídico se tratam, antes de tudo, de provocações no sentido de alertar sobre a imperiosidade da regulamentação legal dos casos objeto dos ativismos judiciais denunciados neste ensaio. Longe estou de pretender fixar uma redação definitiva para um projeto de lei. O motivo maior destes escritos é acender um debate que, segundo penso, não pode mais ser adiado, sob pena de consolidação acrítica de tais ativismos judiciais.

Sintetizando o exposto neste trabalho, acredito ser possível enunciar-se as seguintes proposições conclusivas:

1) Judicialização e ativismo são conceitos diversos. Aquela é inevitável e, em muitos casos, até mesmo salutar. Este, no entanto, quer seja progressista, quer seja conservador, é sempre ruim para a democracia.

2) Um caso alarmante de ativismo judicial a incidir sobre a gestão do crédito tributário advém de uma jurisprudência de vanguarda do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a qual vem entendendo, como hipótese de decretação da prescrição da pretensão tributária, o fluir do prazo de cinco anos a partir da data da citação da parte executada sem que a Fazenda Pública tenha obtido a satisfação do crédito tributário, ainda que atue diligentemente, evitando solução de continuidade no impulsionar do processo.

3) Outro caso, não menos espantoso, é sobremodo conhecido, embora não venha sendo tratado como genuína hipótese de ativismo judicial. Diz com a fixação jurisprudencial do termo *a quo* da prescrição da pretensão de redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes na data da citação da sociedade. O nascimento da pretensão e o fluir do lustro prescricional são “obra” da interpretação criativa do artigo 174 do CTN, levada a cabo por juízes.

4) Dessa forma, a conclusão simples, porém verdadeira, é a de que, em ambos os casos, a jurisprudência vem atentando contra a democracia e descon-

siderando o princípio da separação harmônica e funcional do Poder, criando normas jurídicas por meio da subversão do sentido e da superação dos limites dos textos legais.

5) Ao final da exposição, foram propostas alterações legislativas no bojo do Código Tributário Nacional. Uma delas para deixar bem vinculada, já no texto dessa lei complementar, a necessidade de edição de lei estadual disciplinadora dos casos em que os procuradores dos Estados e do Distrito Federal estarão autorizados a desistir das execuções fiscais ajuizadas, com a consequente extinção do crédito tributário, em ordem a evitar que fique ao talante do juiz da causa decretá-la de ofício. A outra, para demonstrar que o redirecionamento da execução fiscal deve ser, sim, promovido no prazo máximo de cinco anos, porém contados da ciência, pelo credor, de um dos atos referidos no *caput* do artigo 135 do CTN, e não da data da citação da pessoa jurídica.

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Carla Pozza ¹

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Conceito de Constituição e Constitucionalismo. 3. Natureza das normas Programáticas. 4. Princípio da separação dos Poderes. 5. Direitos Sociais e a Aplicação do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira. 6. Controle judicial das políticas públicas: reserva do possível e a existência do mínimo vital. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente ensaio tem por objeto examinar, no Estado Constitucional Democrático, a atuação do Estado no âmbito das políticas públicas. O tema procura abordar o problema da escassez de recursos como limite para o reconhecimento pelo Estado do direito às prestações positivas.

A resposta ao problema está, em certa medida, conectada à eficácia e à efetividade dos direitos sociais. Mas também ligada à questão da colisão entre a democracia e os direitos fundamentais, a partir do exame da necessidade ou não da intervenção legislativa para reconhecimento dos direitos subjetivos sociais e fixação das condições em que isto seria possível.

Nesta problemática, igualmente se verifica o papel do Poder Judiciário no que respeita à tutela dos direitos subjetivos positivos. O questionamento passa pelo objeto da dúvida: poderia o juiz prestar, indefinidamente, tutela a tais direitos ou estaria ele limitado ao controle do discurso da “reserva do possível”? Ainda, estaria o magistrado restrito ao princípio da separação dos poderes e, por isso, não poderia invadir a competência orçamentária de outro Poder?

Não são raras as tentativas de responder a tais questionamentos, quer doutrinária, quer jurisprudencialmente. A despeito disso, o debate em torno da temática continua a ser objeto do palco jurídico. Permanece a discussão acerca dos direitos sociais prestacionais, que dependeriam de recursos materiais e, portanto, de mediação legislativa.

Para uma melhor compreensão do tema proposto neste ensaio, pensamos ser imprescindível uma anterior noção do que seja Constituição e a evolução do Constitucionalismo, a fim de entendermos os elementos normativos conectados a opções políticas gerais, a exemplo da erradicação da pobreza.

¹ Advogada em Porto Alegre

A introdução dessas normas, de feição axiológica, deve-se, em especial, ao descaso dos direitos do homem experimentado pelos países europeus quando submetidos aos regimes totalitários.

No intuito de resgatar os valores do homem e construir sociedades fundadas no respeito e na dignidade da pessoa humana, a Constituição, seja escrita ou não, como uma ordem fundamental, restou permeada por normas jurídicas e princípios éticos e de valores fundamentais.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 foi promulgada no momento em que o País buscava a democracia. Procurou substituir o modelo jurídico liberal pelo modelo de um Estado que assume prestações perante os particulares. Cuida-se de um Estado inclusivo. No entanto, após quase duas décadas de sua promulgação, o que se percebe é um texto prolixo e muitas vezes ineficaz para atender às necessidades mais prementes apresentadas pela realidade social.

Ademais, cumpre examinarmos a natureza das normas programáticas destinadas pela Ordem Constitucional para dar eficácia aos direitos fundamentais. Seriam elas normas princípios e, portanto, de aplicação imediata, ou não passariam de programas, cuja implementação dependeria da vontade política em sentido amplo? Então, o que fazer para sair da seara das normas programáticas e implantar as prestações assumidas pelo Estado? E a implementação das políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais?

A doutrina constitucional da efetividade e a maior atuação do Poder Judiciário têm possibilitado um maior respeito aos direitos de segunda geração, os quais dependem das ações positivas do Estado para a sua eficácia.²

Desta maneira, não só é necessária maior fundamentação dos direitos fundamentais, mas também é imprescindível uma construção dogmática adequada para a disciplina das políticas públicas, como modo de obtenção da efetividade social e jurídica.

É claro que não se pode ter a ingenuidade de pensar que apenas a dogmática jurídica possui o condão de efetivação das políticas públicas vigentes na ordem constitucional. Imperativo que haja uma interpenetração das esferas política e jurídica e, além disso, uma mútua cooperação entre os poderes, dentro dos limites impostos pelo princípio de sua separação.

As decisões políticas devem estar pautadas pela supremacia da Constituição, pois a força normativa vinculante dos princípios permite não apenas a consolidação de um Estado, mas também a efetivação material de um modelo de justiça.

Por fim, veremos que as decisões judiciais não podem ignorar a limitação dos recursos orçamentários do Estado e, por isso, deve o Judiciário levar em conta que a realização dos direitos fundamentais sociais depende do vínculo financeiro

² Conforme Robert Alexy, *los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto*. In: ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 482.

subordinado às possibilidades orçamentárias do ente público, de modo que, comprovada sua incapacidade financeira, dele não se poderá razoavelmente exigir a imediata efetivação do direito subjetivo reclamado.

2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO

O Direito Constitucional é um ramo do direito público que tem por objeto estabelecer a organização política do Estado, compreendendo seus órgãos, competência, o poder e seus limites e as garantias e os direitos fundamentais.

A Constituição é o estatuto máximo do Estado organizado politicamente. Seu significado decorre da idéia antecedente que lhe dá suporte, qual seja, a de que os homens necessitam de uma estrutura organizacional com poder de coerção para mediar os conflitos decorrentes das relações interpessoais.³

Esta estrutura é o Estado, cuja competência é coordenar o processo social, a fim de evitar a *guerra de todos contra todos* de que falou Thomas Hobbes,⁴ haja vista a tendência de o homem viver de modo desregrado.

De outro lado, em virtude dessa sujeição do homem ao poder do Estado, a competência deste não poderia ser desprovida de limites, pois a atuação estatal deve visar sempre ao bem comum. A busca deste 'equilíbrio' ensejou a elaboração de um documento básico, no qual fossem estabelecidas regras a serem observadas, assim como limites da competência exercida pelos governantes em relação aos governados. A este documento denominou-se Constituição.

Erigido a partir de idéias iluministas, o espírito inicial do documento fundamental de um Estado foi marcadamente de cunho político (constituição em sentido formal), voltando-se depois para as garantias do cidadão (constituição em sentido material). O movimento do constitucionalismo, conquista do liberalismo na Revolução Industrial, procurou estabelecer a hegemonia da classe burguesa e, com isso, a paralisação do Estado em sua pretensão de modelar a vida social.

O sistema liberal e a supremacia burguesa foram combatidos pelo movimento socialista, o qual carregava a bandeira do bem-estar social, cuja pretensão mais utópica foi eliminar a propriedade privada dos meios de produção.⁵

Diante desse movimento socialista, a classe dominante anuiu na criação de um pacto com a classe trabalhadora, garantindo a criação de normas e estruturas que conferissem dignidade mínima de vida e condições econômicas ao cidadão. Cuidava-se da Constituição do Estado liberal.

Conquanto tais estruturas organizacionais bem funcionassem, o aspecto político da sociedade passava ao largo. Não havia qualquer questionamento

³ SERPA, José Hermílio Ribeiro. *Direito Constitucional Interdisciplinar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 27.

⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatan, o, la Materia, Forma y Poder de una Republica Eclesiastica y Civil*. México: Fondo de Cultura Económica, 1940, capítulo XIII, *apud* SERPA, José Hermilio Ribeiro, *idem*.

⁵ Ver Charles Fourier, Robert Owen, Karl Marx e Friedrich Engels, estes dois últimos autodenominados científicos.

acerca do tema. A sociedade encontrava-se desnuda politicamente, situação que possibilitou a abstração dos textos constitucionais e coroava os normativistas.⁶

A propósito, PAULO BONAVIDES professa que os normativistas alcançaram “surpreendentes extremidades de uma teoria metaempírica, capaz de pretensiosamente dispensar os elementos sociológicos e filosóficos da realidade e proclamar com a exacerbação unilateralista do normativismo puro a identidade absoluta do Direito e do Estado”.⁷

Como se pode notar, a tentativa de conciliar os aspectos jurídicos e políticos de uma Constituição não é privilégio da contemporaneidade. No período clássico, em que predominou a dimensão individualista, deu-se importância a uma Constituição de aspecto jurídico. Ao passo que no período social e contemporâneo imprimiu-se na Constituição uma conotação mais política.

Ora, a evolução do direito público fez com que a Carta Fundamental acompanhasse as constantes mudanças da realidade social. Para tanto não pode ser estática e nem engessada a modelos liberais, mas, ao contrário, flexível e elástica de modo a refletir os *influxos* a que está sujeita, *numa escala de dependência cada vez mais avultante*.⁸ Aliás, uma Constituição desprovida de significado, de valores, isto é, distante da realidade social, enseja, como de fato ensejou, golpes de Estado e, por consequência, uma instabilidade da ordem constitucional.

A necessidade de um mínimo de eficácia sobre a realidade social fez com que rísse o Constitucionalismo de aspectos estritamente formais, daquela estrutura apenas lógica e racional de um texto. Uma Constituição meramente fictícia cedeu espaço ao conteúdo material de maneira a satisfazer as necessidades mais prementes de uma sociedade.⁹

Não foi por acaso que as conquistas no plano dos direitos sociais, introduzidas nas constituições do México de 1917 e na de Weimar da Alemanha de 1919, posteriores à Revolução Russa de 1917, trouxeram a regulamentação do trabalho e dos benefícios sociais, sem, contudo, afetar as relações básicas da ordem capitalista.

Com isso, buscou-se evitar o normativismo extremado, de cunho abstrato e até mesmo cético, a fim de garantir as liberdades do homem, pois componentes de uma realidade dinâmica.

Com efeito, não se pode afirmar ser fácil diferenciar uma Constituição no plano jurídico do plano fático. Mormente quando se sabe que a Constituição formal não é distinta da sociedade.

Nesse sentido, PAULO BONAVIDES, ao citar o constitucionalista KONRAD HESSE, diz que “paralelamente ao espírito do poder, cumpre reconhecer, também com Hesse, o espírito da Constituição. O espírito do poder existe quando a Sociedade só reconhece e pratica a Constituição real. O espírito da Constituição, ao contrário, deriva da consciência de que a ordem constitucional é justa e legítima,

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 95.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 95.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Idem.*

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 97.

de que seu conteúdo traduz anseios profundos ou corresponde a necessidades imperiosas, tanto dos cidadãos como do ordenamento estatal. Quando a Constituição formal, removendo contradições, chega quase a coincidir com a Constituição real, temos então sistema, em que realmente se exprimem as decisões básicas da Sociedade, e que lhe guia e fundamenta as instituições e o comportamento”.¹⁰

Deste modo, a Constituição não pode ser vista como um texto estático e estanque, ou seja, desprovido de qualquer aspecto valorativo e real. Aliás, nenhuma disciplina ou segmento, seja do Direito ou não, pode ser visto de maneira unilateral e singular. A visão global ou do todo de uma Constituição é imprescindível para captar o seu espírito jurídico, o qual deve orientar e guiar a ordem primeira de uma Sociedade.

O conceito de Constituição em seu sentido jurídico tem como representante HANS KELSEN, o qual alocou a Constituição no mundo do dever ser e não no mundo do ser. Ou seja, no pensamento do autor austríaco a Constituição é fruto da vontade racional do homem e não de leis da natureza. Considerada como norma do dever ser, a Constituição não pretende qualquer fundamentação sociológica ou filosófica, e possui dois sentidos: lógico-jurídico e jurídico-positivo.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, traduzindo a idéia de KELSEN, observa que o sentido lógico-jurídico da Constituição significa “*norma fundamental hipotética*, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição *jurídico-positiva*, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau”.¹¹

KELSEN doutrina que apenas a noção clara de Constituição é que possibilitará a compreensão da estrutura hierárquica da ordem jurídica. Diz o célebre autor que apesar de toda a evolução e transformações, “(...) a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem (...)”. Ensina o constitucionalista austríaco que a Constituição sempre se constitui no fundamento do Estado, na base da ordem jurídica, e exprime as “forças políticas no momento considerado”. Ainda, diz ser a Lei Fundamental a “(...) **regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra. Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal**” (grifei).¹²

Importa referirmos ainda o sentido material e formal da Constituição. O primeiro diz respeito às normas que cuidam da estrutura e organização do Estado, tais como o seu governo e seus órgãos, enquanto o sentido formal da Constituição,

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 98.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 41.

¹² KELSEN, Hans. *Jurisdicção Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 130-131.

que em certa medida abarcaria o que Schmitt denominou de *lei constitucional*, trata da maneira como a norma ingressou no ordenamento jurídico. A norma é introduzida pelo poder soberano, por meio de um processo legislativo mais dificultoso e solene.

Deste modo, é possível encontrar em um texto constitucional norma sem conteúdo constitucional, mas por ter sido inserida no corpo do Estatuto Maior, por meio de processo legislativo solene, formal e dificultoso, adquire o *status* de lei constitucional, a exemplo do parágrafo segundo do artigo 242 da Constituição Federal Brasileira, o qual estabelece que o Colégio Pedro II, situado no Rio de Janeiro, deverá ser mantido na órbita federal. Ora, apontada norma não diz respeito à estrutura e à organização política do Estado e sequer aos direitos e garantias fundamentais. Trata-se de norma constitucional apenas em sentido formal.

A propósito, enuncia KELSEN: “Fala-se de Constituição em sentido formal quando se faz a distinção entre leis ordinárias e aquelas outras que exigem certos requisitos especiais para sua criação e reforma”.¹³ Ponderando a respeito, BASCUÑAN assevera que “essa diversidade de órbitas entre o que é constitucional só na esfera formal e aquilo que o é em sentido substancial, logicamente só se produz nas Constituições escritas, desde que, nas consuetudinárias, unicamente a interpretação racional determina quais as regras do sistema jurídico que têm caráter constitucional”.¹⁴

Com efeito, não é o fato de ser escrita ou costumeira que irá determinar a flexibilidade ou rigidez de uma Constituição. Exemplos não faltam. CARL J. FRIEDRICH, ao apontar a Constituição americana, que data de 1787, como modelo, diz: “Algumas das principais normas constitucionais dos Estados Unidos, que definem as peculiaridades de sua organização política, não estão escritas na Constituição de 1787 nem nas emendas aprovadas posteriormente – por exemplo, a doutrina da revisão judicial, que permite aos tribunais decidir da constitucionalidade dos atos realizados pelos outros poderes -, assim como os distintos aspectos do funcionamento dos partidos políticos. E também as normas escritas têm que ser sumamente flexíveis, porque é impossível regulamentar com absoluta precisão as eventualidades do futuro”.¹⁵

É inquestionável que o termo Constituição abarca muitos significados, desde o mais amplo possível. Etimologicamente, expressa aquilo que constitui, cria e origina. Constitui politicamente o Estado, a criação de sua estrutura e de seus órgãos, de sua competência e dos limites de seu poder, além dos direitos da pessoa humana. Enfim, representa o Estado e o Poder.

No entanto, no âmbito da ciência política, a palavra Constituição é insuficiente para determinar a verdadeira dimensão do fenômeno político que ocorre no Direito Constitucional. A realidade pertinente à organização política do Estado,

¹³ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. P. 330, *apud* José Afonso da Silva, op. cit. p. 82.

¹⁴ BASCUÑAN, Alejandro Silva. *Tratado de Derecho Constitucional – Principios*. P. 66, *apud* José Afonso da Silva, op. cit., pp. 82/83.

¹⁵ FRIEDRICH, Carl J. *La Nueva Constitución de Puerto Rico*. Pp. 44/45, *apud* José Afonso da Silva, op. cit., p. 85.

abrangendo o governante e os governados, impõe a remoção de uma crise semântica para determinar de modo mais preciso aquilo que se pretende expressar e comunicar.

Mas o que realmente vem a ser uma Constituição? Como bem enunciado por HESSE, a “direção, na qual essa questão deve apontar, depende da tarefa que deve ser resolvida com o conceito a ser obtido; ela pode, por causa disso, para a Teoria da Constituição ser uma outra que para a Doutrina do Direito Constitucional”. E continua o constitucionalista a explicar que “a questão sobre um conceito de constituição abstrato, no qual deve ser compreendido o comum de todas as constituições ou, então, de numerosas históricas sob descuido de particularidades temporais e espaciais, pode ser conveniente para a Teoria da Constituição. Para a Doutrina do Direito Constitucional, um tal conceito seria inadequado para fundamentar uma compreensão que estivesse em condições de dirigir o vencimento de problemas jurídico-constitucionais práticos, colocados *hic et nunc*. Como a normatividade da Constituição vigente é a de uma ordem histórico-concreta, e a vida, que ela deve ordenar, é vida histórico-concreta, pode, no quadro da tarefa de uma exposição dos elementos fundamentais do Direito Constitucional vigente, somente ser perguntado pela Constituição atual, individual-concreta”.¹⁶

Dentro dessa perspectiva temos o sistema constitucional. Surge a teoria constitucional integrativa de RUDOLF SMEND. Este constitucionalista alemão procura compreender o conceito de Constituição como um processo de colaboração consciente, a exemplo de HELLER.¹⁷ Este processo nada mais é que interpretação atualizada do texto constitucional sustentada em princípios da ordem constitucional. Ou seja, na linha de GADAMER, o processo “procura compreender mais intensamente os elementos da historicidade, da abertura estrutural, do ‘dinâmico’”.¹⁸ É a particularidade ou a situação concreta que deverá ser observada.

Nesse aspecto, KONRAD HESSE assevera que o conceito de Constituição “somente pode ser compreendido desde a tarefa e a função da Constituição na realidade da vida histórico-concreta. Nela estão dadas, inevitavelmente, unidade política e ordem jurídica”.¹⁹

Ora, é esta unidade política que indica que o Estado e o poder estatal não podem ser considerados como pressupostos de algo encontrado, como bem salienta o doutrinador alemão. Não há falar em direito natural ou modelo aristotélico, porquanto se trata da fusão de pluralidade de interesses de um fenômeno permanente, já que voltado para a realidade social.

Por outro lado, HESSE chama a atenção para o significado da locução unidade política. Diz o constitucionalista que unidade política não significa hegemonia, harmonia, assentimento de todos. Nem se poderia reunir tais atributos, haja

¹⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 25.

¹⁷ SMEND, R. *Verfassung und Verfassungsrecht Staatsrechtliche abhandlungen* (2. Aufl. 1968) S. 189. *apud* KONRAD HESSE, *op. cit.*, p. 28.

¹⁸ HESSE, Konrad. *Idem*.

¹⁹ HESSE, Konrad. *Op. cit.* p. 29.

vista as diferenciações existentes no ambiente social e político.²⁰ Com fundamento nessa visão é que se pode afirmar o equívoco da visão ontológica de alguns institutos, a exemplo do federalismo preconizado em nosso País. Aliás, conforme os ensinamentos de LUÍS AFONSO HECK, a funcionalização é necessária para que o Estado possa cumprir o seu papel, observando sempre a ordem constitucional. A unidade funcional é que deve ser considerada pressuposto para que o Estado efetivamente exista e se faça presente, sob pena de termos guerra civil, como a que vem ocorrendo nas favelas do Rio de Janeiro.

A tradicional distinção entre Estado e Sociedade, preconizada no Estado liberal, não mais pode ser sustentada. A unidade política e a ordem jurídica exigem uma mútua colaboração em razão da rápida transformação das condições de vida, exigindo o cumprimento de novas tarefas por parte do Estado.²¹

É essa coordenação entre Estado e Sociedade que possibilita a democratização de uma ordem jurídica, pois permite que valores sejam observados em textos fundamentais e impede que a ordem social viva à margem da realidade. Ao revés do Direito Natural, a ordem histórica considera a atividade do homem e seus valores para a efetivação do Direito.

Para KONRAD HESSE, “nem de um Estado determinado, independente da atividade humana, nem de um direito encontrado pode, por conseguinte, ser partido, senão somente das tarefas expostas. Para poder satisfazê-las, é necessária uma ordem constituinte: a Constituição. A Constituição é a *ordem fundamental jurídica da coletividade*. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se a unidade política e tarefas estatais a ser exercidas”. E, citando HOLLERBACH, diz ser a Constituição “o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade”.²²

O conceito analítico estruturado pelo constitucionalista alemão difere daquele ontológico fundado em Aristóteles, pois o direito constitucional está muito além de um simples Direito Estatal (Direito Administrativo, Direito Comunitário Internacional). Como ordem jurídica de uma coletividade, o direito constitucional compreende várias regulações, assim como produz pressupostos de criação, validade e eficácia das normas jurídicas multidisciplinares.

A Constituição deve consagrar um sistema de garantia de liberdade e conter um sistema de divisão de poderes. E sua força normativa deve vincular governante e governado. Nesse sentido, GARCIA ENTERRIA diz que o “fundamentalmente novo do Estado constitucional frente a todo o mundo do autoritarismo é a força vinculante bilateral da norma, isto é, a vinculação por sua vez das autoridades e dos cidadãos, e a fundamentalmente igual vinculação de todas as autoridades e de todos os cidadãos, em contraposição de Estado e de privilégios de velhos e novos cunhos. A constituição jurídica transforma o poder desnudo em legítimo

²⁰ HESSE, Konrad. Op. Cit. p. 30.

²¹ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 32.

²² HESSE, Konrad. Op. cit., p. 37.

poder jurídico. O grande lema do Estado constitucional tem sido a exigência de que o arbitrário government by men deve dissolver-se em um jurídico government by laws”.²³

Portanto, a partir da constitucionalização do processo social, a Constituição não mais só define o sistema de Estado e de Governo, assim como os direitos e garantias individuais, mas também procura salientar, enfatizar e enunciar um modelo econômico e social, com intuito de viabilizar uma vida social de modo mais equilibrada, uma vida mais digna e com um mínimo de justiça. A propósito, esse comprometimento com os sentimentos de solidariedade humana foi cunhado por MIKRKINE-GUETZÉVICH, conforme lembra PINTO FERREIRA, conforme bem salientou o eminente doutrinador José H. R. Serpa.²⁴

3 NATUREZA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

Conforme visto no tópico anterior, o conceito jurídico de Constituição delineado no período do liberalismo foi abalado com o surgimento do Estado Social, no qual se buscou consolidar novos direitos sociais antes não previstos nas Constituições positivistas e de cunho racionalista. Aflorou, assim, uma onda de normas programáticas que inaugurou nova fase, vigente até hoje.

A ausência de instrumentos teóricos capazes de interpretar novos princípios e institutos criados pelo Estado Social fez com que o Constitucionalismo entrasse em crise. A Constituição de Weimar surge no auge desta conturbada transição entre o fim do Estado Liberal e o início do Estado Social, dispondo normas diretivas para interpretar o novo Constitucionalismo social.

No entanto, em face das suas imperfeições, as novas normas e diretrizes traçadas na Carta de Weimar dificultaram aos juristas a interpretação do texto constitucional. Tal dificuldade deveu-se à redução do grau de juridicidade refletida em normas abstratas e conceitos indeterminados.

As normas programáticas inseridas nas Constituições pós-liberalismo dissolveram o conceito jurídico tão arduamente construído pelos doutrinadores positivistas. Esta nova fase de normas programáticas, ainda não encerrada, causou e continua provocando debates calorosos.

O drama do Constitucionalismo contemporâneo reside justamente em não deixar de qualificar a norma programática como jurídica. Vale dizer, o positivismo deve-se fazer presente.

A diminuição do grau de juridicidade vem refletida em normas abstratas. Aliás, nesse aspecto, PAULO BONAVIDES diz que “o novo caráter da Constitui-

²³ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 108, *apud* José Hermílio Ribeiro Serpa. **Direito Constitucional Interdisciplinar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 39.

²⁴ *Idem*, p. 38. Ver também FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 11.

ção lembra de certo modo o período correspondente a fins do século XVIII, de normatividade mínima e programaticidade máxima”.²⁵

Deixa, assim, a Constituição de ser preponderantemente de conteúdo jurídico para ser político. Uma Constituição mais dinâmica e próxima da realidade substitui a formal e rígida. A propósito, sobre essa nova visão formalista-valorativa da Carta Fundamental, é oportuno transcrever os ensinamentos de BONAVIDES:

“O retorno à programaticidade empalidece tudo quanto dantes se conheceu em matéria de abstração constitucional, porquanto o conteúdo normativo sobre que incidem as máximas programáticas no constitucionalismo do século XX tem uma vastidão abrangedora de toda a esfera material da Sociedade. Esse campo, o da Sociedade, o Estado liberal – atado a uma tradição que apenas declarava, com sabor de arte literária e não de ciência jurídica, os direitos invioláveis do homem e do cidadão – deixara quase intacto, o que evidentemente não aconteceu com o Estado social. O panfleto de Lassalle sobre a essência das constituições desfere a crítica teórica mais lacerante que já se fez sobre a eficácia das normas exaradas nas Constituições rígidas e formais”.

“À Constituição folha de papel do racionalismo, contrapôs Lassalle a Constituição real, viva, dinâmica, quase palpável, conjunto de forças sociais e econômicas indomáveis, que formam, frente à Constituição rígida, aquela corrente subterrânea e invisível cujas águas o formalismo é impotente para represar, sendo ela, em última análise, a corrente que arrasta em seu curso a História e as instituições, arruinando os fundamentos do edifício constitucional clássico”.²⁶

Conforme a melhor doutrina, essa nova concepção de Constituição, mais afeita aos valores e à realidade, se conduzida ao extremo poderá corroer os pilares sustentadores da ordem jurídica, além de provocar danos à eficácia e positividade da norma suprema. E, como conseqüência, a legitimidade desta ordem constitucional restará suprimida.

Inevitavelmente surge o conflito quanto à natureza das normas contidas na Constituição, em especial as programáticas. A inquietação doutrinária, sobre se essas normas possuem caráter preceptivo ou se se restringem a diretrizes encontradas fora do quadro normativo da Constituição, levou não poucos doutrinadores a classificar as normas adotando critério formal ou material.²⁷

²⁵ E em nota de rodapé complementa o constitucionalista: “A Constituição francesa de 1795 e a Constituição alemã de 11 de agosto de 1919 (a Constituição de Weimar) são os dois pólos históricos e ideológicos da programaticidade no constitucionalismo dos sistemas políticos ocidentais; a primeira, protótipo do Estado liberal (sobretudo em sua primeira fase); a segunda, do Estado social, quando este se estréia como forma ou modelo institucional. Ambas, estuário de todas as esperanças doutrinárias de uma época: a primeira, refletindo o trunfo da Sociedade sobre o Estado, a segunda, o do Estado sobre a Sociedade ou pelo menos a sua já esboçada superioridade e preponderância. A Constituição de 1795, disse Lorenz von Stein que “seu caráter consistia em não representar nada, mas tudo admitir”, ao passo que da Constituição de Weimar também se afirmou – é o caso de Kirchheimer e Schmitt – haver ela se contentado de colocar lado a lado, para livre escolha, os mais diferentes sistemas de valores, abrindo assim caminho e oportunidade à concretização de todos os fins imagináveis (Carl Schmitt, ob. cit., p. 582)”. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pp. 233-234.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 234.

²⁷ Sobre o tema consultar Paolo Barile e Alberto Predieri, “Efficacia abrogante delle norme della Costituzione”, in *Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana*, Piero Calamandrei e Alessandro Levi (orgs.), v. 1, p. 70. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit. p. 235.

Estabelecer o caráter jurídico das normas programáticas tornou-se imperioso, pena de retrocedermos no que respeita à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Reconhecer a eficácia vinculante das normas programáticas somente é possível se reconhecida sua juridicidade. Aliás, quanto à unidade normativa de tais normas, RUI BARBOSA ensina em seus comentários à Constituição Federal que “não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições.

Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não se revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislação, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem”.²⁸

Atribuir eficácia vinculante à norma programática afastará, portanto, a ideologia de que ela apenas é princípio diretivo de futuro comportamento estatal. Obviamente que declarar a juridicidade de uma norma programática não irá diminuir a problemática acerca do limite e competências do Poder. Conforme salientado pelo constitucionalista BONAVIDES “haverá sempre uma instância invisível, um poder latente ao lado da Constituição formal, decidindo, modificando, renovando comportamentos. Essa instância é política”.²⁹ Por isso, inequívoca a idéia de que a norma programática permitiria ao Poder estatal deixar de cumprir os programas nela previstos, assim como de atender aos princípios constitucionais.

Por outro lado, conferir às normas programáticas a juridicidade contribuirá com a solução para a crise conceitual histórica de Constituição. Compreendê-las e interpretá-las corretamente possibilitará a reconciliação do conceito jurídico e do conceito político de Constituição, a fim de efetivamente caminharmos para um Estado Constitucional Democrático.

Mas, como classificar e interpretar as normas programáticas?

Muitos critérios e classificações foram abordados doutrinariamente, alguns de melhor aplicabilidade em Constituições flexíveis e outros passíveis de ser observados apenas no sistema de Constituições rígidas.³⁰ Por se tratar a Constituição Federal Brasileira de Constituição rígida, o foco cingir-se-á na distinção entre normas programáticas e não programáticas.

A aparente simplicidade em diferenciar norma programática e norma não programática não se estende ao reconhecimento do seu conteúdo preceptivo. Voltados a encontrar critérios determinantes da natureza e eficácia das normas constitucionais, estudiosos italianos, nas últimas três décadas, aprofundaram-se com seriedade no tema. Em seus estudos, adotaram três critérios: o do destinatário, o do objeto e o da natureza da norma.³¹

²⁸ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, II, p. 489. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit., pp. 236-237.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 237.

³⁰ Para aprofundar no tema consultar Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit.

³¹ Consulte-se Giuseppe Cassoni, “Norme programmatiche e norme precettive nella nuova Costituzione, nelle discussioni e nelle giurisprudenza del quinquennio”, p. 98. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit. p. 239.

No que concerne ao destinatário, seria programática a norma destinada ao legislador e não programática ou preceptiva a dirigida ao juiz e ao cidadão. Quanto ao objeto da norma, as programáticas dizem respeito ao comportamento estatal, ao passo que a não programática recai sobre relações privadas. Por fim, no que respeita à natureza da norma, a programática qualifica-se por sua abstração e incompletude, requerendo norma integrativa, enquanto a não programática é completa e, por isso, suscetível de imediata aplicabilidade.

Críticas a esses critérios não foram economizadas, especialmente no que respeita ao critério *destinatário*. KELSEN incisivamente rejeitou a idéia de que a norma só possa ser definida pela sua imperatividade. Segundo o autor de Viena, a norma antes de tudo é um *juízo hipotético*, razão por que “não comanda, mas se limita a descrever certos efeitos jurídicos que se prendem a determinadas espécies, de sorte que nesta sua função descritiva se dirige a todos, sem dirigir-se a ninguém em particular”.³²

Nesse mesmo sentido muitos outros doutrinadores manifestaram a discrepância concernente ao *destinatário* como critério identificador na natureza e eficácia das normas constitucionais.³³

Entre nós, diversas outras classificações foram elaboradas pela doutrina. A distinção feita pelos constitucionalistas americanos em auto-executáveis (*self executing provisions*) e não auto-executáveis (*not self executing provisions*) produziu reflexos no Brasil. RUI BARBOSA de pronto escreveu: “Executáveis por si mesmas, ou auto-executáveis, se nos permitem uma expressão que traduza num só vocábulo o inglês *self executing*, são, portanto, as determinações para executar as quais não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação. Mas nem todas as disposições constitucionais são auto-aplicáveis. A mais delas, pelo contrário, não o são”. E finaliza, citando um julgado americano: “A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos”.³⁴

PONTES DE MIRANDA também se ocupa da classificação. Ensina que “quando uma regra se basta, por si mesma, para sua incidência, diz-se bastante em si, *self executing*, *self acting*, *self enforcing*. Quando, porém, precisam de regras jurídicas de regulamentação, porque, sem a criação de novas regras jurídicas, que as completem ou suplementem, não poderiam incidir e, pois, ser aplicadas, dizem-se não bastante em si”.³⁵

A classificação dicotômica clássica elaborada pelos dois brilhantes juristas brasileiros remete-nos às *Limitações Constitucionais* de Cooley: “Pode-se dizer

³² KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*, p. 49, e *Hauptprobleme der Staatslehre*, p. 379. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit. p. 240.

³³ Consultar Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, pp 138-144 e Arnaldo Vasconcelos, *Teoria da Norma Jurídica*, pp. 47 a 52. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit. p. 240.

³⁴ BARBOSA, Rui. Op. cit. p. 488.

³⁵ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 126, vol. I.

que uma disposição constitucional é auto-executável (*self executing*), quando nos fornece uma regra mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípio, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei".³⁶

No entanto, a ciência não estagnou. Os estudos acerca do tema continuaram e novas classificações surgiram. Em especial as do jurista ANSCHUETZ, citado por BONAVIDES, que revela, após análise de documentos constitucionais da Prússia, uma classificação tripartite dos direitos fundamentais, e que uma das categorias destes direitos abarcaria justamente as normas programáticas.³⁷

A dicotomia clássica, a partir dos estudos de ANSCHUETZ, foi perdendo espaço para uma tripartição normativa. JOSÉ AFONSO DA SILVA, constitucionalista brasileiro que talvez mais se ocupou do assunto, formulou uma classificação autônoma e própria das normas constitucionais. Partindo da eficácia e aplicabilidade, classificou: normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata e normas constitucionais de eficácia reduzida, nestas estariam compreendidas as programáticas.³⁸

Em razão do objeto do presente ensaio, nossa análise focará as normas constitucionais de eficácia reduzida, nas quais estão compreendidas as programáticas, conforme classificação do constitucionalista recém citado. São essas, sem dúvida, que mais suscitam questionamentos e, não raras vezes, provocam interpretações equivocadas.

No ir e vir e após os influxos históricos, as normas programáticas são o que melhor mostram o mundo fenomênico. Vale dizer, refletem os valores e o processo dinâmico de uma Sociedade. Nesse aspecto, BONAVIDES lembra que o constitucionalista alemão HUBER atentou indiretamente para essa relação entre normas programáticas e o dinamismo social, quando asseverou que a baixa densidade do termo técnico-jurídico dos direitos fundamentais possibilita que nele se operem modificações de fundamentos espirituais bem mais rápidas do que em qualquer outro segmento do Direito Constitucional.³⁹

Como vimos, as regras programáticas nasceram juntamente com os direitos sociais fundamentais na Carta de Weimar de 1919. E, independentemente do rigor técnico que a elas possa ser infligido, as normas programáticas constituem-se na categoria mais abstrata. Aliás, exatamente pela sua generalidade alguns constitucio-

³⁶ COOLEY, *Treatise on the Constitutional Limitations*, 6ª ed., p. 93, pp. 99/100. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit. p. 242.

³⁷ *Idem*.

³⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, pp. 253/254. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit., p. 244.

³⁹ Consulte-se E. R. Huber, ob. cit., pp. 2/3. Escreve ainda Huber sobre direitos fundamentais: "O direito fundamental não pode ser extirpado de suas raízes histórico-espirituais, sem que mude em sua importância jurídica e se acomode às novas condições espirituais nas quais vige" ("Das Grundrecht Kann nicht aus seiner geistes-geschichtlichen Verwurzelung gelöst werden, ohne sich in seiner juristischen Bedeutung zu ändern und an die neuen geistigen Bedingungen, in denen es gilt, anzupassen"). *Apud* Paulo Bonavides, op. cit., pp. 245-246.

nalistas recusaram a lhes conferir natureza e eficácia jurídica. Para estes, as normas programáticas não passariam de meros guias ou diretivas do ordenamento jurídico distintas das normas que cuidam da organização de um Estado, ou seja, daquelas que disciplinam as competências e a limitação de poder dos órgãos estatais.⁴⁰

Com efeito, a norma programática indica a ação e o comportamento futuro do ente público. Nesse sentido, CRISAFULLI assinala literalmente o vínculo da norma programática com os órgãos estatais, especialmente com o legislativo, conforme citado por BONAVIDES:

“1. O reconhecimento da eficácia normativa das disposições constitucionais exclusivamente programáticas, as quais enunciam verdadeiras normas jurídicas, que são por isso *preceptivas*, tanto quanto as demais, se bem que dirigidas tão-somente, de maneira originária e direta, aos órgãos estatais e antes de tudo, com certeza, *pelo menos* aos órgãos legislativos.

“2. O reconhecimento, no vigente ordenamento, da natureza propriamente obrigatória do vínculo que deriva das normas constitucionais programáticas para os órgãos legislativos, como conseqüência da eficácia formal prevalente de sua fonte (a Constituição) com respeito às outras leis ordinárias.

“3. O reconhecimento, por isto, da invalidade das leis subseqüentes, que estejam em contraste com as normas constitucionais programáticas e, segundo a corrente doutrinária que parece preferível, também das disposições de leis pre-existent, se contrastarem e enquanto contrastarem com tais normas”.⁴¹

A par destes reconhecimentos da eficácia normativa, a norma programática também poderá ser considerada em seu sentido estrito ou de forma mais ampla, mais genérica, portanto.

O maior grau de abstração ou generalidade leva a norma programática a funcionar como norma-princípio ou guia na confecção das demais normas jurídicas. O vínculo programático deste princípio geral, inserto na norma constitucional, obriga e é prevalente sobre a lei de hierarquia não constitucional. Não fosse só isso, a regra-princípio é fundamento de interpretação das demais normas.

De outro lado, a norma programática em sentido restrito, ou propriamente dita, traça um programa a ser seguido, não podendo o Estado dele afastar-se, salvo motivo justificado. O jurista italiano CRISAFULLI afirma que “(...) numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como *programáticas* as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. (...)”.⁴²

PIERANDREI, ao seu turno, afirma que as normas programáticas restringem-se a estabelecer pressupostos para a evolução do Estado. Diz que são normas que

⁴⁰ Consultar Paulo Bonavides, op. cit., p. 246.

⁴¹ V. Crisafulli, ob. cit., p. 52. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit., p. 247.

⁴² V. Crisafulli, ob. cit., p. 104. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit., p. 248.

contemplam programas de comportamento que vinculam o legislador, que é seu destinatário, sempre que quiser legislar. A despeito desta vinculação, o autor ensina que os programas não fixam princípios específicos e tampouco criam institutos.⁴³

A partir desses ensinamentos é possível concluir que as normas programáticas não se resumem somente a princípios diretivos, mas também se constituem em instrumentos para auxiliar na organização governamental. E essa racionalização não seria possível se não fosse atribuída juridicidade a tais normas. Demais, sem conteúdo jurídico, constituir-se-iam em verdadeiros empecilhos à edificação constitucional de um verdadeiro Estado de Direito.

4 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A teoria da separação dos Poderes é um mecanismo clássico de organização e limitação do poder político, e se alicerça em três fundamentos, quais sejam: a) na configuração de diferentes órgãos estatais, organizados entre si e vinculados hierarquicamente; b) nas diferentes funções estatais, assim identificadas: legislativo, executivo e judiciário; c) cada estrutura organizacional ou Poder é titular de competências próprias, traçadas na Constituição do Estado.

A teoria da separação dos Poderes é moldada de acordo com as particularidades de cada País. Deste modo, o modelo adotado no Brasil não é o mesmo dos Estados Unidos, nem do da França. Aliás, as diferenças são significativas. De outro lado, a independência dos Poderes não é absoluta. Nem poderia ser, pois dificultaria o exercício do controle. Cada Poder não é dotado de titularidade exclusiva do exercício de uma função, mas é investido de uma função principal e, acessoriamente, do desempenho de outras.⁴⁴

A organização dos poderes concerne à distribuição de competências. E competência deve ser dividida de tal forma que não haja sobreposição de atribuições, de maneira a não comprometer os objetivos finalísticos da Constituição. Como adverte KARL LOEWENSTEIN, “o que correntemente se designa como separação dos poderes estatais é, na realidade, distribuição de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado. A utilização de poderes, embora profundamente enraizada, deve ser entendida de maneira meramente figurativa”.⁴⁵

Ainda, KELSEN assim se manifesta: “o conceito de separação dos poderes designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados por três funções distintas e coordenadas do Estado e que é possível definir fronteiras, separando cada uma das três funções. No entanto a pressuposição não é sustentada pelos fatos. Em verdade, não há três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e aplicação do direito e essas

⁴³ PIERANDREI, in *Giur. It.*, I, 2, p. 180, 1949, *apud* Silvio de Fina, ob. cit., pp. 31/31. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit., p. 249.

⁴⁴ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, pp. 24-25.

⁴⁵ *Apud* TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 858, *apud* José Hermilio Ribeiro Serpa, op. cit. p. 207.

funções são infra e supra-ordenadas. Além disso, não é possível definir fronteiras separando funções entre si, já que a distinção entre criação e aplicação do direito, subjacente ao dualismo do poder legislativo e executivo no sentido mais amplo tem apenas um caráter relativo, a maioria dos atos de Estado, sendo, ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores de Direito. É impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e a sua aplicação a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções”.⁴⁶

De acordo com os ensinamentos de KELSEN, o Estado, que é soberano, uno e indivisível, manifesta-se por meio de três órgãos – executivo, legislativo e judiciário – separados formalmente. Vale dizer: conquanto o Estado seja uma unidade, manifesta-se de modo múltiplo.

A base teórica da tripartição dos poderes foi afirmada por Aristóteles em sua obra “Política”, por meio da qual o pensador grego delineava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano.

A famosa frase de Luís XIV – *L’État c’est moi* – reflete a teoria de Aristóteles, a qual concentrava todas as funções nas mãos de uma única pessoa. Montesquieu, mais tarde, em sua obra “O espírito das leis”, aprimorou a teoria aristotélica e afirmou que as três funções identificadas pelo estagerita eram conectadas entre si, mas independentes e autônomas entre si. Cada função corresponderia a um órgão, e não mais se concentraria nas mãos do soberano. Surgiu, assim, a célebre teoria dos freios e contrapesos.⁴⁷

Não foram poucas as críticas lançadas contra essa teoria da separação dos poderes. Uma delas foi a de que o sistema, por ser formalista, não conseguiu assegurar as liberdades individuais e tampouco a feição democrática do Estado. As injustiças e as desigualdades criadas pelo liberalismo faziam-se presentes. A efetiva garantia da liberdade individual, prometida pela separação dos poderes, cingiu-se a poucos privilegiados.

O sistema da tripartição dos poderes foi criado objetivando a redução do poder estatal, concentrado nas mãos do soberano. No entanto, com a evolução da sociedade advieram novas exigências reclamando maior atuação do Estado, de modo mais efetivo e eficiente.

⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Editora Martins Fontes, reproduzido pela Universidade de Brasília. Brasília, DF, 1970, p. 264, *apud* José Hermilio Ribeiro Serpa. **A Política, o Estado, a Constituição e os Direitos Fundamentais – um exame fenomenológico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 109.

⁴⁷ “O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são *atos gerais* ou são *especiais*. Os *atos gerais*, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de *atos especiais*. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência”. DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, pp. 184/185.

Em virtude do modelo tradicional da separação dos poderes não atender às necessidades de maneira mais célere, foram criadas alternativas como a delegação de poderes, também chamada de transferência de competência. Ainda que tais soluções sejam consideradas artificiais, as “exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes”.⁴⁸

Em não havendo essa transferência constitucional de competência, haverá invasão na esfera de poder, violando, assim, o sistema de *checks and balances*. Não se pode, ainda, deixar de lembrar que a separação dos poderes constitui princípio fundamental do Estado de Direito, em que as funções exercidas pelos três poderes cada vez mais são símiles e, não raras vezes, sobrepostas.

Ademais, impescinde aos três poderes a observância dos princípios constitucionais. Cada poder, independentemente de sua função típica, está vinculado à Constituição Federal. A visão tradicional da separação dos poderes é substituída por uma visão mais dinâmica ditada pelo Estado Constitucional. O Poder Judiciário, em especial, exerce o papel garantidor da plena eficácia das normas constitucionais como imperativo do Estado Democrático.⁴⁹

A temática proposta neste ensaio – as políticas públicas no Estado Constitucional – requer uma reflexão acerca da divisão dos poderes. A tríade de ações que integram as políticas públicas – planejar, implementar e dispor -, exige que se pondere sobre as diferentes situações passíveis de controle judicial.

A primeira delas cinge-se à análise do magistrado no que respeita ao papel da mera subsunção do fato à norma. Vale dizer, a partir de um ato normativo que assegure determinado direito ao indivíduo, sendo aquele desatendido concretamente, este busca junto ao Poder Judiciário a prestação da tutela desse direito.

Neste fato hipotético não há discricionariedade na atuação do magistrado. Havendo a subsunção normativa, ele deverá ordenar o cumprimento daquilo que os outros poderes haviam anteriormente assegurado e não cumpriram (o Poder Legislativo na feitura da norma abstrata e o Poder Executivo na implementação desta norma).

Todavia, a problemática surge quando houver preceito constitucional genérico, isto é, quando não houver determinação do direito assegurado ao cidadão por meio de norma infraconstitucional – as chamadas normas de conteúdo programático, do que resulta situação que já ensejou e continua ensejando debates acadêmicos e correntes jurisprudenciais. Qual seria o papel do Poder Judiciário na

⁴⁸ DALARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. p. 186.

⁴⁹ “O poder judiciário vive, desde o século XX, uma fase de constante aumento nas demandas, quantitativo e qualitativo, provocado pela litigiosidade resultante das transformações ocorridas na sociedade, no Estado e no Direito. Instalou-se uma crise no poder judiciário, tendo de um lado os “conservadores” que pregam a limitação da função jurisdicional, na tese defendida desde o século XIX, e os “progressistas” que defendem a idéia de que o Poder Judiciário tem o mesmo peso, importância e competência dos demais poderes, devendo controlar tanto o legislador quanto o administrador, em igualdade de condições e de funções”. In: BROLIANI, Jozélia Nogueira. Op. cit. p.128.

salvaguarda da Constituição? Poderia o Poder Judiciário analisar questões afetas aos demais poderes, invadindo competências a pretexto de estar amparado na norma constitucional que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inc. XXXV do art. 5º da CF)?

Tais questões serão analisadas no tópico sobre o controle jurídico exercido pelo Poder Judiciário, a fim de evitar tautologia.

5 DIREITOS SOCIAIS E SUA EFICÁCIA EM FACE DO § 1º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Conforme anteriormente exposto, com a evolução histórica surgiram as gerações de direitos. Os direitos sociais enquadram-se nos de segunda geração, os quais surgiram contra a opressão do Monarca e exigiram atuações estatais específicas.

Historicamente, os primeiros direitos voltaram-se à liberdade, os quais foram assim classificados como direitos negativos direcionados a impor limites constitucionais ao Poder do Estado.

Por conseguinte, por não dependerem de qualquer regulamentação, já que decorriam da própria Constituição, os direitos de liberdade seriam sempre eficazes.

Por outro lado, os direitos sociais, de início, foram reconhecidos como direitos positivos voltados à ação estatal. Nesse sentido, bem sintetiza NOBERTO BOBBIO: “É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela prática de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer essa intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado Social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.

“(…) na Constituição Italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas puramente de programáticas. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um ato cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de ‘direito’?”⁵⁰

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 72.

ROBERT ALEXY, por sua vez, conceitua os direitos a prestações em sentido estrito como *derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase em el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares*.⁵¹

Em nosso ordenamento jurídico constitucional, não há um regime diferenciado para os direitos sociais. Em face da expressa disposição constitucional, parte-se da premissa de que o §1º do artigo 5º da CF abrange todas as normas de direitos fundamentais. Portanto, é insustentável a tese por alguns defendida no sentido de que os direitos sociais não têm eficácia plena e não são imediatamente aplicáveis, a exemplo do que ocorre em Espanha e Portugal.

A inexistente diversidade de tratamento entre os direitos negativos e os positivos está demonstrada pelo fato de os direitos sociais terem sido inclusos no Capítulo II do Título II, rompendo com a tradição inaugurada com a Constituição Federal de 1934, que os albergava no título referente à Ordem Econômica. A inclusão desses direitos no início da Carta Magna não poderia ser diferente, pois os constituintes cumpriram o disposto nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, voltados para a materialização do Estado Social.

Além disso, o § 1º do artigo 5º dispõe que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, não fazendo qualquer distinção entre os direitos fundamentais clássicos e os direitos sociais. No entanto, a ausência de diferenciação não simplifica a aplicação dos direitos sociais. Ao revés, continua a desafiar os operadores do direito no sentido da necessidade de empreender um esforço hermenêutico na tarefa de tornar esses direitos efetivos elementos de um Estado Social.

A propósito, de acordo com ALEXY, a questão da aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais não pode resolver-se de acordo com a dimensão de tudo ou nada, razão por que seu alcance dependerá do exame do caso concreto, isto é, da norma do direito fundamental.⁵²

Segundo CANOTILHO, pode-se, em conseqüência, extrair uma presunção de aplicabilidade imediata das normas e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador deverá ser necessariamente fundamentada.⁵³ Tal presunção operaria como princípio geral em se tratando de direitos fundamentais, ressalvadas exceções devidamente justificadas na análise tópica da hermenêutica aplicável.

6 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: RESERVA DO POSSÍVEL E A EXISTÊNCIA DO MÍNIMO VITAL

O controle é um processo de limitação do poder. Diz respeito à escolha dos fins e o modo pelo qual as finalidades serão desenvolvidas.

⁵¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 482.

⁵² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 486.

⁵³ Cfr. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 250.

Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO, “a consagração do Estado de Direito significa a submissão dos poderes de controle fáticos (políticos e econômicos) a um controle jurídico. O direito é um processo de controle sobre o Estado e a empresa”.⁵⁴

O sistema de controle origina-se da teoria da separação de poderes, e o seu exercício não pode ser afastado sob o argumento da eficiência e da autonomia dos Poderes. A fiscalização não elimina a autonomia e a independência dos três Poderes, mas garante à sociedade que os órgãos investidos em suas competências não atuarão de forma arbitrária e, por consequência, mantida estará a ordem democrática.

O controle de atividade de qualquer um dos Poderes exige instrumentos jurídicos adequados e satisfatórios. Nesse sentido, o administrativista MARÇAL JUSTEN FILHO ensina que “a submissão do exercício das competências estatais a processos jurídicos de controle objetiva a realização dos fins comuns visados pelo conjunto da sociedade. O direito é um instrumento para a implementação dos valores fundamentais. O controle jurídico sobre a atuação dos exercentes de poder é o **meio** para a realização desses valores”.⁵⁵

Ora, não é por outra razão que o Direito cuida de determinar ao Poder estatal competente as linhas mestras, as diretrizes a serem observadas para efetivação da melhor escolha. Nisso consiste, em grande medida, o controle da conduta estatal. Mas, não basta orientar o órgão estatal competente; imperativo que sobre sua atividade haja uma efetiva fiscalização. Vale dizer: a fiscalização será exercida justamente para verificar se as orientações traçadas previamente foram observadas na realização de determinada escolha.

Obviamente que é desnecessário subordinar cada caso individual à anterior previsão normativa. Nem seria possível o legislador prever cada particularidade, cada circunstância ou acontecimento fático. Para o exercício do controle, bastam instrumentos suficientes e eficientes para assegurar a realização dos interesses da coletividade.

É por isso que o direito público impõe a *funcionalização dos Poderes políticos e econômicos*,⁵⁶ de modo a submeter as conveniências individuais dos governantes à realização dos direitos fundamentais e, com isso, termos uma sociedade democrática.

Para a efetivação de muitos direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Constituição Federal, necessário que o Estado implemente políticas públicas. Todavia, a despeito de nossa Carta Fundamental estar vigente há mais de duas décadas, muitos desses direitos continuam sem efetivação por diversas razões, mas muito especialmente por motivos de natureza orçamentária.

A notória quantidade de demandas ajuizadas contra o Estado, cuja pretensão envolve direitos prestacionais positivos, a exemplo do fornecimento de

⁵⁴ Op. cit. p. 732.

⁵⁵ Op. cit. pp. 734-735.

⁵⁶ FILHO, Marçal Justen. Op. cit., p. 734.

medicamentos, torna polêmica na jurisprudência e na doutrina a questão acerca da judicialidade das políticas públicas. A provocação do Poder Judiciário acontece, assim, em virtude da ineficácia do Estado em realizar os direitos sociais conforme preceituado na Constituição Federal.

No Estado Constitucional existem vários institutos de controle. Entretanto, neste texto iremos restringir-nos ao controle jurídico a fim de não nos desviarmos do tema proposto. É dado ao Judiciário controlar atos administrativos, a fim de verificar a sua compatibilidade com as normas jurídicas. Mas incumbe lembrar que, mesmo em se tratando de direitos constitucionais (portanto de ordem pública), o controle exercido pelo Poder Judiciário obedece ao princípio do dispositivo, ou seja, descabe ao Judiciário iniciar processo de ofício para avaliar a validade de um ato praticado pelo outro Poder.

Nosso sistema constitucional prevê o controle em abstrato e o controle em concreto. Vale dizer, a Constituição Federal dispôs em seu texto sobre a ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, bem como a ação direta de constitucionalidade. Além disso, colocou à disposição do cidadão outros institutos destinados a assegurar os direitos fundamentais que prescreve.

No presente trabalho, ficaremos limitados à análise do controle jurisdicional em relação aos outros Poderes e no que respeita aos direitos sociais. Aqui, a tutela jurisdicional é invocada para proteger ou assegurar uma garantia ou benefício que possa ser usufruído individualmente.

A questão crucial que se apresenta é o exercício deste controle e o limite de invasão de competência em outro Poder exercida pelo Judiciário. Qual seria a margem de atuação do Poder Judiciário nas questões dos direitos sociais?

As questões atinentes às políticas públicas pululam no Judiciário. E de uma maneira simplista, os magistrados, não raro impregnados de subjetivismos e estimulados por critérios e argumentos empíricos, invadem a esfera de outro Poder para determinar a prestação de determinado direito público subjetivo.

Basta vermos o modismo do momento: fornecimento de medicamentos. É certo que o artigo 196 da Constituição Federal dispõe que *a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*. Todavia, também não podemos olvidar que essa norma é de conteúdo programático.

Aqui reside a justificação de termos elaborado tópico próprio acerca das normas programáticas. Para uma melhor compreensão, fez-se necessário anteriormente conhecermos a natureza e eficácia daquelas normas.

Examinada, e até de forma exaustiva, a chamada norma programática, viu-se que as normas que prevêm direito subjetivo à saúde, educação, assistência social entre outros, são dotadas de juridicidade, portanto, irrefutável reconhecer a vinculação do Estado no que concerne à organização dos serviços públicos, a fim de prestar aos cidadãos os chamados direitos positivos.

Conforme conceito de ROBERT ALEX Y descrito no t3pico anterior, em sentido estrito os direitos positivos s3o aqueles que o indiv3duo possui frente ao Estado. Ele possui direito a algo. Pede ao Estado porque n3o possui condi33es financeiras suficientes para obter de particulares.

GOMES CANOTILHO visualiza a efetiva33o dos direitos sociais dentro de uma “reserva do poss3vel” e indica sua depend3ncia dos recursos financeiros. Ou seja, o grau de sua realiza33o estaria sempre condicionado ao volume de recursos dispon3veis para efetiva33o.⁵⁷ Nesse sentido, a limita33o econ3mica constitui-se no verdadeiro limite f3tico 3 efetiva33o dos direitos sociais.

A prop3sito, a teoria da “reserva do poss3vel”, na vis3o de ANDREAS KRELL,⁵⁸ representa uma adapta33o de um *topoi* da jurisprud3ncia constitucional alem3 que entende que a constru33o dos direitos prestacionais sujeitos 3 satisfa33o pelo Estado est3 condicionada 3 disponibilidade dos respectivos recursos. Concomitantemente, a decis3o sobre a disponibilidade de tais recursos estaria no campo da discricionariedade do governo e do parlamento, por meio da composi33o dos or3amentos p3blicos.

De acordo com o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos positivos (*Teilhaberechte*) “est3o sujeitos 3 ‘reserva do poss3vel’, no sentido daquilo que o indiv3duo, de maneira racional, pode esperar da Sociedade”. A teoria da “reserva do poss3vel”, ent3o, impossibilita exig3ncias acima de um determinado limite b3sico social. Por isso, em certa ocasi3o, o Tribunal Constitucional Federal recusou a tese de que o Estado estaria obrigado a criar vagas suficientes nas Universidades p3blicas para atender a todos os candidatos.⁵⁹

Deste modo, uma vez mais imp3e lembrar o necess3rio planejamento antes mencionado. N3o basta norma outorgar capacidade legislativa para cria33o de direitos sociais, imprescind3vel que tamb3m disponha de modo respons3vel os recursos or3ament3rios para a efetiva33o desses direitos.

Nesse aspecto, parece haver uma converg3ncia doutrin3ria. A tarefa incumbida ao legislador de decidir acerca da aplica33o e destina33o dos recursos p3blicos, inclusive no que pertine 3s pol3ticas p3blicas, 3 quest3o de compet3ncia. Al3s, segundo essa argumenta33o, faltaria ao juiz a capacidade funcional necess3ria para, situando-se fora do processo pol3tico propriamente dito, garantir a efetiva33o dos direitos sociais, haja vista que estes se encontram, muitas vezes, na depend3ncia de recursos macroecon3micos, n3o dispondo, assim, de crit3rios suficientemente seguros para aferir a quest3o no 3mbito estrito da argumenta33o jur3dica, conforme bem delineado por P. M3LLER.⁶⁰

⁵⁷ CANOTILHO, Jos3 Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constitui33o*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 131.

⁵⁸ KRELL, Andr3as Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pp. 45-49.

⁵⁹ BverfGE (Colet3nea das decis33es do Tribunal Constitucional Federal), n3 33, S. 333, *apud* Andr3as Krell, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁰ M3LLER, J. P., in *Soziale Grundrechte in der Verfassung?* p. 5, *apud* Ingo W. Sarlet, *A Efic3cia dos Direitos Fundamentais*. 23 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 286.

Em face dessa limitação de recursos, especialmente em países carentes como o Brasil, muitos doutrinadores vêm defendendo a possibilidade de garantir apenas a *existência do mínimo vital*. Ou seja, de um conjunto formado pela seleção dos direitos sociais considerados mais relevantes, aqueles que integram o núcleo da dignidade da pessoa humana.⁶¹

Garantir apenas o mínimo existencial é reflexo de que todo o direito fundamental custa dinheiro. Portanto, não pode ser absoluto. Nesse sentido, importante estudo realizado pelos autores STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN demonstrado em seu livro *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, afirma que todos os direitos custam dinheiro, inclusive os direitos negativos (o quais não exigem prestação do Estado), e nada que custe dinheiro pode ser absoluto.

A obra americana quer demonstrar que todos os direitos têm custos, uma vez que todos pressupõem um custeio de uma estrutura para implementá-los. Para tanto, refuta a idéia de uma filosofia libertária de um Estado mínimo, mostrando que os gastos dos Estados Unidos da América com proteção policial e punições penais chegaram a 73 bilhões de dólares no ano de 1992, quantia que excede ao PIB de mais da metade dos países do mundo.⁶²

Com certa acidez, os autores HOLMES e SUNSTEIN sustentam que os direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Contudo, isso não passa de retórica, pois nada que custe dinheiro pode ser considerado absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo de valor arrecadado dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário, sem considerações sobre as consequências orçamentárias, pelas quais, em última análise, os outros dois poderes são responsáveis.⁶³

No Brasil, diariamente lemos decisões judiciais que determinam a aquisição de medicamentos de alto custo, quando, não raras vezes, importados, agravando ainda mais a já dramática situação das verbas orçamentárias destinadas à saúde pública.

GUSTAVO AMARAL, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, critica posições judiciais, citando decisão de primeira instância da Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, na qual um adolescente, vítima de doença da distrofia muscular de Dechenne obteve liminar para aquisição de remédio importado no valor de R\$ 174.500,00, ao fundamento de que o direito à vida preponderaria sobre qualquer outro. Sobreveio sentença de improcedência, revogando a antecipação de tutela, e determinou a restituição da quantia alcançada pelo Estado “sob as penas civis e criminais cabíveis, pois o direito à saúde, garantido pela Constituição deveria ser cumprido dentro dos limites das verbas alocadas à saúde, devendo o Governante, segundo os critérios de conveniência e oportunidade, procurar

⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. RJ-SP: Renovar, 2002, p. 114 e ss.

⁶² HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999, pp. 63-64.

⁶³ Idem.

atender aos interesses de toda a coletividade de maneira universal e igualitária para cumprir a norma constitucional. Assim, o benefício a um único cidadão, como no caso do autor, prejudica o restante da coletividade de cidadãos, que vêm as verbas destinadas à saúde diminuírem, em detrimento de suas necessidades”.⁶⁴

Ainda, de acordo com o Procurador do Estado, os julgados não enfrentam a questão microjustiça *versus* macrojustiça, quando reconhecem o direito de receber tratamento médico sem qualquer consideração orçamentária, contribuindo para o agravamento das estatísticas que demonstram uma progressão quase geométrica dos gastos com a saúde em todos os países.

O problema agrava-se ainda mais em nosso País. A nítida desigualdade social permite que parte da sociedade já sofra de doenças ‘modernas’ ou da ‘riqueza’, assim as consideradas de países desenvolvidos, ao passo que outra parcela continua a sofrer de doenças da ‘miséria’, como a febre amarela, cólera, malária e dengue.

Deste modo, o princípio da coerência se impõe. Se o Estado estiver sempre obrigado a ter recursos para atender às demandas, então por dever de coerência há que se reconhecer o direito de obter esses recursos no campo da receita pública, seja na forma de contenção de gastos, seja no aumento de impostos.

Não fosse só isso, há o problema do desrespeito ao princípio da igualdade. Como esses direitos positivos valem para todos que estão em condições de recebê-los, a decisão sobre o emprego dos escassos recursos se dará por meio de escolhas disjuntivas, ou seja, o atendimento de uns e o não atendimento de outros. Esse conflito normalmente não é enfrentado pela doutrina e muito menos pela jurisprudência.

ROBERT ALEXY diferencia um núcleo denominado de “mínimo existencial” ou como *status positivus* das liberdades fundamentais, que seria sempre exigível, de outros direitos que vigeriam sob a ‘reserva do possível’.

O constitucionalista tedesco tenta harmonizar os argumentos favoráveis e contrários aos direitos sociais numa concepção fundada na idéia da ponderação entre princípios. Discorrendo sobre a problemática dos direitos à prestação em sentido estrito, afirma que podem ser deduzidos argumentos de peso nos dois sentidos. Por isso, no seu modelo – que é estruturado pela idéia reitora de que os direitos fundamentais são posições jurídicas tão relevantes que a sua concessão ou denegação não podem ficar nas mãos da simples maioria parlamentar -, a questão de saber quais os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui é uma questão de ponderação. Por outro lado, o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, tanto quanto os demais, não é absoluto, sendo possível que os direitos individuais apresentem mais peso que as razões de política financeira.⁶⁵

Para ALEXY o reconhecimento de direitos originários a prestações exige a

⁶⁴ Processo nº 351/99 da 14ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo. In: 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.

⁶⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 494-495.

presença de alguns parâmetros: a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação dos poderes, incluindo a competência orçamentária do legislador, assim como outros princípios materiais, forem atingidos de forma relativamente diminuta.⁶⁶

Ensina, ainda, o nobre constitucionalista, que as condições encontram-se satisfeitas na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso dos direitos a condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento da área da saúde.

Ora, o padrão mínimo de atendimento na área da saúde existe em nosso carente Brasil. Há o Serviço Único de Saúde – SUS -, farmácias básicas, postos de saúde localizados nas comunidades e vacinação preventiva. Tais serviços públicos colocados à disposição da comunidade carente atende ao mínimo existencial vital de que fala ALEXY. Portanto, admitir que decisões judiciais imponham a aquisição de medicamentos de custos astronômicos contribui, indubitavelmente, para que farmácias básicas fiquem desprovidas de medicamentos básicos para atender a doenças comuns como a hipertensão e o diabetes, que também são graves e acometem boa parte da parcela da sociedade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tais colocações, procurou-se mostrar não ser possível outra conclusão senão aquela que afirma a impossibilidade de o Poder Judiciário invadir a competência de outro Poder para interferir no planejamento estrutural do Estado, bem como alocar recursos orçamentários para outros fins que não aqueles previamente determinados pela Lei Maior.

Para tanto, necessário que se tenha presente a noção significativa do conceito de Constituição e no que consiste o fundamento de sua ordem, a fim de possibilitar, juntamente com o exercício da cidadania, a realização dos fins delimitados para o Estado Constitucional. No Estado contemporâneo, importa reforçar os vínculos com a sociedade civil e habilitar a organização administrativa, a fim de bem corresponder ao desafio de potencializar os efeitos positivos no sentido de alcançar o desenvolvimento das ações estatais.

Não fosse só isso, a participação da sociedade ajuda na implementação das políticas públicas no que concerne ao aumento da legitimação da atuação estatal, pois estreita o processo democrático. É claro que não se pode olvidar de que a crise de legitimidade relaciona-se, não raras vezes, ao fato de o Estado ter muitas finalidades a cumprir, sem saber ao certo quais atividades são primordialmente públicas. Por isso que as políticas públicas, neste aspecto, apresentam-se como um instrumento de gestão pública.

⁶⁶ Op. cit., p. 486.

Não é por outra razão que, ao lado das muitas variáveis, tem-se o importante fator econômico, pois é ele que acenará para a viabilidade ou não da satisfação dos direitos fundamentais e sociais.

A carência universalizada no âmbito do território brasileiro dá conta de que não bastam políticas setoriais, senão políticas públicas tratadas de modo universal e congruente. Será a sua articulação que possibilitará abarcar direitos sociais, educacionais, econômicos, culturais, enfim.

Conclui-se também que a crise do Estado brasileiro não pode ser confundida ou limitada à questão dos gastos públicos. As suas condicionantes são muito mais profundas, pois dizem respeito à sua própria desestruturação, em especial no tocante aos pactos políticos que o sustentavam durante o desenvolvimentismo.

Seguindo esse raciocínio, pode-se afirmar que, a despeito da interdependência, não há desenvolvimento econômico se não houver o desenvolvimento social. A evolução ocorre apenas com a transformação das estruturas de uma sociedade, capacitando o Estado bem mais do que o tão falado tradicional Estado Social.

A Constituição Federal proporciona ao legislador uma margem de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação'. Nas palavras de KRELL, "num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional"⁶⁷.

Por estar a eficácia dos direitos fundamentais sociais vinculada à existência de recursos públicos disponíveis, entendemos ser ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes, um dos pilares sustentadores da Ordem Constitucional Democrática.

Como vimos, nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada em razão de uma deficiente hermenêutica sobre o tema.

Portanto, na contemporaneidade, para alcançar os múltiplos direitos assegurados na Constituição e promovidos pelo Estado, impositiva uma teoria constitucionalmente adequada sobre as políticas públicas.

⁶⁷ Op. Cit. pp. 23-24.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madri, 1997.
- 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.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. RJ-SP: Renovar, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constitucionalidade*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____ e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- ENTERÍA, Eduardo Garcia. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo da. (coord.) *Estudos de Direito Constitucional em homenagem Prof. José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass. R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Co., 1999.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KRELL, Andréas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense. Vol. I.

SARLET, Ingo. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SERPA, José Hermilio Ribeiro. *A Política, o Estado, a Constituição e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. *Direito Constitucional Interdisciplinar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: A DECISÃO JUDICIAL E SUA FUNDAMENTAÇÃO

Hector Cury Soares¹

RESUMO: O presente artigo objetiva demonstrar a possibilidade do controle judicial das políticas públicas e a necessidade da fundamentação (justificação) nas decisões judiciais como condição para que o Poder Judiciário, em alguns casos, exerça esse controle. Com isso, busca-se superar a ideia de que ao exercer o controle o Poder Judiciário possui um poder discricionário não limitado para esse controle. Defende-se a possibilidade de controle, mas por meio de decisões que utilizem de argumentos para firmar a decisão judicial. Para tanto, utilizar-se-á as contribuições de Robert Alexy e Ronald Dworkin, principalmente, como base teórica da pesquisa científica.

Palavras-chave: Controle Judicial; Políticas Públicas; Administração Pública.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the possibility of judicial review of public policies and the need of the reasons (justification) in judgments as a condition for which the Judiciary, in some cases, to exercise that control. Thus, we seek to overcome the idea that to exert control, the Judiciary has a discretion not limited to this control. It supports the ability to control, but by making use of arguments that the court's decision to sign. To do so, it will use the contributions of Ronald Dworkin and Robert Alexy, mainly as a theoretical basis of scientific research.

Key-words: Judicial review; Policies; Public Administration.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988² não deixa dúvida em relação à justiciabilidade dos direitos fundamentais tendo em vista a eficácia dos direitos fundamentais sociais. Em que pese exista na doutrina jusconstitucionalista brasileira posições que afirmem a eficácia reduzida dos direitos fundamentais sociais, bem como a

¹ Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor Assistente da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA) na área de Administração Pública.

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso: 28.12.2010.

possibilidade de serem insuscetíveis de serem justiciabilizados, há, também, a sustentação que os direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos. Contudo, esta última posição não oferece uma solução para problemas ligados à aplicação dos direitos fundamentais sociais. A despeito das duas perspectivas o texto constitucional dá margem para que se busque, pela via judicial, a aplicação de um direito fundamental social.

Ocorre que, por vezes, a resposta judicial reflete diretamente na organização da Administração Pública do Estado e nas políticas públicas propostas por determinado ente federativo não dando respostas em relação a recursos financeiros para a sua realização, os meios para o cumprimento, a competência do Legislativo e do Executivo para a definição do orçamento público e a formulação de políticas públicas. Todos esses pontos ficam em aberto, concedendo-se amplo poder discricionário ao Judiciário. Não se olvida que os direitos fundamentais sociais e sua eficácia devem ser base das políticas públicas, ou seja, na base de uma política pública está a aplicação de um direito fundamental social. A figura das políticas públicas, no âmbito jurídico, surge como uma forma de concretização dos chamados direitos sociais, fruto de transformação do Estado liberal operada no século XX. Exigem-se prestações positivas do Estado com os chamados direitos sociais, apresentando-se no universo jurídico as políticas públicas.

No entanto, a intervenção do Poder Judiciário deve estar pautada por fundamentos (justificativas) que apresentem soluções entre a negação da eficácia aos direitos fundamentais sociais e, portanto, a impossibilidade de intervenção do Judiciário em políticas públicas; e aqueles que consideram ser possível tudo em matéria de direitos fundamentais sociais. Para isso, as bases teóricas aqui abordadas dão substrato à ideia de que os direitos fundamentais são princípios que ordenam que algo seja alcançado na melhor medida, isto é, a compreensão que o modelo de normas jurídicas é um modelo de princípios e regras, portanto os direitos fundamentais sociais são passíveis de colisões que se deixam solucionar pela ponderação, dependendo a racionalidade da decisão jurídica da argumentação jurídica. Por meio da argumentação possibilita-se a intervenção em políticas públicas com base na razão legitimando, assim, as próprias instituições. Nesse sentido Heck, ao tratar do constitucionalismo discursivo, por meio da obra de Robert Alexy, e da institucionalização da razão diz “a análise desses elementos mostra que razão precisa de instituições para adquirir realidade e instituições precisam de razão para adquirir legitimidade”³.

Com base nesse arcabouço teórico, a pesquisa abordará no primeiro capítulo as relações entre ciência política, direito administrativo e políticas públicas (aspectos conceituais) e como essa relação é decisiva para determinar a possibilidade do controle judicial, para além do aspecto propriamente normatizado pela Constituição Federal (e anteriormente referido). Observa-se que as pesquisas tanto da ciência

³ HECK, Luís Afonso. Prefácio. In: GAVIÃO FILHO, Anísio. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

política como da ciência jurídica deixaram lacunas quanto à conformação constitucional das políticas públicas e o controle de constitucionalidade dessas políticas. No segundo capítulo ao começar a tratar da necessidade do controle das políticas públicas apresentar-se-á a contribuição de Ronald Dworkin para o controle, sob a ótica argumentativa, do controle judicial. Por fim, no terceiro capítulo a contribuição de Robert Alexy, autor em que a teoria dos princípios adquire especial relevo para os direitos fundamentais sociais e a contribuição de seu constitucionalismo discursivo, no qual a legitimidade do judiciário se dá por argumentos.

Portanto, tenta-se demonstrar a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário, em se tratando de políticas públicas, superando, desta maneira, a primeira tese de que não é possível intervir pela eficácia dos direitos fundamentais sociais e, em segundo lugar, estabelecendo-se limites para essa intervenção, por meio de argumentos e de uma proposta discursiva de constitucionalismo, garantindo uma intervenção legítima do ponto de vista argumentativo. Desta forma, indo além da segunda tese de que esses direitos fundamentais sociais devem ser efetivados sem nenhum limite.

2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS, SUA RELAÇÃO COM O DIREITO E A POSSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL

Para se chegar ao controle judicial das políticas públicas no Brasil é preciso antes compreender-se em que consistem as políticas públicas e qual a sua relação com a ciência jurídica, mais especificamente com o direito administrativo. De posse de tais pressupostos conceituais propõe-se a necessidade do controle judicial e a necessária participação do Poder Judiciário na conformação constitucional das políticas públicas⁴.

Inegável o crescimento de estudos na área das políticas públicas no Brasil, principalmente, nas pesquisas ligadas à ciência política. Especificamente no Brasil

⁴ Em relação ao conceito de políticas públicas, bem como a necessidade da sua conformação com a Constituição a partir de crítica ao conceito de *policies* desenvolvido por Dworkin elaborou-se a pesquisa que culminou no trabalho final da conclusão da disciplina de “Teoria dos Modelos e dos Ordenamentos Jurídicos”, ministrada pelo Prof. Dr. Luis Afonso Heck, no semestre 01/2010. Nesse artigo se propôs definir políticas públicas desta maneira: “O tratamento dado por Dworkin é de que uma política pública (*policy*) é um objetivo a ser alcançado pelo Estado do ponto de vista político, social e econômico, o qual represente um avanço nesses campos. Com isso, coloca a tarefa aos três poderes, com precedência do legislador para realizar as políticas públicas, não ficando restrita a uma política de determinado governo. Além disso, a política pública tem uma base normativa prevista no art. 3º, da Constituição Federal de 1988. Eros Roberto Grau traduz como diretriz o termo *policy*, para ele não é possível verter diretamente *policy* para políticas públicas. Grau nomeia políticas públicas como “todas as atuações do Estado, cobrindo as formas de intervenção do poder público na vida social”. Desta forma, com tal conceituação aberta, em que pese baseada em uma leitura errônea de Dworkin, a realização de políticas públicas ficaria ao alvedrio dos sabores de determinada política partidária, sentido, com visto, inadequado às aspirações de Dworkin ao traçar a distinção entre princípios (*principles*), regras (*rules*) e políticas públicas (*policies*).” Todavia, intentou-se realizar uma crítica ao conceito adotado por Eros Roberto Grau e reproduzido por outros autores. Aqui não se procura abandonar o conceito outrora adotado, mas, também, apresentar as contribuições da ciência política no trato do tema para verificar a aproximação com a ciência jurídica. SOARES, Hector Cury. **A conformação constitucional das Políticas Públicas no Brasil e seus reflexos conceituais**. Artigo apresentado para a conclusão da disciplina da “Teoria dos Modelos e dos Ordenamentos Jurídicos”, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutorado, 2010.

essas pesquisas ganham maior importância a partir dos anos 80⁵. Diferentemente, na ciência jurídica as pesquisas ligadas às políticas públicas e sua relação com o controle judicial tiveram um crescimento recente, nos Programas de Pós-Graduação em Direito, na última década tema que antes ficava adstrito tão somente ao chamado controle do ato administrativo discricionário sem maiores delineamentos conceituais⁶. Esse abismo entre as duas ciências gerou consequências nefastas para ambas.

De um lado, em geral⁷, os trabalhos ligados à ciência política abandonam a questão ligada à conformação constitucional e, por outro, a ciência jurídica propõe, em alguns casos, uma espécie de grau zero de discricionariedade, como se não houvesse um espaço para a política na elaboração de políticas públicas. Daí a necessidade de se elaborar um conceito que fosse capaz de conformar as duas áreas do conhecimento. Os enfoques dado às políticas públicas foram prioritariamente da ciência política, da sociologia, da economia política, da ciência da administração e da filosofia política, ficando num segundo plano a análise estritamente jurídica das políticas públicas⁸.

Isso porque a despeito de uma política pública ficar vinculada à Constituição e, conseqüentemente, às leis, aos regulamentos, às ordens advindas do poder legislativo, há um espaço de conformação do governo, porém, dentro do quadro normativo proposto pela Constituição⁹. No entanto há fenômenos que ocorrem no âmbito do Estado e que merecem uma particular análise por parte da ciência jurídica e que, todavia, projetam-se nas políticas públicas como a monitoração, a regulação e a avaliação dos resultados das políticas públicas¹⁰. Tais fenômenos não se ajustam perfeitamente aos quadros tradicionais do pensamento jurídico, porém merecem atenção por parte da ciência jurídica por não terem uma clara autonomia e gerarem reflexos na seara jurídica.

⁵ A referência aqui é a existência de um grupo de trabalho de Políticas Públicas na Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais (ANPOCS) desde o início dos anos de 1980. Fatores como inovação e mudanças em programas governamentais também revelaram uma necessidade do desenvolvimento de pesquisas ligadas às políticas públicas. Essas são as ligações realizadas por ARRETCHE, Marta. Dossiê Agenda de Pesquisa em Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 18, n.º 51, p. 7-9, fevereiro/2003. p. 7. Por outro lado, a Prof. Celina Souza registra que para o ressurgimento da importância das políticas públicas há vários fatores, dentre eles: a) a adoção de políticas restritivas de gasto, que passaram a dominar a agenda dos países em desenvolvimento; b) a substituição de políticas keynesianas do pós-guerra por políticas restritivas de gasto; c) a maior parte dos países da América Latina não conseguiram formar colízes políticas capazes de equacionar minimamente a questão das políticas públicas de forma que se tornem capazes de impulsionar o desenvolvimento. Cf. SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, ano 8, n.º 16, p. 20-45, jun/dez. 2006. p. 20.

⁶ GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. **O Direito das Políticas Públicas**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 25.

⁷ O Prof. Claudio Couto ao tratar da distinção entre *política constitucional*, política competitiva e políticas públicas o faz sem estar alheio a necessária conformação constitucional das políticas públicas. COUTO, Cláudio Gonçalves. *Constituição, Competição e Políticas Públicas*. **Lua Nova**, São Paulo, n.º 65, p. 95-135, 2005. P95-96.

⁸ GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, Op. cit., p. 21.

⁹ A aplicação do Direito como moldura dentro da qual há várias possibilidades. Sentido inicial explorado, mas que deverá ser desenvolvido, também, em consonância justificabilidade dessas respostas, com base em Robert Alexy. Porém, a título de notas iniciais parece mais adequado não desenvolver, aqui, tais distinções. Hans Kelsen explora, no Capítulo VIII, do seu Teoria Pura do Direito a aplicação do Direito e coloca a aplicação o Direito como um quadro normativo no qual o intérprete terá uma gama de respostas possíveis. No entanto, o Direito é a moldura desse quadro, não tendo uma livre escolha na aplicação. Sua escolha estará vinculada ao quadro normativo. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 390.

¹⁰ GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, Op. cit., p. 30.

Para a ciência política não existe uma definição única de política pública, por algum tempo considerou-se as políticas públicas exclusivamente como *outputs* do sistema político, focando-se o interesse dos pesquisadores nas demandas e articulações de interesses políticos (*inputs*)¹¹. Em outras palavras as políticas públicas e sua análise eram vistas como uma subárea da disciplina seu estudo portanto recaía na depuração da formação das políticas públicas dando um *status* privilegiado para os processos políticos decisórios, em uma análise *estoniana*¹²). Hoje há uma enorme diversidade de abordagens e teorizações dos processos de formação e gestão das políticas públicas¹³. Para além disso, dependendo, na ciência política, do modelo adotado de política pública há uma forma de analisar a política pública e, da mesma forma, um conceito diferente¹⁴.

O modelo mais conhecido¹⁵ e importado pela ciência jurídica é o chamado institucionalismo, que coloca as instituições governamentais como centro das atenções das políticas públicas. Tal modelo estuda a relação entre políticas públicas e as atividades governamentais (envolvendo o Executivo, o Legislativo e o Judiciário). Por meio das instituições governamentais empresta-se legitimidade e universalidade às políticas públicas. Em outras palavras, as políticas públicas, nesse modelo, cobram legalidade e, portanto, cumprimento por parte dos responsáveis e atingem todas as pessoas da sociedade, independentemente, do grupo que por ventura pertençam. Por fim, como terceiro caractere desse modelo é a coercibilidade, dito de outra forma, cabe ao próprio governo fazer cumprir as políticas públicas, não havendo sanções por parte de outros grupos sociais, monopólio estatal¹⁶.

É com base nesse modelo que se pode falar na possibilidade do controle judicial das políticas públicas, a partir da ciência política. Até pelo papel que exerce o modelo institucional na sua origem, pois é fruto da ciência política norte-americana dentro, assim, dos freios e contrapesos constitucionais, passíveis de controle judicial. Outro importante modelo para a ciência jurídica é o que identifica a política pública como um processo. Isso porque permite mostrar todos os processos político-administrativos, identificando o processo político como uma série de atividades (identificação de problemas, organização de agenda, formulação, legitimação, implementação e avaliação). Na leitura de Theodoulou esse processo poderia ser fracionado da seguinte forma: a) reconhecimento do problema e

¹¹ FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Ideias, Conhecimento e Políticas Públicas. Um inventário sucinto das principais vertentes analíticas recentes. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 18, n.º 51, p. 21-29, fevereiro/ 2003. p. 21.

¹² Cf. EASTON, David. **A Framework for Political Analysis**. Englewood Cliffs: Prince Hall, 1965.

¹³ FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Op. Cit., p. 22.

¹⁴ Cf. DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, Francisco; SALM, José Francisco. **Políticas Públicas e Desenvolvimento – bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: UnB, 2009. p. 99.

¹⁵ Outros modelos que podem ser citados: modelo de grupo, modelo de elite, modelo racional, modelo incremental, modelo da teoria de jogos, modelo da opção pública e modelo sistêmico. Para os fins metodológicos do trabalho, não convém abordar individualmente cada modelo. Cf. DYE, Thomas R, Op. Cit., p. 100. Também é possível identificar os modelos, em interessante iniciativa da Editora da Folha de São Paulo. Cf. RODRIGUES, Marta M Assumpção. **Políticas Públicas**. São Paulo: Publifolha, 2010.

¹⁶ DYE, Thomas R, Op. Cit., p. 101.

identificação das temáticas envolvidas naquela mesma área de atuação, em outros segmentos da Administração Pública, que possam contribuir para favorecer ou bloquear as soluções; b) inserção do tema na agenda de ação do poder público; c) formulação da política pública a ser concretizada, traduzindo-se concretamente as ações; d) adoção da política pública, não só edição de ato, mobilização de órgãos e adoção de medidas necessárias; e) implementação da política, envolvendo ações concretas por parte dos órgãos administrativos envolvidos; f) análise da avaliação da política pública executada, à vista dos parâmetros que originalmente pautaram a sua concepção¹⁷.

No entanto, todo esse processo realizado pelas instituições não se dá descolados dos marcos normativos, ou melhor, descolado da constitucionalidade dessas políticas públicas. A figura das políticas públicas, no âmbito jurídico, surge como uma forma de concretização dos chamados direitos sociais, fruto de transformação do Estado liberal operada no século XX. Exigem-se prestações positivas do Estado com os chamados direitos sociais, apresentando-se no universo jurídico as políticas públicas.

Por sua vez, as políticas públicas são definidas como *standard* que tem um objetivo social, econômico e político a ser atingido, fruto de uma conformação com o ordenamento jurídico-constitucional, ou seja, as políticas públicas implicam em um dever de realização por parte de todos os poderes estatais e, não apenas o poder executivo ou determinado governo. A política pública envolve todos da atividade estatal e não apenas o governo. Embora a política pública fique vinculada à Constituição e, conseqüentemente, às leis, aos regulamentos, às ordens advindas do poder legislativo, há um espaço de conformação do governo, porém, dentro do quadro normativo proposto pela Constituição¹⁸. Logo a política pública é acompanhada de ações visando à realização de seus objetivos, uma vez que os objetivos estão insertos na política pública. Por fim, a política pública é um ato contínuo, isso significa dizer que não é apenas o ato que decreta uma lei (em conformidade com o estabelecido na Constituição Federal), mas também os atos subsequentes de implementação, execução e avaliação. Todos esses atos devem ser feitos em conformidade com a Constituição¹⁹.

Isso significa dizer que dentro do quadro normativo dado pela Constituição em alguns aspectos a política pública autoriza uma conformação política, por sua própria natureza de processo político-administrativo, todavia a escolha feita pelo governante ou administrador público deve ser realizada de tal forma que seja possível ser justificada argumentativamente e, portanto, racionalmente. Assim, não se pode aduzir que uma eventual decisão administrativa, seja na formação

¹⁷ THEODOULOU, Stella Z. Making Public Policy. In: CAHN, Matthew A.; THEODOULOU, Stella Z. **Public Policy: the essential readings**. New Jersey: Prentice-Hall, 1995. p. 86-87.

¹⁸ Vide nota n.º 10. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 390.

¹⁹ THEODOULOU, Stella Z.. The Nature of Public Policy. In: CAHN, Matthew A.; THEODOULOU, Stella Z. **Public Policy: the essential readings**. New Jersey: Prentice-Hall, 1995. p. 2.

seja na implementação de políticas públicas não sofra limite algum e fique ao alvedrio de um determinado aspecto político-partidário. Mesmo programas partidários devem estar em consonância com a Constituição Federal servindo, nesse caso, de limite, ou mesmo, de contenção a programas que não se identifiquem com ela. Por isso, pode-se dizer que a política pública é condicionada pela *política competitiva* (conflito, cooperação, alianças entre os diversos atores políticos), mas acima dela há a *política constitucional* (define a própria estruturação do Estado e sua normatização, isto é, a Constituição)²⁰. Nesse sentido, é próprio do texto constitucional fixar os limites da política atuando no papel de proteção negativa, ou seja, impede que políticas públicas sejam simplesmente condicionadas por majorias parlamentares ou tampouco pelo simples alvedrio do administrador público, impondo a fundamentação de quaisquer decisões²¹.

Da mesma forma, ao tratar da inconstitucionalidade de atos realizados pelo executivo, durante o estado de sítio, na incipiente República brasileira deveriam ser anulados em decorrência de sua não conformação. Ruy Barbosa argue que os tribunais teriam autoridade para negar a execução do decreto e manter o direito dos indivíduos, quando fosse submetida a demanda à autoridade da justiça, sendo esse direito de examinar a inconstitucionalidade dos atos legislativos ou administrativos a base do regime constitucional²². Embora a obra de Ruy Barbosa não se ocupe e, tampouco, existissem no Brasil estudos acerca de políticas públicas, quanto ao seu controle judicial deve ser desenvolvida a mesma esteira de argumentos, não sendo possível a existência de políticas públicas que não estejam de acordo com a ordenação constitucional.

As políticas públicas são muito e diversificadas, há desde a concretização de opções constitucionais básicas, que são responsáveis por definirem em um plano primário a ação estatal, caracterizadas por sua transversalidade e por sua globalidade, como referido anteriormente – enquanto caractere geral das políticas públicas; há, da mesma maneira, as *micro-políticas*, que são regionalizadas. Não obstante, mesmo as políticas públicas setoriais ou regionalizadas são consequências da primeira espécie de política públicas – a qual se poderia denominar *macro-*

²⁰ O Prof. Cláudio Couto utiliza essa nomenclatura. Cf. COUTO, Cláudio Gonçalves, Op. cit., p. 96.

²¹ A própria ideia da existência de um Tribunal responsável por ser o guarda da Constituição, veicula-se ao controle da Constituição em relação a atividade política e da necessidade de que a jurisdição constitucional material (modernamente) e formalmente afirme os princípios constitucionais. A jurisdição constitucional pode ser definida no seu sentido material e no seu sentido formal. Em sentido formal, a jurisdição constitucional é definida a partir do órgão que a exerce. Em sentido material, a jurisdição constitucional é compreendida a partir do procedimento judiciário objetivando garantir diretamente a observância da Constituição (decisão de questões constitucionais por meio de um procedimento judicial). “Ocorre que, e já numa perspectiva moderna, não se trata tanto de decidir questões constitucionais, senão da garantir a observância da constituição e, isso (também a decisão), de forma direta (imediate)”. Portanto, nas palavras de Heck, pode-se dizer que a jurisdição constitucional também possibilita englobar o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Cf. HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Alemã**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995. p. 23-24 e nota n.º 6.

²² A Constituição de 1891, filha do direito norte-americano, nas palavras de Ruy Barbosa, importa esse modelo de controle de constitucionalidade, o qual prescrevia à Justiça Federal a realização desse controle. Cf. BARBOSA, Ruy. **A Constituição e os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Atlântida, s/d. p. 8-9.

políticas²³. Ainda, é possível distinguir, conforme a área geográfica das entidades públicas internas com que os cidadãos se relacionam, as políticas públicas locais que são ligadas a esfera Municipal; as políticas públicas estaduais que são vinculadas aos Estados-Membros e as políticas públicas federais que têm como ente responsável a União. Não se pode olvidar que, em função do direito comunitário, hoje também é possível falar em políticas públicas mundiais ou políticas públicas supranacionais (no caso de país signatário de tratado ou acordo)²⁴.

Em todas essas espécies uma ideia-chave une todas as políticas, qual seja a sua dimensão jurídica, isto é, todas as políticas públicas encontram desde logo a Constituição Federal como seu alicerce fundamental. Ou no caso de políticas públicas advindas do Direito Comunitário ou do Direito Internacional no caso da permissividade a acordos e tratados internacionais por meio do monismo jurídico²⁵. Portanto, a lei formal, por si, não permite averiguar a validade das políticas públicas, é mister ir além e buscar na Constituição o seu ato instituidor por excelência. Por conseguinte, o Estado, seu Governo e a Administração Pública devem atuar fazendo uso da racionalidade argumentativa, fundamentando passo-a-passo a eleição de determinada política pública, não devendo esses agentes estatais apenas atuarem apelando à racionalidade subsuntiva. É preciso uma ampla combinação “entre meios disponíveis, vias de acção e intencionalidades que, num amplo processo argumentativo, em situação, conduzido pelos princípios de direitos convocados pela acção as soluções são encontradas”²⁶.

Desta forma é necessária a fundamentação (justificação) pela Administração Pública para a elaboração das políticas públicas. É necessário responder argumentativamente, a partir do plano constitucional. Em não sendo assim, cabe ao Poder Judiciário intervir determinando a correção da política pública que seja inconstitucional fazendo assim com que a Administração tenha uma política pública em conformidade com a Constituição Federal. É preciso salientar que a resposta dada pelo Judiciário, também, deve ser legítima sob a ótica argumentativa. Para que se possa compreender como se dá essa resposta constitucional com base na argumentação, elegeram-se dois autores e suas contribuições: Ronald Dworkin e Robert Alexy. Apresentar-se-á, nos limites da pesquisa, a teorização de cada um

²³ Cf. GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, Op. cit., p. 43.

²⁴ Idem, p. 44.

²⁵ O monismo das normas de direito internacional versus direito interno já era advogado por Hans Kelsen. Para Kelsen, se há uma autorização por meio do ordenamento interno (Constituição) à aplicabilidade de normas de direito internacional, uma vez o Estado tornando-se signatário de um determinado acordo ou tratado as normas que compõem esse acordo devem ser aplicadas imediatamente internamente. Cf. KELSEN, Hans, Op. cit. No Brasil essa possibilidade vislumbra-se em função do art. 5º, §2º da Constituição Federal. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso: 28.12.2010.

²⁶ Cf. GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, Op. cit., p. 57-58.

deles que, em função da metodologia adotada nesse trabalho, entende-se fundamental para o controle judicial das políticas públicas no Brasil.

3 A CONTRIBUIÇÃO DE RONALD DWORKIN PARA A LIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Primeiramente, para a compreensão do ponto abordado aqui é preciso, em parte, ser abordado o dito em outro momento²⁷. A começar pela diferenciação realizada por Ronald Dworkin em resposta a Herbert Hart entre regras (*rules*), princípios (*principles*) e políticas públicas (*policies*) no seu *Levando os Direitos a Sério*²⁸, ao tratar do modelo de regras I (*model of rules I*). Dworkin parte de um ataque ao positivismo, utilizando a versão de Hart como alvo, quando um alvo particular é requerido, aduz que quando há uma disputa, a qual envolva os advogados, em relação a questões ligadas a direitos e obrigações, principalmente em se tratando de casos difíceis, porque os problemas conceituais ligados às regras tornam-se mais expostos. Por sua vez, faz-se uso, diante dessa dificuldade, de *standards* que não funcionem como regra. Diante disso, surgem os princípios, as políticas públicas e outros tipos de *standards*. Se o argumento utilizado fosse positivista, ficaria circunscrito a um modelo de e para um sistema de regras e a própria noção de apenas um teste para as forças do Direito forçaria com que se perdesse a importância do estudo do papel de outros *standards* que não fossem regras.

Ao fazer essa consideração, em relação a Herbert Hart, Dworkin ataca a proposta de Hart por uma teoria descritiva da lei, capaz de identificar critérios quais digam as regras e princípios são lei, tendo como fundamento a sua preocupação, a segurança jurídica²⁹. A tripartição proposta por Dworkin coloca em xeque a sustentação do modelo proposto por Hart, tendo em vista que a teoria normativa de Dworkin não apenas descreve a lei, mas propõe a sua justificação moral. Para Hart há dois principais dispositivos utilizados à comunicação desses *standards* de conduta: a legislação e o precedente³⁰. Para além do simples formalismo, propõe a regra de reconhecimento (*rule of recognition*) como o critério de validade das outras regras do sistema, como uma forma de resposta ao critério do poder legislativo soberano como sendo legalmente ilimitado³¹.

Em função disso, surge a proposta de Dworkin, em que apresenta, no modelo de regras I (*The model of rules I*), as distinções entre regras (*rules*), princípios

²⁷ SOARES, Hector Cury. **A conformação constitucional das Políticas Públicas no Brasil e seus reflexos conceituais**. Artigo apresentado para a conclusão da disciplina da “Teoria dos Modelos e dos Ordenamentos Jurídicos”, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutorado, 2010. Não se trata da mera reprodução do pesquisado outrora, mas, necessariamente, alguns pontos abordados neste capítulo terão pontos convergentes com outra pesquisa realizada e, portanto, a proximidade, sem todavia a reprodução.

²⁸ DWORKIN, Ronald. Is Law a System of Rules? In: DWORKIN, Ronald. **The Philosophy of Law**. Londres: Oxford Press, 1977. p. 43-44. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 17ª impressão, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. p.22. DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en serio**. 2ª reimpressão, Barcelona: Ariel, 1995. p. 72.

²⁹ HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. New York, London: Oxford University Press, 1961. p. 121.

³⁰ *Idem*, p. 121.

³¹ HART, Herbert L. A., Op. cit., p. 102.

(*principles*) e políticas públicas (*policies*). Já nas primeiras linhas diz “I want to make a general attack on positivism, and I shall use H.L.A. Hart’s version as a target, when a particular target is needed”.³² Isso para que possamos ter uma ideia do contexto no qual são desenvolvidas as teorizações propostas por Dworkin.

Assim, propõe-se a utilização do termo princípio, genericamente, para se referir para todo grupo de *standards* de conduta os quais não se adequam dentre as regras. Entretanto, é possível ser mais preciso e estabelecer a distinção entre princípios (*principles*) e políticas públicas (*policies*). Uma *policy* é entendida, para Dworkin, como um tipo de *standard* que estabelece um objetivo a ser alcançado que, em geral representa um melhoramento com caracteres sociais ou econômico da comunidade. Princípio (*principle*), por sua vez, é um *standard* para ser observado, não porque sua observância represente um avanço ou a segurança de uma situação política, social ou econômica desejada, mas por ser uma requisição de justiça ou equidade ou outra dimensão de moralidade³³.

Ronald Dworkin utiliza o seguinte exemplo “the standard that automobile accidents are to be decreased is a policy, and the standard that no man may profit by his own wrong is a principle”³⁴. Contudo, conforme aponta o próprio autor³⁵, essa distinção pode ser posta em xeque se for colocado como base de um princípio um objetivo social, ou mesmo, colocando como base de uma política pública um princípio. Por isso, propõe a imediata distinção dos princípios, em um sentido comum, das regras. A diferença entre os princípios e regras, em Dworkin, é uma distinção lógica, pois ambos estabelecem *standards* para decisões particulares sobre uma obrigação legal em determinadas circunstâncias, contudo sua distinção é no caractere de direção que eles dão. O âmbito de aplicação da regra é o tudo ou nada (*all-or-nothing*), porque uma regra que estabelece “se A deve ser B” não pode ser válida, sob o ponto de vista lógico, com outra regra que estabeleça “se A não deve ser B”.³⁶ Também, ou uma regra estipulada será adequada para os fatos dados ou não será, pois “then rule is valid, wich case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in wich cases contributes nothing to the decision”³⁷. Para ilustrar, Dworkin utiliza o exemplo do batedor do *baseball* e a regra que estipula que se o batedor tiver três *strikes* (não rebater a bola dentro da área determinada) estará fora do jogo, não podendo o árbitro descumprir tal regra, caso o rebatedor sofra três *strikes*³⁸.

³² “Eu quero fazer um ataque geral ao positivismo e eu utilizarei a versão de H.L.A. Hart como alvo, quando um alvo particular se torna necessário.” (tradução nossa) DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p.22. DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1977, p. 43.

³³ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p.22. DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1977, p. 43.

³⁴ “O *standard* que os acidentes de automóveis devem diminuir é uma política pública e o *standard* que nenhum homem pode aproveitar-se do próprio erro é um princípio.” DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p.22. DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1977, p. 43-44.

³⁵ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p.23. DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1977, p. 44.

³⁶ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p.24. DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1977, p. 44. DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1995, p. 74.

³⁷ “então se a norma é válida, em cujo caso a resposta que dá deve ser aceita, ou não é, e não aporta nada à decisão” (tradução nossa). DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p.24. DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1977, p. 44.

³⁸ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p.24-25. DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1977, p. 45-46.

Importando esse modelo das regras do jogo *baseball* para as regras do direito, resulta evidenciado como se dá o esquema de tudo ou nada na aplicação das regras, embora dentro dessas regras possam existir algumas exceções. Contudo, essas exceções não podem ser confundidas com os princípios, não é desta forma que os princípios funcionam. Dizemos que nosso direito respeita o princípio de que ninguém possa tirar proveito de seu próprio erro, mas não se quer dizer, todavia, que a lei nunca permite que um homem nunca se beneficie das injustiças. Segundo Dworkin, o usucapião é a prova que se pode utilizar seu próprio erro (delito) para se beneficiar³⁹. Princípios têm uma dimensão que as normas não possuem, qual seja uma dimensão de peso ou importância. Para compreender, basta pensar em uma política pública (*policy*) que entre em conflito com algum princípio (*principle*)⁴⁰, um tem que levar em conto o peso relativo do outro, claro que esse redimensionamento dessa interseção nunca será exato.

Por outro lado, as regras não possuem essa dimensão de peso, funcionando como um tudo ou nada (*all or nothing*). Pode-se afirmar que uma regra é mais importante que outra pelo reflexo que seu cumprimento tem dentro de determinada organização social como fator regulador de comportamentos. Contudo essa afirmação perder o sentido, ou melhor, não pode ser repetida a afirmação que uma regra é mais importante que outra dentro de um sistema legal, em havendo um conflito de regras, uma regra substitui a outra⁴¹. Num conflito de regras uma não poderá ser válida, até levando em consideração a estrutura lógica do direito, como uma formalização da linguagem do direito no campo da lógica, ou seja, por meio de proposições lógicas não poderiam coexistir duas regras em conflito⁴². Nem sempre essa distinção será clara, em muitos casos dependerá como o *standard* opera e como esse problema pode ser focado na controvérsia.

O papel desempenhado por um princípio e por uma regra poderá ser o mesmo, sendo que a diferença entre eles poderá ser um problema de forma. Dworkin⁴³ pondera que a utilização de termos como razoável, negligente, injusto e significativo, faz com que a aplicação da norma dependa, até certo ponto, dos princípios e das políticas públicas que transcendam essa norma. Em verdade, na

³⁹ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p. 25. DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1977, p. 46.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p. 26-27. DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1977, p. 47-48.

⁴¹ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p. 27. DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1977, p. 48.

⁴² Cabe se basear na arguta lição de Lourival Vilanova: “O dever ser é uma partícula operatória vinculada a um universo especificado de objetos: o universo das normas ou da linguagem como expressão das normas. É incontável o número de normas jurídicas que se oferecem à experiência, variando no tempo e no espaço, por seu conteúdo, pela fonte de onde provêm, pelo grau de validade, pela pertinência aos sistemas positivos etc. É da linguagem do direito positivo que se obtém a estrutura reduzida ao formal. Quando formulamos a proposição ‘se A é B, então C deve ser D’ (para tomar letras como variáveis referentes a fatos – pressupostos – de cuja verificação depende a relação deontica ‘A deve ser B’, a relação intersubjetiva ou de sujeitos entre os quais se verificam ações), esta proposição não é de nenhum domínio ou subdomínio do direito positivo. Nem do direito privado, nem do direito público encontramos semelhante proposição que nada diz especificamente de um fato, de nenhum sujeito-de-direito e de nenhuma ação ou condutas concretas. **É uma proposição lógica, não uma regra de direito positivo; é uma simples estrutura sintática, não um preceito ou uma norma para a ação.**” (grifo nosso). A estruturação da regra cinge-se a lógica, é vazia de conteúdo. VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. In: VILANOVA, Lourival. *Estudos Jurídicos e Filosóficos*. vol. 2, São Paulo: Axis Mundi, 2003. p. 183.

⁴³ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p. 27. DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1977, p. 48.

norma pode haver, como base, um princípio ou uma política pública, no entanto, isso não converte totalmente a norma em um princípio. Pois, por menos restrito que seja desses termos, trata-se, ainda, de uma limitação de outros princípios e de outras políticas públicas das quais depende a norma. Quando um termo desses aparece em uma regra isto significa a exigência do exercício do juízo que se os termos houvessem sido omitidos⁴⁴.

Por outro lado, no caso dos termos estarem presentes em uma política pública ou em um princípio, seu cumprimento pode ser imposto sem que seja considerado uma violação ao direito. Dworkin⁴⁵ ilustra com o exemplo de uma decisão da Suprema Corte norte-americana sobre uma disposição, que anula todo o contrato que restringe o comércio, ser tratada como regra em todos os seus termos ou como um princípio. A disposição legal foi tratada, pela Suprema Corte, como uma regra, entretanto, essa regra foi tratada levando em consideração que continha a palavra irrazoável e, portanto, proibia somente as restrições irrazoáveis. Desta maneira, o dispositivo legal funcionaria como uma regra logicamente, isto é, uma vez comprovada a irrazoabilidade da restrição ao comércio pelo contrato, é obrigatória a declaração de não validade do contrato. Por outro lado, substancialmente poderia ser tratada como um princípio, ou seja, um tribunal deve ter em conta uma série de princípios e políticas públicas para saber se uma restrição é irrazoável ou não. Da mesma maneira, percebe-se que na base de uma regra é possível existir um princípio e, destarte, o conflito que há é entre um princípio e o princípio na base dessa regra, e não entre um princípio e uma regra.

Assim, pode-se perceber a distinção entre as regras e os princípios, bem como das políticas públicas. Diferentemente das regras os princípios e, também, as políticas públicas possuem uma dimensão de peso. As regras, por sua vez, não existem antes da decisão do caso. O julgador chega à regra por meio da ponderação, por meio dos argumentos expostos pelas partes. Não se pode analisar apenas uma face, deverá ser analisado o todo, pois ao considerar o todo o juiz verificará qual argumento dará mais peso, podendo um argumento ser refutado por outro de maior peso.

Destarte, quando se está diante da necessidade da elaboração (formulação) de uma política pública é preciso que o agente público demonstrar – argumentativamente – portanto do ponto de vista racional (fundamentando) o porquê da escolha que fez para a política pública, com base no que está previsto pela Constituição Federal. A escolha a ser realizada pode não ser a única do agente, mas deve ser a melhor. Não existindo essa relação, a política pública deverá ser considerada inconstitucional, passando ao Poder Judiciário o dever de decidir em relação à política pública, determinando qual política pública deve ser adotada. Da mesma forma que para o administrador público, o julgador também deve justificar (fundamentar – por argumentos) a sua escolha dentro do quadro normativo

⁴⁴ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p. 28. DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1977, p. 49.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p. 27-28. DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1977, p. 48-49.

apresentado pela Constituição Federal. Na esteira da tese proposta por Dworkin, a discricionariedade judicial será determinada pela regra, por exemplo, em havendo uma regra que seja suficientemente clara e estabelecida não há discricionariedade. Se o caso está controlado por um princípio (dimensão de peso), pois o juiz não pode encontrar uma regra estabelecida, também não há discricionariedade⁴⁶.

Como visto, princípios e regras operam de modo distintos, enquanto as regras possuem uma dimensão *tudo ou nada* os princípios atuam na dimensão de peso, que falta em outras normas. Segundo Dworkin, havendo um conflito entre duas regras uma delas não pode ser válida, já quem pretende resolver o conflito entre dois princípios deverá ter em conta o peso relativo de cada um. Na base de uma política pública encontrar-se-á um princípio, assim, determinada escolha feita pelo juiz requererá dois tipos de argumentos (político e jurídico), mesmo no caso de um programa que seja fundamentalmente um problema de política.

Toda a política pública deve, portanto, ter como base um argumento de princípio. Contudo, um programa baseado mormente em princípios poderá refletir o sentimento de que os direitos não são absolutos e que perdem a validade quando as conseqüências na política são muito agudas. Desta diferenciação resulta que as decisões judiciais, ainda quando uma lei tenha sido criada por uma diretriz política, tem por base um argumento de princípio⁴⁷. Todavia, isso se aplica aos casos em que há um direito estabelecido, em se tratando de casos difíceis⁴⁸, em que não há uma norma estabelecida para que se dite uma decisão em algum sentido, poderia parecer que uma decisão adequada seria gerada tanto numa diretriz política quanto num princípio.

Então, propõe-se a tese que as decisões nos casos difíceis devem ser geradas caracteristicamente por princípios e não por decisões baseadas em argumentos de política. Em outras palavras, para que o juiz chegue à conclusão em determinado caso relacionado a políticas públicas, é preciso que haja argumentos que justifiquem a eleição daquele direito em detrimento de outro e, além disso, que essa decisão abra a perspectiva de sua universalização. Os juízes não devem fundar suas decisões em argumentos de política⁴⁹. Para Dworkin, mesmo nos casos difíceis, os juízes devem apelar para os argumentos de princípio e não argumentos de política. Se os juízes fossem convocados a decidirem conforme argumentos de política o risco para a liberdade individual é maior, certamente, do que se as decisões fossem a favor da proteção da moral e dos direitos políticos dos cidadãos de sua comunidade⁵⁰. Assim, o risco que surge nesse caso é que a liberdade individual

⁴⁶ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p. 31-39.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p. 83.

⁴⁸ “Quando determinado litígio judicial não se pode subsumir claramente a uma norma jurídica, estabelecida previamente por uma instituição, o juiz – de acordo com essa teoria tem discricção para decidir o caso em um ou outro sentido. [...] Meu argumento será que, ainda quando nenhuma norma estabelecida resolva o caso, é possível que uma das partes tenha direito a ganhar. Não deixa de ser dever do juiz, inclusive nos casos difíceis, descobrir quais são os direitos das partes, em vez de inventar retroativamente direito novos” DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p. 81.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. A matter of principle. Ninth Printing, Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2000. p. 9.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p. 363.

restaria erodida a um patamar maior do que o processo político, na primeira espécie de decisão. Na segunda hipótese, o risco é que os juízes sejam conservadores e se valham de seu poder menos que poderiam, negando-se a reconhecer direitos individuais que o processo político haja consolidado no direito positivo⁵¹.

Para isso, Dworkin encontra a solução no que chama de juiz Hércules, uma metáfora utilizada pelo autor para tratar de um juiz dotado de capacidades extraordinárias, capacitado para reconstruir, com coerência, em cada caso, o direito vigente, para que se possa ser tomada a melhor decisão possível amparada em argumentos de princípios. Com o intuito de garantir a correção do direito apresenta uma reconstrução racional e coerente do direito. Ao juiz Hércules caberá definir os argumentos de princípio que suportam o precedente, assim, definirá a força gravitacional do precedente⁵². O precedente é fundamental para que o juiz escreva o que ele chama de romance em cadeia, isto é, como na literatura os precedentes são como capítulos de livros e é preciso saber o argumento do capítulo anterior para que não se perca em coerência, em relação ao texto. Hércules deverá saber reconhecer que na sua comunidade é reconhecido que as decisões judiciais devem ser tomadas utilizando por base argumentos de princípios, a despeito de argumentos de política⁵³.

Ainda para Dworkin há duas espécies de interpretações possíveis quando se busca conjugar a lei à Constituição. Em primeiro lugar seria a busca da intenção original do legislador e, a partir disso, tentar conformar todas as decisões com a intenção original do legislador, do constituinte originário. Assim, a cada decisão caberia ao juiz reconstituir a vontade do criador da Constituição em relação ao texto constituição, adequando essa o texto que estivesse, por ventura, em discussão à citada vontade. No entanto, nem os legisladores, nem os componentes da Suprema Corte Norte-Americana, tampouco os cidadãos conseguem chegar a um termo sobre qual a vontade dos criadores da Constituição, mormente, se as questões estiverem ligadas a pontos politicamente polêmicos⁵⁴. Em segundo lugar, outros enfocam, para Dworkin, entre questões substanciais e procedimentais, cabendo ao controle de constitucionalidade o tocante a questões ligadas ao procedimento, sem ingressar em questões constitucionais substanciais. Ou seja, ao juiz não cabe rever se a escolha dos legisladores, politicamente, foi justa (substantivamente), mas apenas se os legisladores observaram os procedimentos⁵⁵. Importando para a hipótese de trabalho aqui esposada, ao juiz só caberia rever se a política pública eleita pelo legislador e proposta pelo Executivo observou as formas procedimentais, não cabendo intervir quanto ao conteúdo, pois, presumidamente, aqueles que ocupam esse espaço atuam sob a salvaguarda da Constituição. Quanto ao primeiro argumento, seria o papel do juiz remontar a vontade dos criadores da

⁵¹ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p. 363.

⁵² DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p. 115.

⁵³ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1999, p. 115-116.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 2000, p. 33.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 2000, p. 34.

Constituição para saber se os termos propostos pela política pública estariam adequados, ou melhor, em conformidade com a Constituição. Ocorre que, nessa segunda hipótese, como aventou Dworkin⁵⁶, incorre-se em um dilema democrático, isso porque se tornaria competência do juiz interpretar decisões tomadas pelos criadores, o que, logicamente, dá abertura a um maior poder discricional e afasta o julgador de uma decisão apolítica.

Ambos os argumentos falham pois eles incorporam apenas a faceta substantiva, eles dizem o que deve ser deixado ao povo. Para Dworkin, cabe ao julgador tomar decisões de princípios e não decisões de política, “[...] decisions about what rights people have under our constitutional system rather than decisions about how the general welfare is best promoted [...]”⁵⁷. Deve-se partir do princípio que todos os cidadãos são iguais. Por conseguinte, vislumbra-se um julgamento sob princípios e não sob política, em que o julgador não despose de sua visão política ao decidir, mas fundamenta sua decisão em argumentos, em que o argumento de maior força gravitacional será preponderante. Nessa perspectiva, o controle judicial de políticas públicas deve ser sustentado, mas a decisão, em se tratando de intervir em políticas públicas, deve ser justificada (fundamentada) por argumentos – tanto a decisão do administrador público quanto eventualmente a decisão do Poder Judiciário. Na revisão da conformidade de uma política pública com a Constituição não deve haver espaço para uma decisão política por parte do juiz, reduzindo assim a sua discricionariedade judicial. Mesmo o administrador tem a sua discricionariedade reduzida, podendo adequar um plano político-partidário, desde que em conformidade (e fundamentado) com a Constituição.

Com base nisso, aventa-se a possibilidade do julgador encontrar o que a chamada resposta correta⁵⁸, nos casos difíceis, o que não significa uma resposta correta, tendo em vista que não raro os juízes errarão⁵⁹. Cabe ao juiz, por meio de nexos argumentativos, encontrar respostas qualitativamente adequadas à materialidade da Constituição Federal. Com isso, se dá as traves fundamentais ao controle de políticas públicas. Seguir na senda de decisões que careçam de justificação, ou apenas sejam calcadas em ementários jurisprudenciais ou princípios, sem a adequada fundamentação em argumentos de princípio, dá ensejo a decisões comprometidas com ideologias partidárias e outros tipos de compromissos políticos, nefastos ao controle judicial das políticas públicas e ao próprio conceito de políticas públicas. Não pode, nesse sentido, haver abertura ao arbítrio dos juízes, pois uma política pública deve estar adequada à Constituição Federal.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 2000, p. 33.

⁵⁷ “decisões sobre quais direitos o povo tem dentro do sistema constitucional do que decisão sobre como o bem-estar geral será melhor promovido” (tradução nossa) DWORKIN, Ronald, Op. cit., 2000, p. 69.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1995, p. 396.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald, Op. cit., 1995, p. 397-398.

4 A CONTRIBUIÇÃO DE ROBERT ALEXY PARA A LIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Analisar decisões judiciais, em última instância, significa analisar fundamentações, como ressalva Alexy “Pode ser considerado como uma proposição verdadeira analiticamente, que cada fundamentação ou é correta, acertada ou boa ou, então, falsa, não acertada ou ruim”⁶⁰. O conceito de fundamentação abrange mais do que apenas uma consequência lógica de determinada decisão judicial. Minimamente para dar fundo a uma decisão judicial é preciso exigir que a decisão seja “reconstruível de modo que a sentença resulte logicamente das proposições citadas nos fundamentos, juntamente com proposições lá pressupostas, em que essas proposições (*ex falso quodlibet*) devem ser livres de contradição”⁶¹. A fundamentação, portanto, em Alexy é fulcral para a limitação da discricionariedade do julgador, em outras palavras, da discricionariedade judicial. A fundamentação é mais ampla que a consequência lógica de uma decisão judicial. Trata-se de tão-somente uma condição necessária de uma fundamentação que dá bom resultado, conforme o mesmo Alexy⁶². Para além de decorrer de uma série de proposições, a decisão judicial deve ser deduzida de proposições as quais são verdadeiras, corretas e aceitáveis. Nesse sentido, o citado autor alemão traça dois aspectos da fundamentação das decisões judiciais, qual sejam: a justificação externa e a justificação interna. A última se a sentença é fruto de um resultado lógico de preceitos citados para a fundamentação. A primeira, todavia, a verdade, a correção ou a aceitabilidade dessas premissas da justificação interna⁶³.

Desta forma, a justificação de ordem externa é o campo da argumentação jurídica, estando nela todo o peso da argumentação. Desta maneira ocorre no tocante às políticas públicas, especificamente, ao controle judicial das políticas públicas. Pois, em se admitindo a plausibilidade na verificação por meio do Poder Judiciário acerca da conformação constitucional, cabe naqueles casos em que a mera subsunção de um fato a uma norma jurídica seja insuficiente, nos termos de Dworkin num caso difícil, deve verificar se a fundamentação é adequada e está em consonância daquilo que está previsto na Constituição Federal. No entanto, ao fazer isso o juiz tem o dever de fundamentar (justifica), sob a ótica racional-argumentativa a sua escolha. Para a argumentação a prática racional é possível, por exemplo ao se tratar de princípios fundamentais (como democracia) deve ser essa discursivamente justificável. Ou, como demonstra Alexy, a escravidão ser inserida

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Direito, Razão e Discurso**. Trad. Luis Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 19.

⁶¹ ALEXY, Robert, Op. cit., 2010, p. 20.

⁶² ALEXY, Robert, Op. cit., 2010, p. 20.

⁶³ ALEXY, Robert, Op. cit., 2010, p. 20.

na Constituição é discursivamente impossível⁶⁴. Destarte, essencial para a proteção e afirmação das normas de direitos fundamentais⁶⁵, isso porque “a necessidade do direito não significa a despedida da racionalidade discursiva”⁶⁶. Uma pretensão que se une ao direito exige que o ideal e o institucional complementem-se e nessa complementação é que se encontra o estado constitucional democrático⁶⁷.

Há, portanto, uma dependência do estado democrático da vontade racional em todos os planos, para além da própria teoria do discurso que o fundamenta (justifica), essa constituição discursiva do Estado é que justifica, segundo Alexy, a própria possibilidade da existência de um “constitucionalismo discursivo”⁶⁸. Por consequência, a justificação de uma decisão judicial de forma que ela possa ser reconstituída resultando um conjunto de premissas livres de contradição, de tal maneira que a proposição normativa definidora do dever jurídico particular seja fruto da lógica das proposições pressupostas é a exigência mínima em relação as decisões judiciais⁶⁹. Não obstante se trata apenas de uma faceta da fundamentação das decisões judiciais, pois não é tão-somente a correção da cadeia lógica das proposições há, também, “a análise da verdade, correção ou aceitabilidade das proposições apresentadas como premissas”⁷⁰.

Daí a formulação em relação a teoria dos direitos fundamentais acerca de uma dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais e de uma dimensão subjetiva das normas de direitos fundamentais. Segundo a tese de Alexy, existe uma presunção em favor da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, em relação a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. A sustentação da norma de direito fundamental como uma carga de argumentação aproxima-se da tese da subjetivação, essa tese advoga que cada dever jurídico-fundamental do estado tenha esse caráter *prima facie* ou definitivo⁷¹. Essa tese não determina até que ponto devem os direitos fundamentais serem estendidos. Os princípios determinam algo que deve ser realizado na maior medida possível, levando em conta as possibilidades fáticas e jurídicas, desta forma, não contém *mandatos definitivos* mas *prima facie*⁷². Desta maneira, para que haja validade de um princípio não há a necessidade que tenha validade como resultado definitivo. Próprio da dimensão de peso dos princípios é a possibilidade que razões de fundo diametralmente oposta possam ser apostas ao caso, cabe exatamente ao princípio

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 9.

⁶⁵ A proposta de um constitucionalismo discursivo feita por Robert Alexy trata a teoria do discurso como teoria da fundamentação de normas de direito fundamental. Cf. ALEXY, Robert, Op. cit., 2007, p. 9.

⁶⁶ Cf. ALEXY, Robert, Op. cit., 2007, p. 10.

⁶⁷ Cf. ALEXY, Robert, Op. cit., 2007, p. 10.

⁶⁸ Cf. ALEXY, Robert, Op. cit., 2007, p. 10.

⁶⁹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 164.

⁷⁰ Cf. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires, Op. cit. p. 164.

⁷¹ HECK, Luis Afonso. Prefácio. In: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁷² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 80

dar a solução entre uma determinada razão e uma razão oposta. É por essa condição de mandato *prima facie* que os princípios carecem de conteúdo de determinação em face dos princípios contrapostos e mesmo às possibilidades fáticas⁷³.

Como visto em Dworkin⁷⁴, esse caractere é distinto do caso das regras, isso porque em se tratando das regras há a vinculação a se fazer o que nelas se ordena. As regras contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. A falibilidade da aplicação das normas pode ser por impossibilidades fáticas ou pela invalidez de uma norma, caso em que vai de encontro ao previsto na Constituição Federal. A exceção desses casos, o estabelecido por uma regra tem validade definitiva. No entanto, para Alexy, esse modelo é considerado demasiado simples, sendo necessário um modelo mais diferenciado. Para o autor alemão, não se pode pensar que todos os princípios e todas as regras possuem um mesmo caráter *prima facie* e definitivo. As regras têm o seu caráter definitivo debilitado ao conterem na própria regra uma exceção a sua aplicação, por meio da introdução de cláusulas de exceção. Aqui, diferente de Dworkin, Alexy mostra o debilitamento do caráter definitivo das regras. Em Dworkin as cláusulas de exceção podem ser introduzidas em regras por meio dos princípios, todavia sem que haja uma enumeração dessas regras. Em acontecendo isso com as regras elas perdem o seu caráter estritamente definitivo, no entanto diferente do caráter *prima facie* dos princípios.

Assim, o fato do caráter definitivo das regras restar debilitado não significa que obtenha o mesmo caráter *prima facie* dos princípios. Tampouco os princípios obtêm o mesmo caráter *prima facie* das regras em decorrência do reforçamento de seu caráter *prima facie*. O que pode ou não reforçar o caractere *prima facie* dos princípios é a introdução de uma carga argumentativa em favor de um determinado princípio ou de determinados tipos de princípios⁷⁵ e isso não faz com que o caractere *prima facie* dos princípios seja equiparado com o mesmo caractere das regras. Ainda, Alexy aduz que uma regra que estabelece uma carga de argumentação libera o julgador de estabelecer as condições de precedência no caso concreto. Conforme Alexy “Tiene sólo como consecuencia que cuando se dan razones igualmente buenas o en caso de duda, debe darse preferencia a un principio sobre el outro”⁷⁶. Isto só reforça o caráter *prima facie* do princípio favorecido pela carga de argumentação constante na regra. Disto se pode afirmar que há uma distinção entre o caráter *prima facie* dos princípios em relação ao caráter *prima facie* das regras, sendo destas últimas fundamentalmente mais forte, pois tanto princípios quanto regras são razões de diferente tipo.

⁷³ ALEXY, Robert, Op. cit., 2007, p. 80.

⁷⁴ Para Alexy se trata de um modelo semelhante a proximidade, nesse ponto, com Ronald Dworkin. Distinção apresentada anteriormente na presente pesquisa e presente no modelo de regras I de Dworkin. Cf. ALEXY, Robert, Op. cit., 2007, p. 80.

⁷⁵ ALEXY, Robert, Op. cit., 2007, p. 81.

⁷⁶ “Tem somente como consequência que quando se dão razões igualmente boas em caso de dúvida, deve dar-se preferência a um princípio sobre o outro.” (tradução nossa) Cf. ALEXY, Robert, Op. cit., 2007, p. 82.

Isso significa dizer que os princípios, dentro do teorizado por Alexy, são sempre *razões prima facie* e as regras sempre são *razões definitivas*⁷⁷. As regras e os princípios, nessa linha, são *razões* para normas e dentro dessa condição de norma devem ser *razões* para normas universais e/ou normas individuais. A decisão jurídica, todavia, pressupõe a determinação de um direito definitivo. Ou seja, um caminho que conduz desde o princípio, desde o direito *prima facie* até o direito definitivo, passando por uma determinação de uma relação de preferência⁷⁸. Para tanto, o estabelecimento de uma regra é, para a lei de colisão, a determinação de uma relação de preferência, os princípios mesmos nunca são *razões definitivas*. O princípio é “uma razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser”⁷⁹.

Da mesma forma se dá na aplicação de normas constitucionais que são definidoras de políticas públicas. Há um quadro normativo que deve ser preenchido adequadamente pelo administrador público, de modo que seja possível reconstituir a decisão desse agente público. Dentro desse quadro não se pode ir além do que a norma autoriza, nem aquém, pois nessas duas circunstâncias autoriza-se a intervenção do Poder Judiciário. Por sua vez, o Poder Judiciário, deve intervir mas não de forma ilimitada deferindo quaisquer pedidos. As decisões judiciais não devem ser mero casuísmo ou mesmo fruto de elucubrações do ponto de vista político-ideológico. Há, sim, o dever de que essas decisões sejam fundamentadas (justificadas) para que haja o controle das políticas públicas. Por isso, não há o que se falar num direito fundamental definitivo, como se notou, são necessárias as razões para que se parta da proposição até a norma definitiva.

Isso gera uma condição de dedutibilidade “de uma quantidade de premissas livre de contradição”⁸⁰ o que não esgota a fundamentação e, portanto, a justificação interna. É importante salientar que não se trata de uma consequência lógica, há exigências adicionais à estrutura lógica da justificação interna. Disso, exige-se que uma premissa deve ser a formulação de uma norma universal, essa exigência está ligada, logicamente, a uma teoria da aplicação da lei “e leis, soa em regra, normas universais”⁸¹. Diz ainda Alexy “o fundamento para isso consiste nisto, que sentenças sobre aquilo que está ordenado, proibido ou permitido devem apoiar-se em uma regra universal”⁸². Com a exigência da universalidade ou com o princípio da universalidade impede-se o arbítrio entre os fundamentos e a sentença, sendo condição à realização da certeza jurídica, possibilitando o controle racional das decisões. Por meio disso é que se vislumbra a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, é preciso que uma determinada decisão acerca de uma política

⁷⁷ ALEXY, Robert, Op. cit., 2007, p. 82.

⁷⁸ ALEXY, Robert, Op. cit., 2007, p. 83.

⁷⁹ “Uma razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio é uma razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser” Cf. ALEXY, Robert, Op. cit., 2007, p. 83-84.

⁸⁰ Cf. ALEXY, Robert, Op. cit., 2010, p. 21.

⁸¹ Cf. ALEXY, Robert, Op. cit., 2010, p. 21.

⁸² Cf. ALEXY, Robert, Op. cit., 2010, p. 21.

pública deva ser universalizável, evitando assim decisões casuísticas. A necessidade de fundamentar (justificar) as decisões judiciais é primordial para garantir o papel do controle judicial e que essas decisões sejam universais.

As decisões devem ter a capacidade de serem reconstituíveis, ou seja, que exista a possibilidade da reconstrução lógica da decisão judicial. Muitas das objeções à interpretação dos direitos fundamentais e à ponderação são baseadas no subjetivismo e no pretenso irracionalismo que a decisão judicial teria se baseado nesses critérios, ou melhor, se partisse desse enlace teórico. Por isso, além da necessidade da reconstrução argumentativa da decisão, próprio também da jurisdição constitucional nos termos esposados por Robert Alexy é que exerça o seu papel sendo uma representação argumentativa do povo. Desta forma, estabelece os pilares ao chamado constitucionalismo discursivo: direitos fundamentais, ponderação, discurso, jurisdição constitucional e representação⁸³. Em primeiro lugar há o debate acerca da ponderação na interpretação dos direitos fundamentais, em Alexy a ponderação é parte do princípio da proporcionalidade, que consiste de três princípios parciais: idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito, os três expressam a ideia da otimização⁸⁴. Ao ingressar na interpretação dos direitos fundamentais os trata não mais como regras, no entanto como mandatos de otimização como princípios no sentido teórico-normativo. Idoneidade e necessidade concernem à otimização relativamente às possibilidades fáticas, já em relação ao princípio da proporcionalidade em sentido restrito é relativo às possibilidades jurídicas⁸⁵. A estrutura triádica da ponderação não é suficiente pra mostrar a sua racionalidade, para além disso é preciso que na base da ponderação esteja uma forma de argumento que esteja unida com o conceito de correção⁸⁶, a denominada “fórmula de peso”⁸⁷. A fórmula peso⁸⁸ é uma estrutura racional da fundamentação da correção de um decisão jurídica em discurso.

Contudo é preciso também o discurso e as formas de argumento que abarcam além da estrutura da fórmula do peso, como ela é tornada explícita por essa fórmula. Isso, segundo Alexy, conduz ao problema da jurisdição constitucional como expressão mais elevada da Constituição e, logicamente, dos direitos fundamentais⁸⁹. Desta forma as expressões presentes na Constituição Federal e que tratam das políticas públicas devem observar a estrutura esplanada para que sejam fundamentadas sob a ótica constitucional. A política pública não pode se confundir,

⁸³ ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 155.

⁸⁴ ALEXY, Robert, Op. cit., 2007, p. 156.

⁸⁵ ALEXY, Robert, Op. cit., 2007, p. 156.

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2003. p.275.

⁸⁷ ALEXY, Robert, Op. cit., 2007, p. 159.

⁸⁸ A estrutura mais simples da fórmula peso é: $W_{i,j} = I_i/I_j$. I_j é a intensidade da intervenção no princípio P_i . I_j representa a importância do cumprimento do princípio, em sentido contrário, P_j . $W_{i,j}$ representa o peso concreto de P_i . A fórmula do peso expressa que o peso concreto de um princípio é um peso relativo. Isso ela faz pelo fato de ela definir o peso concreto de um princípio pelos cocientes da intensidade da intervenção nesse princípio (P_i) e pela importância concreta do princípio, em sentido contrário, (P_j). Cf. ALEXY, Robert, Op. cit., 2007, p. 160.

⁸⁹ ALEXY, Robert, Op. cit., 2007, p. 162.

nesse sentido, como política partidária, todavia, devem estar em conformidade com a Constituição. Por exemplo, o artigo 196 da Constituição Federal incumbe ao Estado o dever de garantir, mediante políticas públicas, promover o direito à saúde. Para tanto, essas políticas devem visar à redução do risco de doença e de outros agravos e, também, deve promover o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Portanto, esses são os parâmetros dados ao agente público na promoção das políticas públicas, cabendo a administração pública, baseada nesses termos, promover políticas públicas de saúde. No entanto, coloca-se a questão acerca da possibilidade de um indivíduo deduzir contra o Estado a pretensão material de receber medicamentos periodicamente ou mesmo a intervenção cirúrgica. Aqui, o que deve ser respondido é “se a palavra saúde pode ser interpretada de modo a configurar uma posição fundamental jurídica definitiva a prestações materiais específicas ou na realização de um determinado procedimento cirúrgico”⁹⁰. Se esse medicamento ou procedimento assegurará necessariamente a vida ou as condições de vida de uma pessoa, fica evidenciada a resposta positiva. Não obstante, se a cirurgia for estética sob a alegação que é necessária à saúde mental e psicológica⁹¹ ou no caso do medicamento não ter comprovada eficácia para o tratamento pleiteado. Para a solução do último caso são necessárias premissas adicionais demonstrando racional-argumentativamente que um determinado princípio tem mais peso em relação a outro, no caso concreto, podendo ser a decisão judicial universalizável.

Essa é a contribuição, conforme a metodologia adotada na pesquisa, mais adequada à realização do controle de políticas públicas no Brasil, consistindo na necessária fundamentação (justificação) das decisões judiciais. Com isso, gerando-se um grau de controle e racionalidade na escolha realizada pelo julgador. É nessa perspectiva fulcral a contribuição aqui explanada, dentro dos limites da pesquisa, de Robert Alexy, por uma proposta de constitucionalismo discursivo que coloca na figura do juiz a necessidade legitimar-se por meio de argumentos, ou seja, uma representação argumentativa.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa buscou apresentar, dentro das limitações de um trabalho deste fôlego, a possibilidade do controle das políticas públicas, isto é, o arcabouço teórico que serve de substrato para demonstrar a necessidade do controle de políticas públicas no Brasil e, num segundo momento, a necessidade, também, de que ao ser exercido o controle judicial de políticas públicas no Brasil, esse se dê por meio de argumentos. Em outras palavras, que o controle judicial de políticas públicas seja justificado (fundamentado) pelos juízes. E, também, que os argumentos utilizados pelos juízes possibilitem a reconstrução lógica da decisão judicial, demonstrando a

⁹⁰ Cf. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires, Op. cit., p. 175.

⁹¹ Cf. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires, Op. cit., p. 175.

racionalidade da decisão. Como instrumento dessa verificação recorreu-se a duas contribuições teóricas distintas, mas que, todavia complementam-se. Esses dois autores foram Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Entretanto, num primeiro momento, buscou-se demonstrar as peculiaridades das políticas públicas sob a ótica conceitual e de como a política pública, ou melhor, as políticas públicas têm uma profunda relação com a necessidade que tais sejam conformadas com o previsto na Constituição. Observa-se, a despeito disso, que as pesquisas com o foco na ciência política deixam escapar, em geral, o aspecto ligado à constitucionalidade das políticas públicas e, todavia, a ciência jurídica quando se ocupa das políticas públicas recorre a conceitos que tratam as políticas públicas como discricionariedade administrativa, sem que as políticas públicas possuam um grau de autonomia nos estudos realizados na ciência jurídica. Além disso, muitas vezes, olvida-se o espaço político de conformação das políticas públicas – na ciência jurídica – e a necessidade que as políticas públicas estejam em conformidade com os parâmetros constitucionais – conforme a ciência política. Assim, mister uma conjugação desses dois aspectos. Ou mesmo, dos modelos de análise de políticas públicas.

A necessidade da conformação desses dois aspectos gerou conseqüentemente que o observar as políticas públicas sob a ótica constitucional adquirem novos foros e, portanto, ao Judiciário coubesse verificar se a política pública atende o previsto na Constituição Federal. Destarte, gera-se a necessidade do Poder Judiciário de controlar as políticas públicas, superando-se o dogma de que as políticas públicas (por seu caráter político próprio) seriam insindicáveis pelo Poder Judiciário). Demonstrada essa necessidade controle judicial das políticas públicas, bem como sua possibilidade, apresentou-se duas verves teóricas a respeito da reconstrução argumentativa da decisão judicial.

Em primeiro lugar fora realizada uma incursão na obra de Ronald Dworkin, mormente, a distinção a partir de seus debates com Herbert Hart acerca da diferença entre regra, princípio e política pública, asseverando que o positivismo não fornece dentro do fechamento em regras argumentos suficientes para todos os casos. Isto é, em alguns casos a mera subsunção à regra não seria suficiente, devendo recorrer aos princípios. Daí traça a distinção entre os chamados *easy cases* e *hard cases*. Enquanto as regras possuem uma dimensão *tudo ou nada* os princípios atuam na dimensão de peso, que falta em outras normas. Segundo Dworkin, havendo um conflito entre duas regras uma delas não pode ser válida, já quem pretende resolver o conflito entre dois princípios deverá ter em conta o peso relativo de cada um. O julgador chega à regra por meio da ponderação, por meio dos argumentos expostos pelas partes. Não se pode analisar apenas uma face, deverá ser analisado o todo, pois ao considerar o todo o juiz verificará qual argumento dará mais peso, podendo um argumento ser refutado por outro de maior peso. Nessa perspectiva, o controle judicial de políticas públicas deve ser sustentado, mas a decisão, em se tratando de intervir em políticas públicas, deve

ser justificada (fundamentada) por argumentos – tanto a decisão do administrador público quanto eventualmente a decisão do Poder Judiciário.

Por fim, ocupou-se da contribuição de Robert Alexy para um controle, do ponto de vista racional, da decisão judicial em matéria de políticas públicas no Brasil. Apresentou-se a distinção entre princípios e regras de Alexy em relação a Ronald Dworkin e de como a forma apresentada por Alexy é base à compreensão da necessidade de argumentar para chegar a uma posição fundamental em se tratando de normas fundamentais. De como uma decisão judicial deve se justificar interna e externamente. Em primeiro lugar sob o aspecto lógico, com base nas premissas jurídicas adotadas para a decisão e em segundo lugar em função da correção, verdade desses pressupostos no caso concreto, de maneira que essa decisão judicial possibilite a sua universalização. Além disso, apresentou-se a constituição da fórmula peso como forma de calcular qual o princípio preponderante no caso concreto e por intermédio de uma forma racional de reconstrução da decisão. Também, aplicaram-se esses conceitos ao controle das políticas públicas de saúde, buscando uma resposta no campo prático.

Portanto, em conformidade com as dimensões de uma pesquisa dessa natureza, demonstrou-se a possibilidade do controle judicial das políticas públicas, sob a ótica da ciência jurídicas, a despeito das considerações na seara da ciência política. Depois, apresentou-se aquelas, para fins desse trabalho, as mais importantes influências em termos de controle argumentativo da decisão judicial em matéria de políticas públicas. Para tanto, recorreu-se a dois autores: Ronald Dworkin e Robert Alexy. Em ambos, encontrou-se a mesma resposta que é preciso fundamentar (argumentativamente e, portanto, racionalmente) as decisões judiciais em conformidade com ordem constitucional, em prol mesmo da representação argumentativa dos julgadores.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direito, Razão e Discurso**. Trad. Luis Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Apresentação. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

_____. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2003.

ARRETCHE, Marta. Dossiê Agenda de Pesquisa em Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 18, n.º 51, p. 7-9, fevereiro/2003.

BARBOSA, Ruy. **A Constituição e os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Atlântida, s/d.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso: 28.12.2010.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Ninth Printing, Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2000.

_____. *Is Law a System of Rules?* In: DWORKIN, Ronald. **The Philosophy of Law**. Londres: Oxford Press, 1977.

_____. **Taking Rights Seriously**. 17ª impressão, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

_____. **Los Derechos en serio**. 2ª reimpressão, Barcelona: Ariel, 1995.

DYE, Thomas R. Mapameamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, Francisco; SALM, José Francisco. **Políticas Públicas e Desenvolvimento – bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: UnB, 2009.

EASTON, David. **A Framework for Political Analysis**. Englewood Cliffs: Prince Hall, 1965.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Idéias, Conhecimento e Políticas Públicas. Um inventário sucinto das principais vertentes analíticas recentes. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 18, n.º 51, p. 21-29, fevereiro/ 2003.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. **O Direito das Políticas Públicas**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 25.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. New York, London: Oxford University Press, 1961.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Alemã**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

_____. Prefácio. In: GAVIÃO FILHO, Anísio. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Prefácio. In: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RODRIGUES, Marta M Assumpção. **Políticas Públicas**. São Paulo: Publifolha, 2010.

SOARES, Hector Cury. **A conformação constitucional das Políticas Públicas no Brasil e seus reflexos conceituais**. Artigo apresentado para a conclusão da disciplina da “Teoria dos Modelos e dos Ordenamentos Jurídicos”, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutorado, 2010.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, ano 8, n.º 16, p. 20-45, jun/dez. 2006.

THEODOULOU, Stella Z.. *The Nature of Public Policy*. In: CAHN, Matthew A.; THEODOULOU, Stella Z. **Public Policy: the essential readings**. New Jersey: Prentice-Hall, 1995.

VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. In: VILANOVA, Lourival. **Estudos Jurídicos e Filosóficos**. vol. 2, São Paulo: Axis Mundi, 2003.



TRABALHOS FORENSES



Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de Rosário do Sul – RS

Processo nº Omitido – Ação Indenizatória

Autor: Omitido

Réu: Estado do Rio Grande do Sul

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial, nos autos do processo em epígrafe, vem, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 300 c/c o art. 188 do CPC, apresentar CONTESTAÇÃO, de acordo com as razões de fato e de direito aduzidas.

1 BREVE RELATO DA LIDE

O autor ajuizou a presente demanda alegando ter sido processado e condenado e ter cumprido pena pelo crime de estupro em razão de erro judiciário.

Sustenta que ajuizou a revisão criminal de nº omitido, na qual foi proclamada a sua absolvição, em razão de ter restado comprovado, por exame de DNA, não ser sua a paternidade da prole da vítima, cuja gravidez fundamentou a sua condenação criminal.

Afirma ter sofrido diversos danos de ordem moral e material em decorrência de sua prisão indevida, postulando indenização por danos morais no valor de R\$ 1.575.000,00 e por danos materiais no valor de R\$ 37.324,00.

2 DAS RAZÕES DO RÉU:

DA INAPLICABILIDADE DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL INCIDÊNCIA EXCLUSIVA DO ART. 5º, LXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Inicialmente, cumpre salientar que se trata de pedido de indenização por danos decorrentes de alegado erro judiciário, de modo que, *in casu*, não se aplica o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, mas, sim, o art. 5º, LXXV, da CF.

A Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º, prevê a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público pelos atos causados por seus agentes.

Todavia, a norma do art. 5º, LXXV, da CF é específica para os casos em que se tratar de danos causados a quem for condenado por erro judiciário.

Desse modo, por constituir *norma specialis* o disposto no art. 5º, LXXV, da CF afasta a *norma generalis* do § 6º do art. 37.

Assim, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (Programa de Responsabilidade Civil, 6. ed., p. 282), **“é bem de ver, entretanto, que a norma do art. 5º, LXXV, da Constituição da República é específica para a responsabilidade do Estado por erro judicial. E como não se pode supor que esse dispositivo é meramente exemplificativo, muito menos supérfluo ou despiciendo – [...] – é de se concluir que o objetivo do legislador constituinte foi o de estabelecer temperamento ao princípio estabelecido no § 6º art. 37 da Carta Política no tocante à atividade jurisdicional”**.

Nesse sentido é a jurisprudência recente do TJRS:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PRISÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA. DANOS MORAIS INOCORRENTES. DANOS PESSOAIS NÃO DEMONSTRADOS. INÉPCIA. Trata-se de ação de indenização por danos morais decorrentes de prisão ilegal a que teria sido submetido o autor. Absolvição declarada em sede recursal. Situação em que a decisão do magistrado não se caracteriza como ilícito indenizável, tendo em vista o quadro indiciário à época da decretação da prisão preventiva do demandante. **Além disso, a responsabilidade do Estado por erro judicial não é objetiva (inaplicável o artigo 37, § 6º, da CF, mas sim o art. 5º, LXXV, do mesmo Diploma Legal). Assim, para que tal ato seja indenizável, tem-se entendido ser necessário que o magistrado tenha agido com culpa, dolo, fraude ou má-fé, ônus que incumbia ao demandante.** Nulidades da citação editalícia, e do laudo do exame de corpo de delito, não reconhecidas. Danos pessoais. Ausência. Inépcia da inicial declarada quanto a esse pedido. APELO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70014671119, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 03/08/2006)

Vale citar, ainda, a ementa do Recurso Extraordinário 429.518-AgR, Relator Ministro Carlos Velloso:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º. I. - **A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.** II. - **Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário - C.F., art. 5º, LXXV - mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido.** III. - **Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido.**

Da mesma forma decidiu o STF, também, no RE 219.117-4-PR, Rel. o Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão, DJ de 29.10.1999:

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATO DO PODER JUDICIÁRIO. **O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do poder judiciário, salvo os casos expressamente**

declarados em lei. Orientação assentada na jurisprudência do STF. Recurso conhecido e provido.

No voto do precitado Recurso Extraordinário, o Ministro Relator assim refere:

“[...] O magistrado na atividade jurisdicional exerce função decorrente da soberania, essa definida como o poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar as competências, entretanto, apesar de seu conceito puramente político revelar uma expressão de poder exercido indiscriminadamente, no Estado de Direito baliza-se seu exercício pelas normas jurídicas estabelecidas, as quais delineiam a forma e o exercício desse atributo indissociável do Estado, preservando, deste modo, os direitos fundamentais dos indivíduos. Direitos esses placitados, em regra, na carta constitucional, pedra angular do sistema jurídico pátrio, que erige no ápice do ordenamento jurídico, regras aptas a autodelimitar a atividade soberana do Estado, que desde que o entenda conveniente, pode assumir obrigações externas, como pode fixar regras jurídicas para aplicação interna, sujeitando-se voluntariamente às limitações impostas por essas normas. Assim, não há que se olvidar que a responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, seja uma norma autolimitadora da Soberania do Estado, que, reconhecendo a hipossuficiência do cidadão frente ao aparelho estatal, exija deste, comprovado o evento danoso, apenas o nexo de causalidade, no que demonstrado a concorrência da Administração Pública na consumação do prejuízo que repercute na esfera patrimonial do particular, compromete-se o Estado a indenizá-lo, perseguindo regressivamente o agente público que de alguma forma veio a causar o dano. Entretanto, inferir-se desse dispositivo constitucional a responsabilidade objetiva do Estado por erros judiciais, seria contrastar com a própria qualidade de Poder que permeia os órgãos judiciários, pois, ao exercer função que dimana da própria soberania, qual seja, decidir em última instância sobre a atributividade das normas, não iguala-se o juiz ao administrador, que, ao revés, exerce atos de execução lastreados pela legalidade, o que permite o amplo controle da atividade administrativa e a direta responsabilização do Estado pelo funcionamento deletério do serviço público. Nesse compasso, milita a doutrina majoritária trilhada por Hely Lopes Meirelles: “Para os atos administrativos já vimos que a regra constitucional é a responsabilidade objetiva da Administração. Mas, quanto aos atos legislativos e judiciais, a fazenda pública só responde mediante comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva. Essa distinção resulta do próprio texto constitucional que só se refere aos agentes administrativos (servidores), sem aludir aos agentes políticos (parlamentares e Magistrados), que não são servidores da administração pública, mas sim membros de Poderes do Estado.” (in Curso de Direito Administrativo, 19ª Edição, Editora Malheiros, pág. 563).

Isso significa, portanto, que, no caso em tela, não se trata de responsabilidade civil objetiva, mas, ao contrário, é caso de responsabilidade subjetiva, de modo a tornar necessária a apuração de culpa *lato sensu*.

Isso porque a responsabilidade objetiva, ou seja, aquela que independe de culpa, é exceção que se dá apenas nos casos especificados em lei, consoante o disposto no parágrafo único do art. 927 do NCC, o que não ocorre na presente demanda, pois a norma do art. 5º, LXXV, da CF, prevê o dever do Estado indenizar tão-somente quando efetivamente comprovado o erro judiciário, o qual depende de apuração de culpa.

DA NULIDADE DO ACÓRDÃO DA REVISÃO CRIMINAL QUANTO AO DEVER DE INDENIZAR

O acórdão que julgou a revisão criminal ajuizada pelo ora autor, por 4 X 3, entendeu por reconhecer o dever do Estado de indenizar.

Todavia, a referida decisão, no que concerne ao reconhecimento do dever de indenizar do Estado, é totalmente nula por falta de fundamentação.

Como se pode observar, o acórdão (fls. 108/119), com base no voto vencedor, proclamou a absolvição do ora autor, em razão de ter ruído um dos alicerces da condenação, qual seja, a comprovação de paternidade da prole decorrente da violência sexual, realizada por exame de Grupo Sanguíneo Eritrocitário, cuja probabilidade de acerto era de aproximadamente 62% (vale salientar que, à época da condenação, o exame de DNA era extremamente restrito e oneroso).

Entretanto, o aresto não traz nenhuma fundamentação no que diz respeito ao dever de indenizar, apenas aponta, em seu penúltimo parágrafo, que o dever do Estado de reparar o mal causado é consequência lógica.

Todavia, de acordo com o já explicitado, o erro judiciário depende de prova da culpa; do contrário, toda prisão cautelar cujo réu restasse absolvido ao final do processo geraria o dever de indenizar.

Não houve, porém, nenhuma fundamentação quanto à efetiva ocorrência de erro judiciário a embasar o reconhecimento do dever de indenizar do Estado, de modo que o referido acórdão é nulo, nesse aspecto, por violar diretamente o art. 93, IX, da Constituição Federal, devendo, portanto, ser afastado o reconhecimento prévio da responsabilidade civil do Estado, a qual deverá ser apurada e provada no presente processo.

DA NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 630 DO CPP PELA CF/88

Caso não seja acolhida a nulidade do acórdão no tocante ao dever de indenizar do Estado, por ausência de fundamentação, far-se-á mister a declaração de sua nulidade, quanto à obrigação de reparar os danos, em decorrência da não-recepção do art. 630 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988.

Isso porque o art. 630 do CPP prevê que o Tribunal poderá, no julgamento da revisão criminal, reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos, pela qual responderá o Estado, de acordo com o § 1º do art. 630 do CPP, se a condenação tiver sido proferida pela justiça respectiva.

No entanto, essa responsabilização do Estado é feita sem a sua participação no processo, violando frontalmente os incisos LIV e LV do art. 5º da CF, nos quais estão previstos, como direito fundamental, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

O que prevê o inciso LXXV do art. 5º da CF é o dever do Estado de indenizar o condenado por erro judiciário, o qual deve ser apurado em processo no qual sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa do Estado, bem como a comprovação de efetiva ocorrência do erro judiciário, o que não decorre da mera absolvição do réu.

Dessarte, o art. 630 do CPP, por contrariar frontalmente aos incisos LIV e LV do art. 5º da CF, não foi por esta recepcionado, de modo que o reconhecimento do dever de indenizar, sem a sua participação no processo, por ter vedado ao Estado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, é nula, devendo ser afastada.

Ademais, o referido reconhecimento prévio do dever de indenizar consiste em *res inter alios acta*, a qual não pode prejudicar nem beneficiar terceiros, segundo o princípio insculpido no art. 472 do CPC, não podendo, portanto, a decisão da revisão criminal aplicar prévia e inerte condenação ao Estado.

Diante do exposto, impende seja afastado o prévio reconhecimento da obrigação de indenizar, quer pela ausência de fundamentação (violação ao art. 93, IX, da CF), quer pela violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF), quer pela incompatibilidade do art. 630 do CPP com a CF/88, cuja consequência é a inconstitucionalidade do acórdão da revisão criminal no ponto impugnado.

DO MÉRITO:

BREVE RELATO DOS ATOS DO PROCESSO CRIMINAL

Em 05/04/1994, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul denunciou NOME OMITIDO em razão do cometimento do crime de estupro (art. 213 do CP).

Constituído por ele como seu defensor o advogado Nome Omitido, este renuncia (fl. 39)¹ antes de fazer defesa prévia.

O réu é intimado à fl. 40 para constituir novo defensor.

¹ Neste tópico, a numeração das folhas é a constante do processo criminal, a qual, embora recebam nova numeração as folhas constantes dos presentes autos, restará mantida no local de praxe (canto superior direito).

A seguir, em razão da manifestação do réu de que não tinha condições de pagar advogado, o Juiz nomeou-lhe (fl. 45), como defensor dativo, o advogado Nome Omitido, o qual apresentou defesa prévia à fl. 51.

Após ouvidos a vítima, o réu e as testemunhas, o Juiz (fl. 53v), em busca da verdade, entendeu ser necessária, ante a negativa de autoria do réu, a realização de exame hematológico, o qual não poderia ser suportado por este, em razão de sua condição social.

Diante disso, determinou a suspensão do processo por 30 dias a fim de verificar a possibilidade de o Tribunal de Justiça, por seu departamento médico, realizar o exame gratuitamente. Tais considerações partiram, também, em razão da informação trazida aos autos pelo Promotor de Justiça, o qual recebera o ofício da fl. 57, em que fora informado de que o departamento médico do TJRS retomaria as atividades de realização de exames de paternidade no prazo de 30 dias (referido ofício apenas refere exames de paternidade, não especificando qual tipo).

O Julgador consignou ainda que o acusado pensou em realizar exame às suas expensas, sem, contudo, ter condições sequer de constituir advogado.

Observe-se que, até então, o réu apenas manifestou a sua intenção de fazer exame de sangue quando perguntado em seu interrogatório à fl. 32.

Logo a seguir, à fl. 59, o Juiz expede ofício dirigido ao Presidente do TJRS solicitando informações acerca da realização de exame DNA.

Em resposta, à fl. 60, o departamento médico do Tribunal comunica que a perícia de investigação de paternidade pelo método GSE estava marcada, informado data, hora e local.

O resultado do referido exame foi juntado às fls. 65/67 dos autos do processo criminal. Nele consta, expressamente, que a probabilidade de exclusão de paternidade é de 60% (o exame de DNA, que somente começou a ser realizado pelo TJRS em 2001, tem probabilidade de acerto de aproximadamente 99%).

A perícia, então, conclui que a probabilidade negativa de paternidade era de 39,85%, de modo que **não era possível excluir a paternidade** por parte do acusado. Quanto à probabilidade positiva de paternidade (60,15%), concluiu-se que o resultado era a favor da paternidade, ressaltando que “para a decisão devem ser considerados outros elementos além destes testes”.

Como se pode ver na tabela da fl. 67, o resultado do exame levou à conclusão “a favor da paternidade”, sendo que poderia tê-la excluído totalmente ou apontado paternidade quase certa (99,9%).

Tendo vista do laudo, o réu manifesta-se à fl. 72, impugnando-o por não apresentar elementos que garantam ser o acusado pai do filho da vítima, alegando não haver elementos suficientes a ensejar a sua condenação e propugnando pela absolvição.

Em nenhum momento, nem diante do resultado do exame nem antes, o réu requer a realização de exame de DNA, a fim de desfazer a conclusão do laudo da fl. 65.

O Ministério Público (fls. 75/78), considerando os depoimentos da vítima e da testemunha, bem como o resultado do exame, que não afastou categoricamente a paternidade, requereu a procedência parcial da denúncia, para condená-lo pelo crime de estupro consumado e absolvê-lo pelo estupro tentado.

A defesa (fl. 80), em suas alegações finais, propugna pela absolvição em razão da ausência de provas, impugnando o resultado do exame, por não ser conclusivo, sem, contudo, requerer outro.

Por fim, o magistrado lança a sentença das fls. 82/89, em que fundamenta que o exame hematológico teve como conclusão que não se pode excluir a paternidade do acusado, sendo que, porém, com base na prova testemunhal e no depoimento da vítima, poder-se-ia concluir pela culpa do réu. O magistrado assim sustenta (fl. 32 dos presentes autos, 4º parágrafo):

“Embora cediço que o resultado da perícia hematológica, de forma isolada, no caso em tela, não tem o condão de apontar o réu como pai do filho da vítima, e, por suposto, autor do crime de estupro, tenho que a palavra da vítima, uma mulher honesta e de bons costumes, além de ser deficiente psíquica e física, tem relevante valor probatório, aliado ao depoimento de seus pais, e, principalmente, da testemunha Nome Omitido, que não tem nenhuma ligação com autor e vítima, sendo sua versão independente e desacompanhada de paixão.”

Intimado da sentença, o réu interpõe recurso de apelação, o qual não é recebido em razão da intempestividade. Embora tenha constituído seu novo procurador em 29/08/1995 (fl. 96) e o prazo para a interposição do recurso expirasse em 01/09/1995 (fl. 94), a apelação foi protocolada tão-somente em 04/09/1995 (fl. 95).

Veja-se que, até então, o réu estava em liberdade, apenas vindo a ser preso após certificado o trânsito em julgado (fls. 95 e 97).

DA AUSÊNCIA CULPA DO ÓRGÃO JURISDICIONAL

DA INEXISTÊNCIA DE EXAME DE DNA NO D.M.J DO TJRS ANTES DE 2001

Inicialmente, deve-se salientar que o exame de DNA, cujo resultado apresenta altíssima probabilidade de acerto, apenas foi implantado pelo Departamento Médico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul após o ano de 2001.

Tal fato pode ser comprovado por meio de depoimento do atual Diretor do Departamento Médico do TJRS (Nome Omitido), que também o era quando da implantação de convênio para a realização de exame de DNA pelo Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, em 2001.

Portanto, à época da solicitação do exame de investigação de paternidade pelo Juízo criminal a fim de elucidar o crime atribuído ao ora autor, ou seja, em 1995, o exame de DNA não estava disponível nos órgãos públicos do Estado do Rio Grande do Sul.

Esse fato pode ser comprovado, ainda, por meio de ofício ao TJRS a fim de que informe quando se implantou no referido órgão a realização de exame de DNA para investigação de paternidade.

Não houve, então, nenhuma recusa direcionada ao ora autor, mas, ao contrário, o referido exame não estava acessível, por meio de órgãos públicos, a ninguém. É de se salientar que, embora possivelmente o exame de DNA já existisse em outras sociedades, tal tecnologia genética apenas se tornou acessível no Brasil vários anos depois.

Dessa forma, não se pode atribuir culpa ao Estado por não fornecer um exame que nem mesmo estava disponível aos órgãos públicos para oferecimento à população.

DA INOCORRÊNCIA DE ERRO JUDICIÁRIO

Não houve, definitivamente, erro judiciário no presente caso.

Isso se pode concluir claramente dos seguintes elementos: (1) o julgador não embasou a condenação no exame de GSE, mas, apenas, utilizou-o como fundamento por não ter excluído a paternidade definitivamente; (2) a decisão está devidamente fundamentada, embasando a condenação na **não-exclusão** de paternidade pelo exame de sangue, no depoimento da vítima que apontou o acusado como autor da violência e, principalmente, no depoimento da testemunha; (3) não houve qualquer manifestação do réu posterior à realização do exame pedindo o teste de DNA; (4) foram observados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa do acusado; (5) não há nenhum indício de ter havido dolo ou culpa grave por parte do julgador ou do membro do MP; e, por fim, (6) não foi interposto, tempestivamente, recurso de apelação pelo réu a fim de buscar a revisão da sentença pelo Tribunal.

Primeiramente, como se pode ver claramente na sentença juntada às fls. 29/36 dos presentes autos, o julgador não embasou a condenação no exame de paternidade, mas, apenas, utilizou-o como fundamento por não ter excluído a paternidade definitivamente. Ao contrário de utilizar exclusivamente o resultado do exame, o embasou a condenação no depoimento da vítima que apontou o acusado como autor da violência e, principalmente, no depoimento da testemunha, terceiro sem nenhuma relação com o acusado ou com a vítima.

Isso é o que se verifica no trecho constante da fl. 32 (3º e 4º parágrafos):

“Foi determinada a realização de exame pericial no réu, vítima e seu filho, que seria resultado do estupro. Restou, como conclusão, que a probabilidade positiva de paternidade é de 60,15%, não se

podendo excluir o acusado da paternidade que lhe é atribuída. O laudo também assevera que, para decisão final, devem ser considerados outros elementos, além destes testes (fl. 66)."

"Embora cediço que o resultado da perícia hematológica, de forma isolada, no caso em tela, não tem o condão de apontar o réu como pai do filho da vítima, e, por suposto, autor do crime de estupro, tenho que a palavra da vítima, uma mulher honesta e de bons costumes, além de ser deficiente psíquica e física, tem relevante valor probatório, aliado ao depoimento de seus pais, e, principalmente, da testemunha Nome Omitido, que não tem nenhuma ligação com autor e vítima, sendo sua versão independente e desacompanhada de paixão."

Compulsando-se os autos do processo criminal, constata-se que a única manifestação do ora autor quanto ao exame de paternidade está em seu interrogatório (fl. 32v do processo criminal), não fazendo nenhum pedido expresso de realização de DNA, nem mesmo após ter vista do resultado do teste pelo método GSE.

Além disso, foram observados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa do acusado, o qual apresentou defesa prévia, bem como teve vista de todos os documentos, inclusive do resultado do exame de paternidade, e, ao final, apresentou suas razões finais (fl. 80 do processo criminal). Foram respeitados, assim, os preceitos constitucionais previstos nos incisos LIV e LV do art. 5º da CF.

Não há alegação de ter havido dolo ou culpa grave pelo julgador ou pelo membro do Ministério Público, muito menos qualquer indício de que tal fato tenha ocorrido, estando, portanto, totalmente excluído este requisito para a verificação do erro judiciário.

Por fim, não foi interposto, tempestivamente, recurso de apelação pelo réu a fim de buscar a revisão da sentença pelo Tribunal, de modo que o ora autor perdeu a oportunidade legal de recorrer, postulando a modificação dos eventuais erros de julgamento ou de procedimento que entendesse existentes na sua condenação.

Desse modo, ao deixar de recorrer, o acusado, em pé de igualdade com todos os outros réus processados criminalmente, acabou por tacitamente aceitar a decisão, não podendo, agora, atribuir exclusivamente ao Estado a responsabilidade pelos danos por ele sofridos.

Ante todo o exposto, resta evidente que não houve erro judiciário na condenação do ora autor pelo crime de estupro, não bastando a sua mera absolvição por ausência de provas, reconhecida no âmbito de revisão criminal, para conduzir à conclusão de que está presente a responsabilidade do Estado.

Em se tratando de responsabilidade subjetiva, para a configuração do erro judiciário faz-se mister a ocorrência de dolo, culpa grave, fraude ou má-fé por parte do julgador, o que não houve no caso concreto. Assim preleciona a seguinte ementa de julgado do TJRS:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PRISÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA. DANOS MORAIS INOCORRENTES. DANOS PESSOAIS NÃO DEMONS-

TRADOS. INÉPCIA. Trata-se de ação de indenização por danos morais decorrentes de prisão ilegal a que teria sido submetido o autor. Absolvição declarada em sede recursal. Situação em que a decisão do magistrado não se caracteriza como ilícito indenizável, tendo em vista o quadro indiciário à época da decretação da prisão preventiva do demandante. **Além disso, a responsabilidade do Estado por erro judicial não é objetiva (inaplicável o artigo 37, § 6º, da CF, mas sim o art. 5º, LXXV, do mesmo Diploma Legal). Assim, para que tal ato seja indenizável, tem-se entendido ser necessário que o magistrado tenha agido com culpa, dolo, fraude ou má-fé, ônus que incumbia ao demandante.** Nulidades da citação editalícia, e do laudo do exame de corpo de delito, não reconhecidas. Danos pessoais. Ausência. Inépcia da inicial declarada quanto a esse pedido. APELO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70014671119, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 03/08/2006)

DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

No entanto, caso entenda este juízo por acolher o pedido do autor, o que se admite apenas em razão do princípio da eventualidade, deve a indenização por danos morais e materiais ser reduzida.

Primeiramente, deve-se ressaltar que os precedentes trazidos pelo autor na inicial não podem servir de paradigma para o presente caso.

No caso apreciado pelo STJ no Recurso Especial 802.435, juntado pelo autor às fls. 41/67, a referida Corte, fazendo exceção ao seu entendimento unânime de reduzir as indenizações exorbitantes, manteve a condenação do Estado de Pernambuco a indenizar cidadão que foi mantido preso por quase 13 anos ininterruptos sem nem sequer ter havido condenação criminal.

No referido caso, não se trata de mero erro judiciário, pois, em verdade, o autor daquela demanda não foi nem mesmo processado, não havendo condenação criminal a sustentar a segregação por 13 anos.

Para agravar a exceção, o autor do caso paradigmático perdeu, no cárcere, a visão de um dos olhos, bem como contraiu tuberculose, o que lhe trouxe seqüelas físicas irreparáveis.

No caso em tela, entretanto, a seu turno, o ora autor apenas foi preso após o trânsito em julgado de sentença condenatória proferida em processo em que lhe foram assegurados o contraditório e a ampla defesa, estando devidamente fundamentada a decisão que o condenou.

Não há, portanto, como se comparar os casos, não servindo de norte o valor da indenização fixada naquele processo.

Para casos de dano de altíssima gravidade, como o é a perda da vida de ente próximo, ou a perda da liberdade, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado como indenização justa a quantia equivalente a não mais do que 100 salários mínimos.

Pode-se ver isso claramente no seguinte precedente em que o STJ reduziu, por desproporcional e irrazoável, o valor da indenização por danos morais decorrente de prisão ilegal:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

DANOS MORAIS. PRISÃO ILEGAL. CABIMENTO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO.

1. A indenização a título de danos morais deve ser estabelecida em termos razoáveis.

2. A indenização não pode ser instrumento de enriquecimento indevido. Contudo, deve ser suficiente para desestimular aquele que causou o dano, no sentido de que não venha a provocá-lo novamente.

3. Recurso especial provido.

(REsp 334781/PR, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03.05.2005, DJ 13.06.2005 p. 225)

No RESP acima citado, a indenização por danos morais decorrente da prisão indevida do autor foi reduzida de R\$ 100.000,00 para R\$ 50.000,00, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, considerando que **“a capacidade do Estado não é ilimitada” e que “o pagamento da indenização devida recai sobre o contribuinte, repercutindo diretamente no desempenho do Estado frente às necessidades da sociedade”**.

Pode-se citar, ainda, o RESP 658.547/CE, que trata de indenização por desaparecimento de preso político, situação de altíssima gravidade, em que o STJ reduziu a indenização fixada em R\$ 500.000,00 para o equivalente a 300 salários mínimos, o que, hoje, corresponderia a R\$ 114.000,00.

Desse modo, mostra-se absolutamente desproporcional o valor pretendido pelo autor a título de indenização por danos morais, o qual, se procedente (o que se admite *ad argumentandum tantum*), deve ser fixado em valor não superior a 100 salários mínimos, considerados os paradigmas citados.

DA DESPROPORCIONALIDADE ENTRE O GRAU DE EVENTUAL CULPA E A DIMENSÃO DO DANO

Inobstante isso, verifica-se, *ad argumentandum tantum*, que, se houve culpa do julgador, esta seria extremamente reduzida, de modo que haveria uma imensa desproporcionalidade entre a dimensão do dano e a gravidade de eventual culpa, devendo ser aplicado o disposto no parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002.

Predito dispositivo determina que **“se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”**.

Desse modo, visto que a dimensão do dano se mostra desproporcional com a gravidade da culpa (inocorrente) do juiz prolator da sentença, impende seja o valor de eventual condenação reduzido a patamares condizentes com a culpabilidade, sob pena de violação ao disposto no artigo citado, limitando-a a não mais do que 100 salários mínimos, valor de referência para danos de extrema gravidade.

DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS

O autor alega que, quando de sua prisão, trabalhava com carteira anotada, percebendo um salário mínimo mensal, sendo que foi dispensado de seu trabalho em razão da condenação a pena privativa da liberdade.

Contudo, tanto no depoimento do autor à polícia, quanto em seu interrogatório em juízo, este declara-se autônomo, quando perguntado sobre o local de trabalho (fls. 8 e 32 do processo criminal).

Como se pode ver, então, a cópia da Carteira de Trabalho juntada à fl. 40 é contraditória com a informação colhida quando da instauração do processo criminal.

Desse modo, faz-se mister a apresentação da carteira original, para que se verifique a titularidade do documento, bem como a sua autenticidade.

Inobstante isso, a referida indenização não é devida. Isso porque do contrato de trabalho (fl. 40) consta que o autor foi desligado da empresa em 10 de junho de 1995, sendo que a sua prisão foi decretada apenas em 05 de setembro de 1995 (fl. 97 do processo criminal).

Desse modo, não hánexo de causalidade entre a perda do emprego do autor e a sua prisão, não sendo devida a indenização pelo alegado dano decorrente da perda do emprego, ou seja, é improcedente o pedido de reparação pelo tempo que não contribuiu para a previdência social e pelos salários que deixou de receber, pois quando de sua prisão já não o fazia há, pelo menos, 3 meses (o que se admite apenas para argumentar, pois a anotação em sua CTPS é contraditória com suas alegações da época).

Deve, ainda, ser afastada a indenização por danos materiais, diante da indevida exigência do autor que afirma (fl. 08 dos presentes autos) ter deixado de receber 13 salários mínimos pelo período de 8 anos, quando, sabidamente, o autor apenas cumpriu 5 anos de reclusão, conforme consta do documento por ele mesmo juntado à fl. 75 dos presentes autos.

Por fim, é indevida a cobrança do valor despendido para efetuar exame de DNA para o fim de apurar investigação de paternidade, porquanto este é efetuado, gratuitamente, pelo Departamento Médico Judiciário do TJRS desde 2001, sendo que as notas das fls. 71/74 apontam como data de pagamento o ano de 2002.

DO PEDIDO:

Ante o exposto, o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL requer:

a) seja afastado o reconhecimento prévio do dever do Estado de indenizar, em razão de sua nulidade por violação ao disposto no inciso IX do art. 93 da CF, por ausência de fundamentação do acórdão da revisão criminal quanto a este ponto; ou

b) seja afastado o reconhecimento prévio do dever do Estado de indenizar por ser inconstitucional a sua condenação sem o devido processo legal, em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, por violação aos incisos LIV e LV do art. 5º da CF, bem como por estar a condenação calcada em dispositivo de lei não-recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (art. 630 do CPP); e

c) sejam julgados inteiramente improcedentes os pedidos (indenização por dano moral e material) da parte autora, em razão da inocorrência de erro judiciário; ou

d) seja, sucessivamente, **limitada** a indenização por danos morais em 100 salários mínimos, conforme a jurisprudência pacífica dos Tribunais e **afastada** a indenização por danos materiais consistentes na contribuição previdenciária e nos salários em razão do desemprego do autor no período de reclusão, bem como no pagamento de exame de DNA;

e) seja a parte autora condenada a arcar com os ônus da sucumbência;

f) seja permitida a produção de prova por todos os meios em direito admitidos, em especial o depoimento pessoal do autor e das testemunhas, cujo rol segue em anexo, ressalvada a possibilidade de indicação de novas testemunhas após a fixação dos pontos controvertidos.

Nesses termos,
provimento.

Santana do Livramento, 15 de julho de 2007.

Eduardo Cunha da Costa,

ROL DE TESTEMUNHAS:

NOMES OMITIDOS.



PARECERES



Parecer nº 15.298

CONSELHO ESTADUAL DE TRÂNSITO – CETRAN.
DEPÓSITO PRÉVIO DE VALOR DE MULTA DE TRÂNSITO COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO.
PROCEDIMENTO A SER ADOTADO EM FACE DA EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 21 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
CONSIDERAÇÕES.

1. Trata-se de consulta formulada pelo **Conselho Estadual de Trânsito – CETRAN, o qual indaga acerca do procedimento a ser adotado em virtude da novel Súmula Vinculante nº 21, editada pelo Supremo Tribunal Federal.**

Inicia o expediente administrativo manifestação subscrita pelo Presidente do CETRAN e sua Assessoria Jurídica, noticiando o recebimento de Mandado de Segurança preventivo que questiona o disposto no § 2º do art. 288 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB (fls. 02-03). Prescreve esse dispositivo:

“Art. 288. Das decisões da JARI cabe recurso a ser interposto, na forma do artigo seguinte, no prazo de trinta dias contado da publicação ou da notificação da decisão.

omissis

§ 2º. **No caso de penalidade de multa, o recurso interposto pelo responsável pela infração somente será admitido comprovado o recolhimento de seu valor.**” (Grifou-se)

Tal regra, consoante alegado no *mandamus*, atentaria contra decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Destaca o CETRAN, ainda, o posterior advento da Súmula Vinculante nº 21-STF – no sentido da inconstitucionalidade do recolhimento de dinheiro ou bens como condição de interposição de recurso administrativo –, bem como cita o disposto no art. 103-A da Constituição Federal – que dispõe sobre os efeitos subjetivos das Súmulas vinculantes.

Vem a presente consulta a esta Procuradoria-Geral, pois, a fim de que seja prestada orientação quanto à recente Súmula Vinculante nº 21, notadamente no que diz com aos atos a serem praticados por aquele Conselho de Trânsito.

Instruem os autos administrativos, além do citado pronunciamento do CETRAN, cópias de documentos do referido mandado de segurança preventivo (fl. 04-06 e 07-17), bem como manifestação da Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos (fls. 21-22).

É o relatório.

2. Prevê a Constituição da República:

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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 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.” (Grifou-se)

Já a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamenta esse art. 103-A, dispõe:

“Art. 4º A súmula com efeito vinculante **tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal**, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, **poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento**, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.” (Grifou-se)

De outra banda, determina a Súmula Vinculante nº 21:

“É **inconstitucional** a exigência de **depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens** para **admissibilidade de recurso administrativo**.” (Grifou-se)

Para mais detido exame da matéria, traz-se à colação a respectiva Proposta de Súmula:

“PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 21 DISTRITO FEDERAL O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE): Trata-se de proposta de súmula vinculante encaminhada pelo Plenário desta Corte, conforme decidido no julgamento do RE 388.359, entre outros precedentes (fl. 3), com as seguintes sugestões de enunciado:

É inconstitucional a exigência de depósito prévio ou de arrolamento prévio de bens como condição de admissibilidade de recurso na esfera administrativa. (Min. Ellen Gracie)

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. (min. Cezar Peluso)

Publicado o edital para ciência dos interessados em 22 de maio de 2009, manifestaram-se favoravelmente à edição de verbete a Confederação Nacional de Indústria (fls. 12 e 41) e a União (fls. 60-63).

Os membros da Comissão de Jurisprudência desta Corte pronunciaram-se pela adequação formal da proposta de edição de súmula vinculante (fls. 77/78).”

Traslada-se, por esclarecedores, os seguintes votos da proposição:

“O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhor Presidente, voto pela aprovação da súmula e registro que ela é bastante relevante e está a demonstrar a grande importância de se ter a existência do instituto da súmula vinculante com efeito no tocante à administração pública, que volta e meia procura estabelecer – por meio de decretos, resoluções ou decisões – a necessidade de depósito prévio para que o cidadão possa apresentar o seu recurso administrativo. Tive oportunidade de, muitas vezes, já tendo precedente desta Corte quando oficiava na Advocacia-Geral da União, evitar que saíssem atos normativos, atos administrativos, neste sentido.

Essa súmula mostra o caráter extremamente pedagógico, para o Estado brasileiro e para a administração pública, da utilidade da súmula vinculante contra a administração pública; grande relevo, pois alcança a defesa da cidadania e da Constituição, que busca garantir o exercício do recurso, independentemente da necessidade de depósito prévio.

Neste sentido, voto favoravelmente à súmula nos termos propostos pelo Ministro Cezar Peluso.”

“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, os precedentes mencionados implicaram, quanto aos julgamentos que deram origem a eles, a glosa de um vezo. De um vezo, adotado pelo Estado em algumas ocasiões, de ‘dar com uma mão e tirar com a outra’.

Há viabilização do recurso, mas desde que efetuado um depósito que, às vezes, impossibilitava, no tocante ao quantitativo, o exercício do direito de defesa no campo administrativo. Vem-nos do rol das garantias constitucionais que o direito de petição – e o vocábulo direito de petição tem sentido largo – é gratuito, não oneroso.

Existem precedentes – até de minha lavra – do Pleno sobre a matéria e, portanto, voto pela aprovação do verbete.”

E, com referência específica no que tange à matéria em exame, *verbis*:

“A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, quero apenas enfatizar que, na forma dos precedentes, quando se utiliza uma norma no singular, no caso uma súmula, todo e qualquer recurso administrativo, portanto, ainda que não seja de entidades da administração direta, mas também das indiretas – chamo a atenção, por exemplo, do caso do Detran, que normalmente exige que em qualquer penalidade parar qualquer processo se faça o depósito –, neste caso, nós estamos exatamente dando vinculação aos efeitos do que foi decidido.

Eu não só aprovo, como acho que, na esteira do que disse o Ministro Dias Toffoli, é exatamente para que se extingua uma determinada prática, que é essa da exigência para se discutir.”

Segue, por fim, o Extrato de Ata do referido verbete:

**“EXTRATO DE ATA
PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 21**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

PROPT. (S): SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Decisão:

O Tribunal, por unanimidade, acolheu e aprovou a proposta de edição da Súmula Vinculante nº 21, nos seguintes termos: **‘É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo’**. Voltou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Manifestou-se, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, justificadamente, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 29.10.2009.”

2.1. Posto está, com o novo entendimento entronizado pela Súmula Vinculante nº 21, resta elidida a exigência disposta no § 2º do art. 288 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB. O Conselho Estadual de Trânsito, assim, fica adstrito àquele *decisum* do Supremo Tribunal Federal, não podendo demandar o depósito prévio de multas de trânsito como requisito à admissibilidade de recursos administrativos.

Nesse sentido, para esclarecimento do consulente, quanto aos efeitos das súmulas vinculantes no que concerne a seus destinatários, ensina PEDRO LENZA:

“A partir da publicação do enunciado da súmula na imprensa oficial, ela terá **efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Assim, a vinculação repercute somente em relação ao **Poder Executivo** e aos **demais órgãos do Poder Judiciário**, não atingindo o Legislativo, sob pena de se configurar o **‘inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição’**, conforme anotado pelo Ministro Peluso na análise dos efeitos da ADI (**Rcl 2671, Inf. 386/STF**), nem mesmo em relação ao próprio STF, sob pena de se inviabilizar, como visto, a possibilidade de revisão e cancelamento de ofício pelo STF e, assim, a adequação da súmula à evolução social.” (*Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 13ª ed., 2009, p. 585) – (Grifos originais)

No que respeita à sua eficácia no tempo, lecionam FREDIE DIDIER e outros:

“O efeito vinculante se opera de imediato, a partir da publicação do enunciado em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o que deve ser feito dentro do prazo de 10 dias após a sessão em que foi ele

aprovado (art. 2º, § 4º, Lei Federal n. 11.417/2006). Mas é possível que o STF, por decisão de 2/3 dos seus membros, restrinja o efeito vinculante ou decida que só terá eficácia a partir de um momento posterior, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (art. 4º, Lei n. 11.417/2006). Como se vê, é possível que o STF module os efeitos do enunciado sumular, postergando sua eficácia vinculativa para o futuro.” (Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPODIVM, 4ª ed., 2009, p. 398)

No mesmo diapasão, ainda, MARCELO NOVELINO:

“Quanto ao *aspecto subjetivo*, a eficácia da súmula, tal como ocorre nas decisões proferidas no controle abstrato, **vincula apenas os demais órgãos judiciários e a Administração Pública, direta e indireta, de todas as unidades da federação**. Não vincula, portanto, o Poder Legislativo nem o próprio STF (art. 103-A).

No tocante ao *aspecto temporal*, a eficácia da súmula é, em regra, **imediate** (*ex nunc*), podendo ser definido um outro momento (*modulação dos efeitos temporais*) por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Na **hipótese de inobservância** ou aplicação indevida da súmula, o **ato administrativo poderá ser anulado** ou a decisão judicial poderá ser cassada pelo STF mediante reclamação (art. 103-A, § 3º).” (Direito Constitucional. São Paulo: Método, 2ª ed., 2008, p. 618). (Grifou-se)

Como se vê, a súmula vincula a Administração Pública direta e indireta, sua eficácia é imediata (tirante exceções), e é passível de anulação o ato administrativo que a desatender.

No caso em exame, a Súmula Vinculante nº 21 não teve sua eficácia diferida, postergada, pela Corte Suprema. Em outras palavras, não tendo havido a modulação de seus efeitos, irradiam-se eles desde a publicação do verbete nos veículos de imprensa oficial. Tendo sido aprovada em 29 de outubro de 2009 pelo Plenário da Corte, e publicada em 10 de novembro do mesmo ano no Diário Oficial da União e no Diário de Justiça eletrônico, **desde esta data está a Administração forçosamente submetida a seu comando**.

Em suma, forte no que dispõe o **inc. LV do art. 5º da Constituição Federal**, que garante, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, bem como no que preconiza o **inc. XXXIV do art. 5º da mesma Carta**, que assegura, em seu mais amplo aspecto, o direito de petição, reconheceu o Supremo Tribunal Federal ser inconstitucional um pressuposto obstativo do exercício pleno de tais direitos.

É o que conclui, aduza-se por derradeiro, precisamente quanto ao § 2º do art. 288 do Código de Trânsito Brasileiro, em face da Súmula Vinculante nº 21, JULYVER MODESTO DE ARAÚJO:

“Isto significa que, embora não tenha sido declarado formalmente inconstitucional, já que não foi promovida Ação Direta de Inconstitucionalidade

contra o dispositivo legal mencionado, sua eficácia restou prejudicada e, portanto, não se pode mais exigir o pagamento da multa de trânsito, para a apresentação de recursos em segunda instância (ao CONTRAN, CETRAN, CONTRANDIFE ou Colegiado especial, nos termos do artigo 289 do CTB).” (In “A Súmula vinculante nº 21 do STF e o amplo direito de defesa no trânsito”, www.direitonet.com.br/artigos, sic)

Em síntese, impende ao CETRAN – se ainda não o fez – suspender prontamente a exigência de qualquer depósito ou arrolamento prévio de dinheiro ou bens tendentes a viabilizar recursos administrativos de infrações de trânsito, adequando suas práticas ao verbete da Súmula Vinculante nº 21 da Corte Suprema.

Tal orientação, frise-se, **estende-se à admissibilidade de todos os recursos administrativos interpostos em face do Estado**, sendo vedada, por inconstitucional, aquela exigência.

É o parecer.

Porto Alegre, 24 de maio de 2010.

Maria Denise Vargas de Amorim
Procuradora do Estado

Processo nº 000816-24.44/10-4

Acolho as conclusões do PARECER nº 15.298, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria da Procuradora do Estado Doutora MARIA DENISE VARGAS DE AMORIM.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos.

Em 25 de agosto de 2010.

Eliana Soledade Graeff Martins,
Procuradora-Geral do Estado.

Parecer nº 15.465

PROCERGS. CAGE.

FORNECIMENTO DE DADOS À CAGE REFERENTES A CHAMADAS TELEFÔNICAS DE CELULAR REALIZADAS POR FUNCIONÁRIOS/DIRIGENTES DA COMPANHIA, POR MEIO DE APARELHOS E LINHAS DE PROPRIEDADE DA PROCERGS. QUEBRA DE SIGILO NÃO CARACTERIZADA.

1. Os dados cadastrais, como nome dos assinantes do serviço telefônico e as relações de chamadas feitas e recebidas, seus destinatários, duração e horários de realização, constituem-se em registros públicos de dados, não albergados pela proteção constitucional do art. 5º, XII, da CF, que constitui limitação objetiva à interceptação telefônica, isto é, à realização de escutas, à identificação do conteúdo de conversa das comunicações telefônicas.

2. Os telefones celulares entregues a dirigentes, funcionários e empregados de órgãos da Administração destinam-se exclusivamente ao objeto do serviço, não se admitindo ligações particulares, salvo se ressarcido o erário, posteriormente.

3. O controle interno exercido pela CAGE tem como limite, dentre outros, a proteção ao sigilo de dados. No entanto, no caso das ligações telefônicas realizadas em aparelhos de propriedade da Administração Pública Estadual, lícito é exigir a informação completa em relação aos números destinatários, porque, no caso, tais informações não ofendem o sigilo.

1. Trata-se de consulta formulada pelo Diretor-Presidente da Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul (PROCERGS), e acolhida pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado da Fazenda, nos seguintes termos (fl. 02):

Senhor Secretário:

Ao cumprimentá-lo, solicitamos a gentileza de Vossa Excelência encaminhar o presente processo para análise e manifestação da Procuradoria-Geral do Estado, tendo em vista a divergência de entendimento da nossa Assessoria Jurídica e a Contadoria-Geral do Estado – CAGE, sobre o fornecimento dos dados das ligações telefônicas.

A Diretoria da Companhia está preocupada com eventual responsabilização da mesma diante da divulgação de dados considerados confidenciais, especialmente de números de utilização de funcionários.

Outrossim, gostaríamos de posicionamento da PGE quanto à extensão da competência dos órgãos de controle interno e externo para auditar informações privadas de funcionários. (...)

Segue-se parecer ofertado pela Assessoria Jurídica da PROCERGS (fls. 03-11), que diz, em síntese: ser ilegal a exigência da CAGE de requisitar todos os dados telefônicos (no caso, a nota fiscal integral dos serviços telefônicos), já que

haveria, assim, ofensa à privacidade dos usuários de linhas telefônicas (os próprios funcionários e terceiros que contataram com eles); ser necessário, no caso, que se preserve o sigilo de dados; ser suficiente ao controle interno da CAGE que sejam fornecidos os valores gastos com os telefones celulares, e demasiada, afrontando o princípio da razoabilidade, a exigência de que também constem as faturas discriminadas com os números destinatários das ligações efetuadas. Anota, ainda, que o sigilo de dados telefônicos está abrangido pela proteção à intimidade e à privacidade, escudando-se em jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado e do Supremo Tribunal Federal.

Referido parecer já havia sido submetido à CAGE, como fundamento para a não disponibilização de informações a respeito de ligações telefônicas realizadas com telefones móveis (celulares) de propriedade da Companhia, por seus funcionários que os utilizam. A CAGE, por sua vez, em 30/01/2008, manifestou entendimento jurídico diverso e manteve a determinação de que os dados lhe fossem apresentados (fls. 12-19). Em síntese, o fundamento da CAGE reside no seguinte: é sua a competência prevista constitucionalmente de exercer controle interno (CE, art. 76); dentre suas competências previstas no Decreto Estadual nº 37.297/97, os incisos I, IX, XI e XIV do art. 13 dariam substrato jurídico à diligência determinada à PROCERGS; cabe-lhe, por força do Decreto Estadual nº 38.553/98, apontar os documentos que lhe deverão ser encaminhados para fins de exercício do controle interno; não foram solicitadas contas de telefones particulares dos funcionários e, tampouco, o conteúdo dos diálogos realizados com os telefones de propriedade da PROCERGS, estes sim acobertados pelo sigilo telefônico.

Constam, ainda, no expediente: cópia da Instrução de Serviço nº 002/2007, da PROCERGS, que trata de procedimentos relativos ao uso de telefones celulares (fls. 24-27); cópia de correspondência eletrônica havida entre CAGE e PROCERGS a respeito do tema (fls. 28-29); cópia da requisição de documentos nº 01/2007, da CAGE, dirigida à PROCERGS (fls. 30-31); Ordens de Serviço nº 21/2003-2006, 29/2003-2006 e 42/2003-2006, da Governadora do Estado, que dispõem sobre o uso de telefonia celular no âmbito da Administração Estadual (fls. 32-40).

Acolhida a sugestão do Sr. Diretor-Presidente da PROCERGS no sentido de que fosse ouvida a PGE sobre o tema, o expediente foi remetido a esta Casa pelo Secretário de Estado da Fazenda, Aod Cunha de Moraes Júnior.

Submetida à apreciação superior, o despacho exarado pelo então Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos, Dr. José Guilherme Kliemann, tem o seguinte teor:

Senhora Procuradora-Geral:

Tendo em consideração que à presente consulta pode ser conferida ampla abrangência à Administração, envolvendo questão pertinente a sigilo de dados, na mais das vezes controversa ou apta a divergentes posicionamentos, sendo elaborada pela Consultoria – PDPE minuta de parecer e não de informação, opino, com fundamento no art. 15, inc. V, da LC 11.742/2002, pela distribuição ao eg. Conselho Superior. À consideração de Vossa Excelência.

Acolhida a proposição, o expediente veio a mim distribuído por determinação da Exma. Sra. Procuradora-Geral do Estado, Dra. Eliana Soledade Graeff Martins, em 13.12.10.

É o relatório.

2. A consulta deve ser dividida em dois temas que se relacionam entre si: a amplitude do controle interno exercido pela CAGE e o sigilo de dados telefônicos.

Passemos ao primeiro.

2.1. Dos limites do Controle Interno exercido pela CAGE

As funções acometidas à Contadoria e Auditoria-Geral do Estado (CAGE) têm assento na Constituição Estadual, *verbis*:

Art. 76 - O sistema de controle interno previsto no art. 74 da Constituição Federal terá, no Estado, organização una e integrada, compondo órgão de contabilidade e auditoria-geral do Estado, com delegações junto às unidades administrativas dos três Poderes, tendo sua competência e quadro de pessoal definidos em lei.

Parágrafo único - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência, sob pena de responsabilidade, ao Tribunal de Contas do Estado, o qual comunicará a ocorrência, em caráter reservado, à Mesa da Assembléia Legislativa.

O dispositivo em testilha era regulamentado pelo Decreto Estadual nº 38.553/98¹, bem como pelo Decreto Estadual nº 37.297/97².

Com a edição da Lei Complementar nº 13.451, de 26 de abril de 2010, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado, as previsões contidas nos referidos Decretos Estaduais foram transportadas para esse novo estatuto legal.

Dito diploma, no seu art. 1º, reza que:

Art. 1.º A Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE, órgão de execução subordinado à Secretaria da Fazenda, instituição de caráter permanente vinculada ao interesse público como atividade essencial ao funcionamento do Estado, organizada sob a forma de sistema, obedecerá ao regime jurídico especial estabelecido por esta Lei Complementar.

Parágrafo único. A Contadoria e Auditoria-Geral do Estado - CAGE é o órgão central do sistema de controle interno do Estado, de que trata o art. 76 da Constituição Estadual, com funções institucionais junto aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e ao Ministério Público.

¹ Dá os delineamentos de atuação da CAGE.

² Dispõe sobre a estrutura básica da Secretaria da Fazenda.

Dentre suas funções institucionais estão elencadas, no artigo 2º, as seguintes:

I - exercer, a título de controle interno, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, dos órgãos da Administração Direta e das entidades da Administração Indireta e de quaisquer entidades que tenham recebido auxílios, contribuições ou subvenções do Estado, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade e demais princípios constitucionais;
 II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e à eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial no âmbito da Administração Pública Estadual, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

(....)

IX - realizar auditoria contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial na Administração Direta, nas autarquias, nas fundações de direito público e de direito privado, nas sociedades de economia mista e nas suas subsidiárias, bem como nas entidades de direito privado que apliquem recursos públicos, emitindo os respectivos relatórios e pareceres;

(...)

XII - exercer o controle sobre todos os atos daqueles que, a qualquer modo, arrecadem rendas, efetuem despesas ou administrem bens do Estado;

XXXV - exercer outras atribuições ou encargos que lhe sejam correlatos.

As normas acima transcritas, ao falarem de controle, geram um questionamento no intérprete acerca de quais seriam, então, os limites no exercício das atribuições conferidas à CAGE.

Revela-se importante, no enfileiramento do tema, decodificar alguns conceitos.

A palavra controle é de origem francesa (*contrôle*) e, por isso, sempre encontrou resistências entre os cultores do vernáculo. Mas, por ser intraduzível e insubstituível no seu significado vulgar ou técnico, incorporou-se definitivamente em nosso idioma, já constando dos modernos dicionários da Língua Portuguesa em suas várias acepções. E, no Direito Pátrio, o vocábulo *contrôle* foi introduzido e consagrado por Seabra Fagundes desde a publicação de sua insuperável monografia 'O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário' (1ª ed., 1941).³

Controle, em termos de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.⁴

A evolução do Estado e do poder estatal tem se dado para a criação de controles de toda a ordem. Faz parte da evolução do Estado de Direito e também integra as evoluções do Direito Administrativo. O Brasil caminha nesse sentido, sendo de assinalar a previsão de competências dirigidas a diferentes órgãos (PGE, CAGE, Tribunais de Contas, Ministério Público, Conselhos internos, etc.), ou mesmo diretamente ao cidadão (por exemplo, por intermédio da ação popular).

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 23ª ed., p. 544.

⁴ Idem, *ibidem*.

O controle da Administração Pública pode ter diferentes classificações, do que se poderia destacar: (a) quanto ao tipo: controle de contas (ou de gastos) ou controle de legalidade dos atos; (b) quanto ao momento: preventivo, também chamado de prévio (antes do ato administrativo), ou repressivo, também chamado de posterior (ao ato administrativo, evidentemente; anote-se que o controle posterior, em se tratando de irregularidades, é um dever do órgão e um direito do cidadão); (c) interno (realizado por órgão interno em relação ao Poder estatal a que pertence a autoridade que emite o ato controlado) ou externo (realizado por órgãos que pertencem a Poder estatal diverso em relação à autoridade que emite o ato controlado).

No caso da CAGE, o controle que realiza é o de gastos (mediante auditorias), podendo ser preventivo ou posterior, e interno. Por oposição, o Tribunal de Contas do Estado, embora realizando idênticas atividades, exerce o controle externo.

Os vetores constitucionais que orientam estas diferentes abordagens do controle da Administração são os princípios do art. 37 da CF, sobretudo os princípios da legalidade, da economicidade e da moralidade.

Segundo Flavio Sátiro Fernandes⁵, a subdivisão do controle de contas, atividade que, no âmbito interno da Administração Pública Estadual, é exercida pela CAGE, compreende: controle contábil, controle financeiro, controle orçamentário, controle patrimonial e controle operacional. Do mesmo autor, falando sobre o controle interno no âmbito federal (mas que serve perfeitamente para o presente caso⁶), colhe-se:

Por sua vez, o controle interno, que deve existir no âmbito da Administração, tem por finalidades:

I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos de governo e dos orçamentos da União;

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração Federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão constitucional. No desempenho de suas atribuições, que são mais de acompanhamento e de avaliação, o controle interno não substitui ou se sobrepõe ao controle externo, mas serve de apoio a este, obrigado, além disso, a dar conhecimento ao Tribunal de Contas correspondente de qualquer irregularidade ou ilegalidade, sob pena de responsabilidade solidária.

⁵ FERNANDES, Flávio Sátiro. Prestação de Contas – instrumento de transparência da Administração. **Revista de Informação Legislativa**, n. 127, jul-set, 1995, pp. 161-167.

⁶ O texto da Lei Complementar nº 13451/2010 é bem semelhante.

Assim, como se vê, muitas e importantes são as atribuições da CAGE no exercício do seu controle interno, cumprindo destacar que a fiscalização do adequado emprego do dinheiro público seria possivelmente a principal e o que permeia todas as suas competências.

Por outro lado, quanto aos seus limites, também se pode concluir das ponderações acima trazidas que, por exemplo, não tem ela a função de controlar a legalidade dos atos administrativos bem como dar aconselhamento jurídico ou tecer considerações que envolvam interpretação jurídica, uma vez que tais atribuições são afetas à PGE (CE, art. 115). Quando à Lei nº 13.451/10 faz menção expressa que lhe cabe “(...) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e à eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial no âmbito da Administração Pública Estadual (...)”, apenas está a dizer que a CAGE será o órgão que fiscalizará os resultados, a partir de orientação jurídica traçada, evidentemente, pela PGE.

Ademais, tampouco, pode, no exercício de suas atividades, exercer o controle violando determinações constitucionais ou legais que preservam os direitos fundamentais, ou realizar atividade que acarrete o exercício abusivo do direito. Este é o tema que terá que ser enfrentado no item seguinte.

2.2. Da distinção entre sigilo de dados e das comunicações telefônicas

O presente expediente põe em debate dúvida suscitada entre a Assessoria Jurídica da PROCERGS e a CAGE acerca de como deve ser interpretada a expressão ‘sigilo de dados’, inserta no texto da CF (art. 5º, XII), que assim reza:

Art. 5º.

(...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A Companhia de Processamento de Dados do Estado firma posição no sentido de que a divulgação dos dados contidos nas contas telefônicas dos funcionários ou dirigentes da Companhia está acobertada pelo sigilo, não estando a CAGE autorizada a solicitar tais informações, porque dito acesso só se dá mediante ordem judicial. A Contadoria e Auditoria-Geral do Estado, por seu turno, esboça outro entendimento sobre o tema, ao referir que a inviolabilidade do sigilo, ungi-do como preceito constitucional, restringe-se tão somente ao conteúdo e ao teor das comunicações telefônicas, não abrangendo, sob hipótese alguma, os dados dessas comunicações.

Trata-se de perquirir, a partir desse conflito de ideias, se os dados cadastrais (e.g. as relações de chamadas telefônicas efetuadas e recebidas, seus destinatários,

duração e horários da realização) constituem-se em registros de dados invioláveis, à luz da proteção que confere o dispositivo constitucional mencionado, quando assegura a inviolabilidade das comunicações telefônicas.

A distinção entre sigilo de dados (onde se incluem os registros telefônicos), e sigilo das comunicações telefônicas é imprescindível para o estudo. Colaciona-se, a propósito, os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes⁷, segundo o qual:

É preciso distinguir: uma coisa é a “comunicação telefônica em si”, outra bem diferente são os registros pertinentes às comunicações telefônicas, registros esses que são documentados e armazenados pela companhia, tais como: data da chamada telefônica, horário, número do telefone chamado, duração do uso, valor da chamada, etc. Pode-se dizer que esses registros configuram “dados” escritos correspondentes às comunicações telefônicas. Não são “dados” no sentido utilizado pela ciência da informática (“informação em forma codificada”), senão referências, registros de uma comunicação telefônica, que atestam sua existência, duração, destino, etc. Vêm estampados nas denominadas “contas telefônicas”, que também integram o amplo espectro da “privacidade” da pessoa.

A interceptação de uma comunicação telefônica versa sobre algo que está ocorrendo, atual; já a quebra do sigilo de dados telefônicos relaciona-se com chamadas telefônicas pretéritas, realizadas.

Da distinção supra, depreende-se, em consonância com o inciso XII do art. 5º da CF/88, que o fornecimento das informações requeridas pela CAGE não configura quebra de sigilo. E isso porque a situação aqui relatada não diz com interceptação da comunicação⁸, mas, sim, com obtenção de registros existentes na Companhia telefônica sobre os dados cadastrais dos usuários (no caso, servidores) que efetuaram as ligações.

Nesse particular, enfática a formulação de Luiz Francisco Torquato Avolio⁹, para quem:

Os dados referentes às ligações telefônicas de um indivíduo, contendo os dias, horários, duração e números das linhas chamadas ou das estações que efetuaram as ligações recebidas, integram a tutela de sua intimidade, não se submetendo, portanto, à disciplina das interceptações telefônicas (que, como entendemos, dizem respeito à possibilidade de devassa no conteúdo de uma conversa que está se desenvolvendo).

Portanto, o atendimento das informações requisitadas pelo órgão de controle interno do Estado – a Contadoria e Auditoria-Geral –, com vista à verificação de

⁷ GOMES, Luiz Flávio. A CPI e a quebra do sigilo telefônico. Disponível no endereço: <<http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m05-010.htm>>

⁸ A interceptação telefônica está disciplinada pela Lei 9.296/06.

⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas, interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 228-229.

eventual uso indevido das linhas de telefones móveis de propriedade da PROCERGS, não atenta contra o dispositivo constitucional que protege o sigilo de dados.

Também, não exige o direito positivo, em circunstâncias tais, que o acesso a tais dados só seja permitido por ordem judicial. Inaplicável, à espécie, o princípio da reserva de jurisdição. Tal postulado, segundo já assentou a Excelsa Corte, importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive aqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”. A cláusula constitucional da reserva da jurisdição – que incide sobre determinadas matérias – como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado.¹⁰

Desta feita, não se enquadrando a hipótese examinada neste expediente nas situações acima arroladas, desnecessário que os dados de que ora se cogita sejam alcançados pela via judicial. Evidentemente que – não havendo reserva de jurisdição quanto à matéria - a requisição das informações pode ser viabilizada em processos de natureza administrativa e a pedido de órgão (como é o caso da CAGE) com as atribuições de controle a ela inerentes.

Nesta PGE, o tema do sigilo de dados já foi examinado em situação um pouco distinta, no Parecer nº 14.628, de autoria da Procuradora do Estado Andrea Trachtenberg Campos, assim ementado:

DETRAN. Disponibilização de informações pessoais. Endereço.
Faz-se necessária a autorização judicial para que o DETRAN possa fornecer informações pessoais, solicitadas por terceiros, sob pena de atingir o direito fundamental à privacidade e o direito à inviolabilidade do sigilo de dados, assegurados, respectivamente, nos incisos X e XII do art. 5º da CF.

O caso ali tratado tinha uma diferença substancial em relação àquele aqui dissecado: cuidava-se, no precedente, de dados privados e em relação a bens privados; no presente caso, opostamente, trata-se de dados concernentes a bens públicos, que estão sob uso e guarda de determinadas pessoas – dirigentes, funcionários ou empregados, todos ligados à Administração Pública Estadual Direta ou Indireta.

¹⁰ BRASIL, STF, Tribunal Pleno, MS 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.99.

Por outro lado, oportuno referir que o acesso às reclamadas informações por parte da CAGE não atinge a esfera de intimidade dos envolvidos. O STF, como guardião da Constituição Federal, interpretando a proteção contida no artigo 5º, XII, da Carta Política, assentou que:

Não entendo que se cuide de garantia com *status* constitucional. Não se trata da 'intimidade' protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação 'de dados' e não os 'dados', o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse.¹¹

Nessa mesma linha de pensamento, colhe-se, por oportuna, a lição do Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Pelo sentido inextricavelmente comunicacional da convivência, a vida privada compõe, porém, um conjunto de situações que, usualmente, são informadas sem constrangimento. São dados que, embora privativos – como o nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial, etc, condicionam o próprio intercâmbio humano em sociedade, pois constituem elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura. Por isso a proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido. Assim, a inviolabilidade de dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos que convivem. **Dito de outro modo, os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relações de convivência privativas: a proteção é para elas, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação, etc.) não são protegidos.** Mas cadastros que envolvam relações de convivência privada (por exemplo, nas relações de clientela, desde quando é cliente, se a relação foi interrompida, as razões pelas quais isto ocorreu, quais os interesses peculiares do cliente, sua capacidade de satisfazer aqueles interesses, etc.) estão sob proteção. **Afinal, o risco à integridade moral do sujeito, objeto do direito à privacidade, não está no nome, mas na exploração do nome, não está nos elementos de identificação que condicionam as relações privadas, mas na apropriação dessas relações por terceiros a quem elas não dizem respeito.**¹² Grifei.

É bem verdade que a Lei Federal n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) garante ao usuário de linha telefônica privacidade nos documentos de cobrança, conforme dispositivos abaixo transcritos.

Art. 3º - O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

¹¹ BRASIL, STF, MS 21279-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU. 19.10.01.

¹² JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.** Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 88, São Paulo, 1983, p. 449.

I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;

(...)

V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas;

(...)

IX - ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço;

(...)

XII - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos.

Essa proteção, com a devida vênia, não tem o alcance que lhe quer emprestar a Assessoria Jurídica da PROCERGS. Não só pelas exaustivas razões até aqui delineadas, mas, especialmente, porque a situação em análise é bastante peculiar, do ponto de vista dos sujeitos envolvidos. Em primeiro lugar, há o proprietário do aparelho telefônico de telefonia móvel (celular), que é o órgão da Administração Pública (podendo ser uma Secretaria de Estado, ou uma empresa estatal); e, de outra parte, como os aparelhos celulares só podem ser usados por pessoa física, há o detentor do aparelho, que o utiliza para realização ou recebimento das chamadas.

Sendo a administração titular das linhas telefônicas disponibilizadas ao quadro de servidores da PROCERGS, não só pode, como de deve, por intermédio dos órgãos com atribuição legal para o controle, verificar se houve, no uso dessa ferramenta de trabalho, a destinação que lhe foi confiada por meio das respectivas ordens de serviço. Não desborda da competência da CAGE a verificação de eventual descontrole, bem como a ocorrência de excessos na utilização das linhas (fora do âmbito funcional, sem posterior ressarcimento à pessoa jurídica proprietária do aparelho e detentora do direito de uso da linha).

3. Em linha de conclusão, pode-se afirmar, seguramente, que a regra inserta no art. 5º, XII, da CF/88 constitui limitação objetiva à interceptação telefônica, isto é, à realização de escutas, à identificação do conteúdo de conversa das comunicações telefônicas. Não impede, contudo, no caso concreto, em se tratando de linhas telefônicas móveis de propriedade da Administração, o acesso a dados telefônicos, assim entendidos como a identificação dos dias, horários, números de telefone e duração das chamadas realizadas e recebidas em determinado terminal telefônico, por não haver, nessas circunstâncias, a chamada quebra de sigilo.

Assim, é lícito à CAGE exigir que lhe sejam prestadas as informações completas atinentes às ligações efetuadas pelos referidos aparelhos utilizados em objeto de serviço pelos servidores e dirigentes da PROCERGS, tal como constam das faturas emitidas pelas prestadoras dos serviços de telefonia.

É o parecer.
Porto Alegre, 1º de março de 2011.

Ana Cristina Brenner,
Conselheira do Conselho Superior da PGE.

Processo nº 000080-14.89/08-3

Acolho as conclusões do PARECER nº 15.465, do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado, de autoria da Procuradora do Estado Doutora ANA CRISTINA BRENNER, aprovado na sessão realizada no dia 28 de abril de 2011.

Em 24 de maio de 2011.

Bruno de Castro Winkler,
Procurador-Geral Adjunto
para Assuntos Jurídicos.

De acordo.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Fazenda.

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 pode ser acessado no site da Revista.

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;

e) as notas de rodapé devem adotar um dos sistemas previstos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (alfabético ou numérico) para fazer citações de obras consultadas. Se a opção for pelo alfabético, as referências devem ser ordenadas no final do artigo em uma única ordem alfabética. Mas caso a opção tenha sido pelo sistema numérico, as referências finais aparecem na mesma ordem numérica crescente;

f) a fonte das notas de rodapé devem vir no tipo Arial, estilo normal, tamanho 9, utilizando espaço simples entre linhas e alinhamento justificado e deverão ser colocadas ao pé da página de ocorrência.

g) as citações podem ser transcrições literais (citação direta) ou uma síntese do trecho que se quer citar (citação indireta). Tanto num caso como no outro, as fontes devem estar indicadas, não se admitindo transcrições sem a devida referência;

h) as citações diretas que ultrapassarem 5 linhas devem vir em um parágrafo especial, dispensando-se as aspas, separada do parágrafo anterior e posterior por uma linha a mais, fonte do tipo Arial, estilo normal, tamanho 11 e com recuo da margem esquerda igual ao dos parágrafos;

i) as referências bibliográficas seguirão, obrigatoriamente, as normas da ABNT vigentes. Todos(as) os(as) autores(as) citados(as) no texto, e somente estes(as), devem compor uma lista de referências, no final do texto. A exatidão e adequação destas referências são de exclusiva responsabilidade do(a)(s) autor(a)(es).

j) na primeira lauda do artigo, devem constar o título, nome completo do(s) autor(es), maior titulação acadêmica, vínculo institucional, endereço, números de telefones, fax e e-mail.

2.3 Os artigos devem possuir obrigatoriamente um resumo, no seu idioma original, com até 160 palavras, seguido de um conjunto de três a cinco palavras-chave, escritas com iniciais maiúsculas e separadas por ponto, também no idioma original do artigo. A tradução do resumo e das palavras-chave obedece ao seguinte critério: se o idioma do artigo for o português, a tradução será para o inglês (Abstract, Keywords); se for espanhol (Resumen), francês (Résumé) ou Inglês (Abstract), a tradução será para o português. O resumo deve explicar, em um único parágrafo, o(s) objetivos(s) pretendido(s), procurando justificar sua importância (sem incluir referências bibliográficas), os principais procedimentos adotados, os resultados mais expressivos e conclusões.

2.4 Resenhas, pontos de vista, assim como relatos, comentários e discussão de jurisprudências devem ter no máximo 10 (dez) laudas de igual formatação ao descrito no item 1.1.

2.5 Resumos de teses, dissertações e monografias – relacionados à temática central da revista – não devem exceder o espaço de uma lauda.

2.6 O título do artigo não deve exceder a 15 (quinze) palavras e deve vir acompanhado de sua tradução, seguindo o idioma selecionado para a tradução do resumo.

Disposições Gerais

O artigo deverá ser encaminhado ao Conselho Editorial pela via eletrônica (e-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br), ou através de disquete ou 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), 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(a).

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.

