

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
Centro de Ciências Jurídicas – CCJ
Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas

BRUNO DOMINGOS VIANA BATISTA

**CONSTITUCIONALISMO PROSPECTIVO NA DEFESA DO
DIREITO À SAÚDE: Requisitos para o Controle
Jurisdicional**

JOÃO PESSOA
2011

BRUNO DOMINGOS VIANA BATISTA

**CONSTITUCIONALISMO PROSPECTIVO NA DEFESA DO
DIREITO À SAÚDE: Requisitos para o Controle
Jurisdicional**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de mestre em direito à Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Centro de Ciências Jurídicas (CCJ), Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas, área de concentração Direitos Humanos, sob a orientação de Hertha Urquiza Baracho e co-orientação de Belinda Pereira da Cunha.

**JOÃO PESSOA
2011**

B333c Batista, Bruno Domingos Viana.
Constitucionalismo prospectivo na defesa do direito à saúde: requisitos para o controle jurisdicional / Bruno Domingos Viana Batista.- João Pessoa, 2011.
259f.
Orientadora: Hertha Urquiza Baracho
Co-orientadora: Belinda Pereira da Cunha
Tese (Doutorado) – UFPB/CCEN
1. Direitos Humanos. 2. Direito à saúde. 3. Acesso à justiça. 4. Controle jurisdicional.

UFPB/BC

CDU: 342.7(043)

BRUNO DOMINGOS VIANA BATISTA

**CONSTITUCIONALISMO PROSPECTIVO NA DEFESA DO
DIREITO À SAÚDE: Requisitos para o Controle
Jurisdicional**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de mestre em direito à Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Centro de Ciências Jurídicas (CCJ), Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas, área de concentração Direitos Humanos, sob a orientação de Hertha Urquiza Baracho e co-orientação de Belinda Pereira da Cunha.

João Pessoa, 27 de maio de 2011.

NOME	TITULAÇÃO	ASSINATURA	INSTITUIÇÃO
HERTHA URQUIZA BARACHO	DOUTORA		UFPB
BELINDA PEREIRA DA CUNHA	DOUTORA		UFPB
IRANICE GONÇALVES MUNIZ	DOUTORA		UNIPE

À Maria Lúcia Maranhão Nina Viana, da
primeira letra ao último ponto.

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos especiais à Hertha Baracho e Belinda Cunha, pela lição de humildade, caráter, dedicação e paciência, coisas que não se aprendem na sala de aula.

A Bartolomeu Azevedo Júnior, amigo e eterno professor de processo.

À Dra. Iranice Muniz e ao Dr. Fernando Vasconcelos pelas considerações construtivas.

A Eisenhower Pereira, Eduardo Rabenhorst, Miguel Alencar, Dimis Cobra e Nailson Júnior, pela preocupação de amigo.

A José Russo, Érico Desterro e Nasser Abraham, pelo exemplo de magistério.

Agradeço a todos os professores do mestrado da UFPB, sem os quais este trabalho não seria possível.

“Quem controla os controladores?”

(BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 31).

RESUMO

Trata-se de pesquisa que analisa a questão do controle judicial dos atos emanados pelo legislativo, executivo e judiciário cujas considerações teóricas são problematizadas na análise da arguição feita pela Fundação Nacional de Saúde, acerca da inaptidão do judiciário para o controle das ações dos “órgãos de poder”. Estuda-se o neoconstitucionalismo como marco temporal do positivismo na teoria constitucional do direito, entendendo a Constituição como documento normativo com força irradiadora para os conflitos minimamente relevantes e dotada de função prospectiva. O judiciário é apresentado como importante órgão estatal de interpretação constitucional em virtude de, por intermédio do controle de constitucionalidade, ser o responsável por proferir a última palavra acerca da constitucionalidade do ato jurídico. A “separação dos poderes” é abordada como técnica detentora da finalidade de assegurar a materialização dos direitos fundamentais pelo Estado, o que é viabilizado por intermédio da “harmonia dos órgãos de poder” nos estados onde se promove a dimensão ativa dos direitos fundamentais. Estuda-se a produção normativa pelo Estado como técnica integralmente vinculada à matéria estabelecida na Constituição, diferenciando-se a materialização da norma somente em relação às peculiaridades procedimentais do órgão materializador. Diz-se que a possibilidade financeira do Estado para financiamento do direito à saúde deve ser analisada em concreto pelo judiciário e que a prestação do serviço à saúde é indivisível entre os entes estatais. Atesta-se que o procedimento do processo civil viabiliza postura ativa do órgão de poder judiciário desde que atendido aos requisitos de cooperação, adaptabilidade e fundamentação racional. Relata-se o desenvolvimento procedimental de ação civil pública que está a tramitar na justiça federal da 1ª região, seção Amazonas, versando sobre o direito à saúde de cinquenta e seis aldeias indígenas, na qual se alega que o judiciário não possui poderes para tutelar o direito fundamental à saúde da coletividade demandante. Analisa-se o devido formalismo procedimental a considerar que os princípios da cooperação, da adaptabilidade e da fundamentação racional são requisitos de validade para o exercício do controle judicial de atos jurídicos fundamentados em políticas públicas, tendo como paradigma a Constituição brasileira sob a ótica neoconstitucionalista. Constata-se que o processo objeto de análise desenvolve-se dentro da estrutura de autolimitação do órgão judiciário, sendo as decisões judiciais nele proferidas constitucionalmente válidas no que concerne ao respeito à harmonia dos órgãos de poder por atender aos princípios da adaptabilidade, cooperação e fundamentação racional, justificando-se decisões “consequencialistas” pela natureza prospectiva da norma neoconstitucional.

Palavras-chave: Direito à saúde. Acesso à justiça. Controle Jurisdicional.

ABSTRACT

It's a research that examines the issue of the judicial review of acts performed by the legislative, executive and judiciary whose theoretical considerations are issued in the analysis of the argumentation made by Fundação Nacional de Saúde about the judiciary's inability to control the actions of the "organs of power". It's studied the neoconstitutionalism as timeframe of positivism in the constitutional theory of law, to understand the constitution as a normative document with radiation force to the minimally relevant conflicts and endowed with prospective function. The judiciary is presented as an important state agency of the constitutional interpretation because, through judicial review, it's responsible to say the last word about the constitutionality of the legal act. The "separation of powers" is discussed as a technique that holds the purpose of ensuring the realization of the fundamental rights by the state, which is funded through the "harmony of the organs of power" in states that promotes the active dimension of the fundamental rights. Studies the normative production by the state as technique integrally linked to the matter set forth in the Constitution, differentiating the materialization of the norm only in relation with the procedural peculiarities of the materializer state agency. Dictates that the state's financial ability to promote the right to health must be examined in concrete by the judiciary and that the provision of service to health is indivisible among state entities. Certifies that the proceeding of civil procedure enables active posture of the judiciary since it met the requirements of cooperation, adaptability and rational foundation. Report the procedural development of a public civil action that is running in the federal court of the first region, Amazonas section, which concerns about the right to health of fifty-six Indian villages, where it is alleged that the judiciary has no power to protect the fundamental right to health of the community applicant. Analyzes the procedural formalism due to consider the principles of cooperation, adaptability and rational reasons are valid requirements for the exercise of judicial review of legal acts based on public policy, with the Brazilian constitution as a paradigm from the perspective of the neoconstitutionalism. Appears that the process object of analysis is developed within the framework of self-limitation of the judiciary, to be the judicial decisions in it made, constitutionally valid in regard to the respect to the harmony of the organs of power to be to meet the principles of adaptability, cooperation and rational reasons, justifying "consequentialists" decisions by the prospective nature of the neoconstitutionalism standard.

Keywords: Right to health. Judicial access. Judicial Control.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 NEOCONSTITUCIONALISMO.....	5
2.1 A CONSTITUIÇÃO.....	5
2.2 A TEORIA	16
2.3 O JUDICIÁRIO	39
3 CONTROLE JUDICIAL DAS AÇÕES DOS ÓRGÃOS DE PODER.....	52
3.1 A SEPARAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE PODER	52
3.2 A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO.....	65
3.3 A SAÚDE E O CONTROLE JUDICIAL.....	103
4 DEVIDO NEOFORMALISMO PROCEDIMENTAL NO PROCESSO CIVIL.....	126
4.1 O PROCESSO DEVIDO	127
4.2 O FORMALISMO	146
4.3 A COOPERAÇÃO	150
4.4 A ADAPTABILIDADE	156
4.5 A FUNDAMENTAÇÃO CONSEQUENCIALISTA	173
5 A QUESTÃO DA APTIDÃO DO JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE DE URGÊNCIA DAS AÇÕES DO ESTADO	187
5.1 RELATÓRIO DO PROCESSO EM SEDE DE TUTELA DE URGÊNCIA	189
5.1.1 PETIÇÃO INICIAL	190
5.1.2 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE NATUREZA CAUTELAR.....	204
5.1.3 RESPOSTA DA UNIÃO ACERCA DA TUTELA DE URGÊNCIA	204
5.1.4 RESPOSTA DA FUNASA	205
5.1.5 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA “I” ACERCA DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ..	207
5.1.6 AGRAVO DE INSTRUMENTO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA “I” PELO MPF.....	209
5.1.7 RESPOSTA DE MANICORÉ	214
5.1.8 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA “II” ACERCA DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ..	214
5.1.9 AGRAVO DE INSTRUMENTO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA “II” PELO MPF.....	216
5.1.10 PETIÇÃO INTERMEDIÁRIA DA FUNASA.....	219
5.1.11 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA “III” ACERCA DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA	221
5.1.12 AGRAVO DE INSTRUMENTO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA “II” PELA FUNASA.....	221
5.2 ANÁLISE.....	222

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	239
REFERÊNCIAS.....	242

1 INTRODUÇÃO

As temáticas acerca dos direitos fundamentais e do papel do judiciário em defendê-los por intermédio do controle judicial das ações dos órgãos de poder é tema que engloba o estudo do Direito enquanto ideologia, teoria e método.

Este trabalho possui como objetivo analisar o questionamento acerca da inaptidão do judiciário para o exercício do controle das ações dos órgãos de poder. Ao se limitar no estudo do Direito sob a ótica da teoria neoconstitucional, delimita a abordagem do tema à questão da aptidão do processo civil brasileiro para o controle jurídico das ações dos órgãos de poder na tutela do direito fundamental à saúde.

Restringe-se à problemática da possibilidade do controle judicial das ações da autarquia Fundação Nacional de Saúde (Funasa), realizadas em função da defesa da saúde indígena pelas Casas de Saúde Indígena e pelo Distrito Sanitário Especial Indígena de Manaus, questionadas na ação civil pública materializada nos autos processuais n. 2008.32.00.002517-5, que tramitam na 4ª Vara Federal da seção judiciária do Amazonas do Tribunal Federal da 1ª Região.

Com o objetivo de responder à problemática de se ao judiciário compete o controle judicial das ações dos órgãos de poder, realizam-se três análises teóricas. Primeiro aborda-se a teoria neoconstitucionalista do direito com o intuito de estudar o paradigma do Estado Constitucional de irradiação das normas constitucionais às demais normas juntamente com a suposta questão da arbitrariedade e incerteza jurídica advinda do processo de constitucionalização realizado pelo judiciário.

Estuda-se, em continuidade, o controle judicial das ações dos órgãos de poder em função da defesa dos direitos fundamentais realizados em virtude da irradiação das normas constitucionais aos demais ramos jurídicos.

Em seguida, adentra-se na teoria do devido neoformalismo procedimental no processo civil brasileiro, estudando-o como estabelecedor dos requisitos de validade “cooperação”, “adaptabilidade” e “fundamentação” para o exercício válido do controle judicial das ações dos órgãos de poder, a contraditar as afirmações acerca da arbitrariedade do judiciário e incerteza das decisões judiciais postas no decorrer da pesquisa, concluindo o elo entre a tipologia de controle judicial das ações dos órgãos de poder e o neoconstitucionalismo.

Por fim, tendo em conta os resultados das análises jurídico-teóricas abordadas no decorrer do trabalho, descreve a questão da aptidão do controle das

ações da Funasa pelo judiciário por intermédio do procedimento formal desenvolvido no processo civil brasileiro, nos autos processuais n. 2008.32.00.002517-5, que tramitam na 4ª Vara Federal da seção judiciária do Amazonas do Tribunal Federal da 1ª Região.

Trata-se, quanto à natureza, de pesquisa aplicada, pois objetiva gerar conhecimento para a aplicação prática da solução do problema da arguição de inaptidão do judiciário para o controle das ações dos órgãos de poder, por ser, quanto à forma de abordagem, pesquisa qualitativa em virtude da interpretação do fenômeno e a atribuição de significados serem os focos básicos.

Consubstancia-se, quanto aos objetivos, em pesquisa exploratória, por almejar proporcionar familiaridade com o problema com vista a construir hipóteses, a adotar como procedimentos técnicos a pesquisa bibliográfica de doutrinas especializadas, a pesquisa documental de jurisprudências dos Tribunais brasileiros e o estudo de caso dos autos processuais n. 2008.32.00.002517-5, que tramitam na 4ª Vara Federal da seção judiciária do Amazonas do Tribunal Federal da 1ª Região.

A importância deste trabalho está em objetivar responder questionamento teórico-prático pressuposto a qualquer tema que verse acerca de temáticas relacionadas a ações de órgãos de poder no âmbito da ciência jurídica, que consiste em determinar se elas podem ser tuteladas pelo judiciário.

Não é preciso muito esforço para encontrar a vasta quantidade de alegações de pessoas jurídicas de direito público em processos judiciais cuja lide supostamente versa acerca de políticas, afirmando que o judiciário não é constitucionalmente legitimado para apreciar o tema posto em juízo. Porém, ainda que não fosse corriqueiro, mas eventual, a mera insurgência feita por pessoa jurídica de direito público, e nestes termos pública, com todo o ônus de representatividade que o termo público encerra, é por si só alarmante.

O problema agrava-se quando a afirmação é de que o judiciário não pode proteger questões de saúde, pois está intimamente relacionada com o valor vida, cuja proteção deve ser célere, sob pena de inutilidade de qualquer provimento final favorável a quem pleiteia a tutela judicial. O contraste da gravidade é inevitavelmente encontrado nos processos coletivos, onde o judiciário, em virtude do número de pessoas envolvidas, possui a maior possibilidade de visualizar a extensão do dano e da despesa para preveni-lo ou repará-lo.

A questão da razoável duração do processo com fins de efetividade da tutela dos direitos fundamentais transmuta o antigo pensamento acadêmico de que o estudo da proteção dos direitos fundamentais em juízo deve aguardar o provimento final com trânsito em julgado emanado pelo órgão de cúpula do órgão de poder judiciário, pois, ao valorizar a tutela útil imediata, desloca o plano de análise para o primeiro momento em que a execução da proteção do direito fundamental pode ser viabilizada pelo judiciário.

A utilidade e necessidade do estudo de ação judicial que está a tramitar no primeiro grau, sem sequer possuir sentença terminativa, tendo em conta que, após extenso lapso temporal quando, então, a ação eventualmente fosse julgada pelo Supremo Tribunal Federal, o conteúdo normativo do decisório seria passível de alteração advém da abordagem da garantia constitucional da tutela de urgência por intermédio da garantia do acesso à justiça.

O diferencial da tutela dos direitos fundamentais em perigo eminente – ou passíveis de serem aniquilados pela demora, notadamente no que concerne à proteção do direito à saúde –, é que, por estar protegendo direitos constitucionais de valor superior, o legislador infraconstitucional pondera o direito de propriedade ou liberdade da parte requerida em relação ao outro direito fundamental da parte requerente, permitindo, em determinados casos, a execução provisória de quantia, de entrega de coisa ou de ato específico (execução de quantia, de dar coisa certa e de fazer), por intermédio da antecipação dos efeitos da tutela.

A execução é supostamente dita como provisória por ser passível de reversibilidade integral, o que é raramente verídico quando se está a proteger o direito à saúde, pois o receptor do transplante de córnea não poderá devolver o olho transplantado ou o paciente beneficiado com o custeio de remédios que não integram a lista do SUS não poderá devolver os remédios tomados, razão pela qual o requisito da reversibilidade somente existe nos casos que versam acerca de pagar quantia, contudo, até, mesmo nesses casos, ele deve ser temperado, como se estudará no decorrer deste trabalho.

A solução, caso após o logo lapso temporal a decisão “provisória” seja alterada pelo Supremo Tribunal Federal ou outro órgão de cúpula do órgão de poder judiciário, será a análise das perdas e danos sofridos pelo Estado, culminando em obrigação de pagar quantia por parte do beneficiário da antecipação dos efeitos da tutela, o que demandará nova análise da questão pelo judiciário.

A percepção do valor cobrado somente ocorrerá quando estiver vigente nova lei orçamentária, logo o dinheiro gasto não será recuperado para atender à política do período a que foi originalmente destinado no orçamento, comprometendo o andamento político-financeiro do Estado.

Contudo, caso o direito fundamental não seja protegido de forma imediata, antes da sentença final, corre-se o risco de advir a inutilidade do provimento final, pela complicação do estado clínico do requerente ou, em casos extremos, pela morte do autor da demanda.

Eis o porquê de o momento ideal para se estudar a tutela do direito fundamental à saúde ser o momento em que o juízo de primeiro grau, em cognição sumária, muitas vezes com material probatório precário, vê-se obrigado a tomar decisão passível de irreversibilidade que poderá comprometer o direito fundamental à vida do cidadão ou a ordem político-econômica do Estado, demonstrando a importância de se estar a estudar processo que, a despeito de não possuir sentença final transitada em julgado, já está passível de execução, ainda que supostamente provisória para a teoria do processo.

A amostra escolhida como estudo tem utilidade institucional por atender ao requisito de regionalização da pesquisa, mas, acima de tudo, possui utilidade humanitária, vez que possui afirmação realizada por pessoa jurídica de direito público (Funasa) para influenciar na cognição do juízo no procedimento de tutela de urgência em processo coletivo cuja decisão significa a possibilidade ou não de o judiciário tutelar o direito à saúde de cinquenta e seis aldeias indígenas no Estado-membro brasileiro do Amazonas.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo representa paradigma ideológico, teórico e metodológico do direito a ter a constituição como epicentro que irradia força normativa para os demais ramos jurídicos.

Nesta seção aborda-se o papel da Constituição no neoconstitucionalismo – os sujeitos, a teoria e os sentidos do termo neoconstitucionalismo.

A importância desta seção para a pesquisa está em delimitar a teoria do direito na qual se desenvolverá a análise do tema acerca do controle judicial das políticas públicas.

Opta-se pelo neoconstitucionalismo em virtude de este, a princípio, servir como arcabouço teórico para a coordenação de funções dos órgãos de poder, o que permitiria ao judiciário exercer o controle sobre direitos fundamentados em políticas públicas.

2.1 A CONSTITUIÇÃO

O constitucionalismo brasileiro é a teoria do governo limitado por intermédio da coordenação finalística dos órgãos de poder do Estado com o intuito de garantir os direitos fundamentais.

Loewenstein¹ identifica o nascimento do constitucionalismo na antiguidade clássica com o Estado teocrático hebreu, limitado pelos dogmas da Bíblia. Afirma, também, que existiu na Grécia Estado político plenamente constitucional cuja forma de governo era a democracia constitucional, exemplificando com a Cidade-Estado de Atenas, detentora da Constituição de Sólon.

Enquanto o constitucionalismo hebreu apresentou a tendência de julgar os litígios por intermédio da técnica da análise de precedentes, trazendo princípios de segurança jurídica, demonstrou, em contrapartida, a tendência de empregar técnicas de constrangimento com o intuito de manter a coesão do grupo e os padrões de conduta da antiguidade², comprometendo o direito à liberdade.

¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 154, apud NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 50.

² BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10.

O constitucionalismo grego estabeleceu a prevalência da supremacia das decisões do parlamento, que, apesar de, em tese, refletir os anseios da democracia representativa, por ter sido levado ao extremo estabeleceu a possibilidade de modificação constitucional por intermédio de leis ordinárias, bem como a irresponsabilidade governamental dos detentores do poder, a comprometer o objetivo do governo limitado.

O objetivo de limitação do governo foi mais bem aplicado no constitucionalismo inglês que, desde a *Magna Charta*, de 1215, ao *Bill of Rights*, de 1689, construiu princípios de responsabilidade parlamentar do governo, independência do judiciário e importância das convenções constitucionais, contudo, mesmo este não se desenvolveu a ponto de englobar direitos sociais.

Independente do local de nascimento do constitucionalismo, Estado hebreu, Grécia ou Inglaterra, é cediço que cada civilização possuiu características próprias de constitucionalismos que fazem com que o conceito posto no primeiro parágrafo desta subseção não tenha sido aplicado de forma universal e integral, razão pela qual é apostado o adjetivo brasileiro.

Os ciclos constitucionais do constitucionalismo liberal clássico marcaram “o surgimento das primeiras constituições escritas, rígidas, dotadas de supremacia e orientadas por princípios decorrentes de conhecimentos teórico-científicos”³.

Acerca das constituições revolucionárias do século XVIII cita-se o constitucionalismo liberal clássico norte-americano, cuja constituição dotada de rigidez e supremacia estabeleceu as “regras do jogo”, apresentando os direitos fundamentais em grau normativo hierarquicamente superior e o judiciário com a capacidade para exercício do controle de constitucionalidade.

Em relação ao constitucionalismo francês, a constituição deixa de somente definir as regras do jogo, passando a participar ativamente dele condicionando ações políticas em numerosas matérias, norteando-se pela ideia de garantia dos direitos e de separação dos poderes.

O fim da Primeira Guerra inicia os ciclos do constitucionalismo moderno advindo do esgotamento fático da visão liberal⁴, surgem as constituições da democracia marxista e da democracia racionalizada – como exemplo desta última, a constituição mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919.

³ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 54.

⁴ Id., *ibid.*, p. 57.

O constitucionalismo brasileiro teve forte influência dos movimentos precedentes, mas possui características próprias que na fase contemporânea permitem que ele se destaque como novo constitucionalismo, mais comumente conhecido como neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo⁵ trata o direito como instrumento transformador, a pretender superar o debate entre positivistas e jusnaturalistas por intermédio da elaboração de nova teoria⁶, tendo como ponto central a Constituição e como marco histórico toda a passagem do século XX para o XXI⁷ e, conforme leciona Sanchís, ambientando-se em ordenamentos onde há:

Mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços extensos em favor da autonomia do legislador ordinário e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditórias, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um pequeno grupo de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas⁸.

Pozzolo⁹, adepta do positivismo jurídico, critica negativamente a centralização do neoconstitucionalismo na Constituição a pugnar pela valoração interpretativa em pé de igualdade entre esta e as outras normas do sistema positivo.

A justificativa advém do fato de que no mundo, segundo Pozzolo, existem Constituições boas e más, sendo ilegítima a aplicação do neoconstitucionalismo sob o prisma de constituições más consubstanciadas naquelas que não correspondem aos anseios democráticos do povo a quem ela é dirigida.

⁵ Cavalcanti Maia leciona que a rubrica “neoconstitucionalismo”, apontada para demarcar “um novo patamar na história do pensamento jurídico ocidental”, também tem sido chamada de “pós-positivismo”, “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos”, mas apresenta o pós-positivismo como momento de transição compreendido entre o positivismo e o neoconstitucionalismo, a ser o terceiro diferente dos dois primeiros. Cf. MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 215 e 227.

⁶ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., p.18.

⁷ Ribeiro Moreira vê o pós-guerra mundial apenas como o momento em que as transformações começaram a surgir, sendo toda a passagem do século o marco histórico do neoconstitucionalismo. Cf. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., p. 28.

⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2000, p. 132.

⁹ POZZOLO, Susanna. Un Constitucionalismo Ambiguo. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p.18.

Importante frisar que Pozzolo ao afirmar a existência de constituições boas ou más o faz em decorrência de acreditar que não se está a analisar a questão sobre o prisma da teoria do direito, mas da teoria política, como deixa transparecer, ao afirmar juntamente com Duarte, que “Nesse panorama, os problemas de ciência constitucional se transmudarão a problemas de política constitucional”¹⁰.

Porém, tal argumento não é suficiente para afastar a teoria neoconstitucional, pois esta não possui pretensões de universalidade, ou seja, não almeja ser teoria aplicada de forma irrestrita a todos os ordenamentos jurídicos admitindo-se a coexistência com outros modelos encontrados em Estados com organização diversa do Estado constitucional. A lecionar que o neoconstitucionalismo não é proposta eterna ou universal está Moreira:

[...] Não é eterna porque se inicia no começo do século XXI e pode, ao que tudo indica, perdurar pelos próximos ano, até que o mundo se modifique. Não é universal porque não pretende atingir a todos os países: exclui os países não democráticos ou os que confundem suas fontes normativo-constitucionais com fontes costumeiras e, principalmente, com fontes teológicas. Excluem-se, sobretudo, nações que detêm um sistema constitucional sem garantias ou em excessiva restrição aos direitos fundamentais, muitas vezes baseadas em cláusulas gerais de autoridade.¹¹

O neoconstitucionalismo admite a coexistência com outros modelos encontrados em Estados com organização diversa do Estado constitucional democrático, mas o que se quer ao adotá-lo como teoria particular do direito é permitir a criação de modelo teórico mais concreto e próximo da realidade vivida, até porque não existe, enquanto teoria, somente um constitucionalismo, mas vários movimentos constitucionais com especificidades nacionais que possuem momentos histórico-culturais de aproximação entre si¹².

Se, na conceituação de Canotilho¹³, o constitucionalismo seria a teoria que ergue o “princípio do governo limitado”, o constitucionalismo moderno, nos dizeres

¹⁰ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 22.

¹¹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 29.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 51.

¹³ Id., ib.

desse autor, seria a técnica específica de limitação do poder qualificada pelos fins garantísticos.

Esta limitação do poder com fins garantísticos somente existente no modelo de “constitucionalismo moderno”, o qual, em função da preocupação garantística, permite o florescimento do neoconstitucionalismo.

Cediço é que, caso ocorra a mudança do paradigma para a adoção de uma Constituição sem fim garantístico, se deve, concomitantemente, mudar também a teoria adotada para alguma diferente da neoconstitucional¹⁴, isto porque os direitos fundamentais e respectivos instrumentos garantísticos advindos daquele modelo são pressupostos para a materialização do modelo neoconstitucional, lecionando Peña Freire que:

[...] a efetividade do Estado constitucional e dos direitos fundamentais por ele consagrados somente deve ser valorada desde o contexto sócio-político atual que determina o referencial de legitimação, assentado historicamente, que dá sentido à própria Constituição e ao direito.¹⁵

A norma puramente estruturante do Estado do constitucionalismo clássico, sem fins garantísticos, limita-se a estabelecer a competência processual dos órgãos de poder, não determinando qualquer vinculação positiva¹⁶ ao conteúdo processualmente normatizado por eles.

Essa ampla margem de liberdade normativa a nível material impede o controle pelas ações que garantem a inviolabilidade de direitos fundamentais, como o mandado de segurança coletivo ou a própria ação ordinária, enquanto pautadas no direito fundamental ao acesso à justiça e à inviolabilidade de direitos¹⁷, impedindo a atuação dos tribunais constitucionais com poderes jurisdicionais.

A capacidade dos órgãos constitucionais, com fins de garantir o direito material é cânone do constitucionalismo moderno, pressuposto para nascimento do

¹⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 57.

¹⁵ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel apud DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo, Landy, 2006, p. 23.

¹⁶ A vinculação quanto ao conteúdo é no máximo negativa, no sentido de impedir a normatização acerca de determinada matéria.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 15.

novo modelo que, além de garantir o direito fundamental no presente, almeja nortear as ações para que ele seja passível de materialização no futuro.

Mas sem que sequer haja o fim garantístico no presente, então não há como aplicar o modelo neoconstitucional. Como o neoconstitucionalismo, enquanto teoria particular, somente pode ser aplicado em países com constituições garantísticas, caso estas não existam, o intérprete deve pautar-se pelos ditames do constitucionalismo clássico, principalmente no que concerne às fontes das normas e à teoria da interpretação, não se aplicando à teoria neoconstitucional.

Reafirma-se o papel da Constituição como epicentro normativo do neoconstitucionalismo, a qual é apresentada por Guastini¹⁸ positivista, com papel invasor e possuindo nítida a relação entre esta e as políticas públicas.

Porém, faz-se necessário reanálise teórica da abordagem positivista, pois, conforme reconhece Pozzolo¹⁹, não obstante seja contra a superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo²⁰, o direito do Estado Constitucional não está apto para “a aproximação rígida e pouco útil do método juspositivista, que acabaria por desatender as exigências da justiça (substancial e não meramente formal) que a realidade prática do direito levaria em si mesmo”²¹.

Sanchís, no mesmo sentido, leciona que “é difícil encontrar uma acomodação para os valores e princípios nos esquemas tradicionais mais ou menos herdados do positivismo”²².

Poder-se-ia argumentar em função das considerações de Pozzolo e Sanchís que se estaria a realizar críticas ao positivismo no plano da ideologia, não no plano da teoria como proposto neste trabalho, os quais são diferenciados por Bobbio em decorrência da aptidão do plano da ideologia para emitir juízos de valor, de certo ou errado, de bom ou mau, de conservador ou progressista, não de juízos de fato, de verdadeiro ou falso, como o faz o plano da teoria:

Remontando a distinção entre juízo de fato e juízo de valor (ver §33), dissemos que a teoria é a expressão da atitude puramente

¹⁸ GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” Del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 69.

¹⁹ POZZOLO, Susanna. Op. cit., p. 192-193.

²⁰ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006. Passim.

²¹ POZZOLO, Susanna. Op. cit., p. 192-193.

²² SANCHÍS, Luiz Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Distribuciones Fontamara, 1999, p. 33.

cognoscitiva que o homem assume perante uma certa realidade e é portanto, constituída por um conjunto de juízos de fato, que têm a única finalidade de informar os outros acerca da realidade. A ideologia, em vez disso, é a expressão do comportamento avaliativo que o homem assume face a uma realidade, juízos estes fundamentados no sistema de valores acolhido por aquele que o formula, e que têm o escopo de influírem sobre tal realidade²³.

Ato contínuo, se realizada a crítica ao positivismo no plano da ideologia, denominado por Bobbio²⁴ de “positivismo ético”, deve-se ter em conta a distinção entre a versão extremista, que prega a estatolatria e obediência cega e extrema às normas positivas emanadas do Estado, por elas serem em si um valor, e a versão moderada, que doutrina a obediência às normas por elas serem não um fim, mas somente meio necessário à materialização de valores maiores necessários para a manutenção do Estado liberal e não do Estado totalitário, lecionando Bobbio:

Também a versão moderada do positivismo ético afirma que o direito tem um valor enquanto tal, independentemente do seu conteúdo, mas não porque (como sustenta a versão extremista) seja sempre por si mesmo justo (ou com certeza o supremo valor ético) pelo simples fato de ser válido, mas porque é o meio necessário para realizar um certo valor, o da ordem (e a lei é a forma mais perfeita de direito, a que melhor realiza a ordem).²⁵

Diz-se isto porque a rigidez extrema afirmada por Pozzolo somente pode ser levada às últimas consequências quando aplicada ao positivismo ético extremista, o qual é de insustentabilidade prática. Note-se que nem Hobbes, defensor da obediência extrema ao soberano, estabeleceu dever de obediência à lei quando esta violasse o disposto nas leis da natureza:

[...] Já demonstrei antes no capítulo décimo quarto que são nulos os pactos que impedem um homem de defender o próprio corpo. Portanto, se o soberano ordena a um homem (embora condenado de forma justa) que se mate, se fira ou se mutile, ou não resista àqueles que o atacam, ou se abstenha do uso de alimento, do ar, de

²³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 223.

²⁴ Id., *ibid.*, p. 236.

²⁵ Id., *ibid.*, p. 230.

medicamentos ou de qualquer outra coisa sem a qual não possa viver, esse homem tem a liberdade de desobedecer.²⁶

Mas afirma-se que a questão é posta no plano da teoria justamente em função da centralização teórica na norma positiva constitucional, apta à análise de validade, e que, no caso brasileiro, é representação de caleidoscópio de valores que resultaram em documento normativo eclético trazendo para o plano da validade afirmações provenientes de ideologias muitas vezes contraditórias.

Assim, o que transmuda o estudo do constitucionalismo clássico do plano da ideologia para o da teoria é justamente a positivação dos valores na norma constitucional, caracterizada por Guastini como de aptidão invasora.

No que concerne ao neoconstitucionalismo, a afirmação de Sanchís de que há “Mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes”, bem como a caracterização realizada por Guastini²⁷, são o que contribuem para apresentar o neoconstitucionalismo como nova teoria.

Isto porque a norma constitucional traz para o plano da validade a irradiação normativa constitucional e a “normatização afirmativa”, advindas respectivamente da supremacia constitucional e da constatação de normas-princípios em torno da constelação plural de valores.

A onipresença da constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes alarga o espectro de pesquisa do intérprete neoconstitucional. Esta talvez seja uma das diferenças marcantes do neoconstitucionalismo em relação aos estudos realizados pelo constitucionalismo clássico e respectivas subdivisões advindas da concepção sociológica, política e jurídica da constituição.

A concepção sociológica publicada por Lassalle²⁸ em 1862, em conferência na Prússia, estabelece distinção entre a constituição escrita e a constituição real.

²⁶ HOBBS, Thomas. *O leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>; Acesso em: 09 Abr. 2010, p. 75.

²⁷ GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” Del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 69.

²⁸ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?url=http://professormota.yolasite.com/resources/O%2520QUE%2520%25C3%2589%2520UMA%2520CONSTITUICAO%2520-%2520F.%2520LASSALE.pdf>>; Acesso em: 16 jun. 2010.

A constituição real seria a soma dos fatores reais de poder que regem a nação. Estes fatores reais teriam fundamento sociológico nas forças mantenedoras do status quo jurídico. A constituição escrita, por seu turno, seria mera folha de papel que quando não correspondente aos fatores reais do poder estaria fadada ao fracasso, afirmando Lassalle:

Tenho demonstrado a relação que guardam entre si as duas Constituições de um país: essa Constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais e efetivos que regem a sociedade, e essa outra Constituição escrita, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar de folha de papel. [...] Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.²⁹

A concepção política, cujo expoente é Schmitt³⁰, doutrina no sentido de que o fundamento da constituição está na vontade política concreta que a antecede, não em si mesma ou em outras normas jurídicas, afirmando Schmitt que, no sentido positivo, somente seria constituição as normas que derivassem da decisão política fundamental acerca da existência política concreta do povo:

La Constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente. El Acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto constituye la forma y modo de la unidad política cuya existencia es anterior. No es, pues, que la unidad política surja porque se haya << dado una Constitución >>. La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. Esta forma se puede cambiar. Se pueden introducir fundamentalmente nuevas formas sin que el Estado, es decir, la unidad política del pueblo, cese. Pero siempre hay en el acto constituyente un sujeto capaz de obrar, que lo realiza con la voluntad de dar una Constitución. Tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma.³¹

²⁹ Id. ib.

³⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza editorial, 2003. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/22289415/Carl-Schmitt-Teoria-de-La-Constitucion> >; Acesso em: 17 maio 2010.

³¹ Id. ib.

Kelsen³², em contrapartida, defende que o jurista não deve procurar os fundamentos da constituição na sociologia ou na política, pois esta é puro “dever-ser” a estar inteiramente no plano jurídico.

Para a concepção jurídica, o fundamento de validade da constituição em sentido jurídico-positivo seria norma pressuposta hipoteticamente existente, fruto de convenção social com o comando de que “todos devem obedecer à constituição” em sentido jurídico-positivo, a qual, por seu turno, seria o conjunto de normas que regulam a produção de outras normas.

Hesse, em crítica direta à Lassalle, enfatiza a força normativa da constituição hábil a condicionar a realidade política e social, a não ser a constituição mero instrumento no jogo das forças políticas e pressões sociológicas.

A constituição então estaria em relação de coordenação com os demais fatores, não simplesmente em relação de dependência, como afirmou Lassalle e Schmitt, lecionando Hesse:

Não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.³³

A constituição era estudada como documento isolado desde Lassalle³⁴, o qual a analisava como reflexos de forças sociais, passando por Schmitt³⁵, que a entendia como mera carta política, e, finalmente, chegando a Kelsen³⁶ e Hesse, auferindo-lhe supremacia constitucional e força normativa. Principalmente no que diz respeito a Kelsen, a constituição era vista como documento normativo de função negativa, a estabelecer unicamente limites de atuação do Estado, sem qualquer determinação

³² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, passim.

³³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 32.

³⁴ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?url=http://professormota.yolasite.com/resources/O%2520QUE%2520%25C3%2589%2520UMA%2520CONSTITUICAO%2520-%2520F.%2520LASSALE.pdf>>; Acesso em: 16 Jun 2010.

³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

de prestações positivas. À constituição competia somente regular o processo de elaboração das demais fontes, mas o conteúdo deveria ser deixado à sorte das deliberações do legislador ordinário, lecionando Grau:

Mítica foi a Constituição Mexicana, de 1917, dedicando um longo capítulo à definição de princípios aplicáveis ao trabalho e à previdência social, sem porém institucionalizar os direitos que enunciou – atribuiu ao Congresso da União a emissão de leis que o fariam.³⁷

A constatação da supremacia da constituição foi de extrema importância para a fase neoconstitucional, mas a limitação da fase constitucional clássica em restringir a função da constituição à limitação do poder do estado acabou por estabelecer a supremacia daquela somente no plano processual formal legislativo e processual formal administrativo, sem estabelecer qualquer conexão direta com o conteúdo advindo das normas produzidas por esses processos.

Poder-se-ia argumentar que a primeira dimensão no plano interno dos direitos fundamentais, por tutelar a liberdade e a propriedade, estabelece conexão entre a constituição e direitos substanciais; todavia, essa afirmação somente é válida caso se parta do pressuposto de que a ausência de qualquer norma regulamentadora da propriedade e da liberdade a nível constitucional, significa a existência de elo, vez que estas eram livremente deixadas à sorte da às vezes aparente autonomia da vontade e das deliberações dos legisladores infraconstitucionais.

Cediço é que a máxima posta era a de que o Estado não poderia interferir na propriedade e na liberdade sem o devido processo constitucional legislativo, executivo ou judicial, tidos como devidos os processos elaborados nos limites das competências estabelecidas pela constituição, porém, quanto ao direito à propriedade e à liberdade, estes eram relegados à autonomia do particular ou do legislador ordinário, como dito.

Isso nos leva a afirmar que não existia a normatização da propriedade ou da liberdade a nível constitucional, até porque isto não competia à constituição já que a esta era destinada somente a função de limitar as ações dos órgãos de poder, não as do particular. O que existia, a nível constitucional, era somente a garantia limitadora dos poderes, ou seja, o direito fundamental ao processo devido.

³⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 41.

A falta de conexão entre a norma constitucional e os demais ramos jurídicos em virtude da falta de “força irradiadora” estratificou a unicidade do direito por intermédio da divisão científica elaborada com o objetivo de facilitar o estudo da norma pelas academias.

A própria garantia existente na constituição restou comprometida, pois o que era para de fato ser devido processo constitucional, tornou-se devido processo legal, vez que o instrumento limitador dos poderes ganhou a possibilidade de ser limitado por estes, o procedimento judicial passou a ser matéria autônoma e independente cuja forma foi relegada ao alvedrio do legislador ordinário.

O neoconstitucionalismo corrige esta pseudoindependência pela funcionalização das normas infraconstitucionais em relação à constituição que gera atividade prospectiva do intérprete.

O estabelecimento da função social à propriedade fez, inevitavelmente, com que os instrumentos protetivos e de transmissão também se socializassem, respectivamente o processo e o contrato se socializaram, até mesmo novos direitos foram inseridos, mas o que não se pode deixar de constatar é que isto tudo se deu em função de fator precedente, o alargamento do espectro de atuação da norma constitucional.

Para este trabalho tal constatação é de especial importância, pois falar de controle judicial das ações dos órgãos de poder, leia-se controle processual das ações dos órgãos de poder, seja entendendo esta forma de atuação como controle de políticas seja como controle de direitos, faz com que inevitavelmente deva-se ter em conta que, se adotado o neoconstitucionalismo como teoria do direito, então, ter-se-á como constitucional o estudo de todas as áreas jurídicas e a solução dos conflitos minimamente relevantes, possuindo como epicentro a norma constitucional.

2.2 A TEORIA

A norma constitucional é o epicentro do estudo de todo o ordenamento jurídico para o neoconstitucionalismo. Isto em termos práticos significa que todo estudo jurídico deve buscar o fundamento constitucional e, caso não o encontre, deve, então, pugnar pela inconstitucionalidade do ato analisado.

Importante frisar que se está a falar em Constituição no sentido formal, o complexo de regras e princípios inseridos no texto de forma expressa ou implícita.

A diferença classificatória entre normas substancialmente constitucionais e formalmente constitucionais advém da concepção política de Schmitt³⁸, para quem as primeiras seriam aquelas relacionadas à organização do Estado e aos direitos fundamentais do cidadão, incluindo os direitos políticos, enquanto as formalmente constitucionais, em sentido estrito, seriam as que, a despeito de não tratarem da organização do Estado nem de direitos fundamentais, estariam inseridas no texto constitucional.

Para o autor, as normas formalmente constitucionais em sentido estrito não teriam *status* de norma constitucional, podendo ser alteradas pelo legislador ordinário por intermédio do mesmo processo de modificação das demais leis, assim existindo na Constituição, quanto à mutabilidade, uma parte rígida, submetida a processo de reforma diferenciado e uma parte flexível cuja reforma seria feita por processo igual ao das leis ordinárias.

Toda norma inserida na Constituição brasileira, formal ou substancialmente constitucional, possui status de norma constitucional, submetendo-se quanto à mutabilidade a processo diferenciado de reforma formal e possuindo de maneira inerente supremacia sobre as demais normas.

A cognição acerca da constitucionalidade deve incidir sobre todo o complexo de normas formal e substancialmente constitucionais, sendo toda norma inserida no documento constitucional apta a servir como moldura para as demais normas do ordenamento.

A norma infraconstitucional, no momento da incidência desta sobre o fato natural tornando-o fato jurídico, serve como lente irradiadora da norma constitucional, objetivando amoldar os fatos aos fundamentos insculpidos na Constituição. A norma, então, é instrumento dos fins constitucionais.

A constituição brasileira é prospectiva e, na doutrina de Canotilho, dirigente. Afirma-se que é prospectiva em virtude de a “dirigência” dos atos tutelados ser posta em função dos objetivos futuros quistos para o Brasil pela ideologia que a promulgou.

³⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

Canotilho³⁹, ao referir-se acerca dos efeitos prospectivos o faz com abordagem diferente da proposta neste trabalho, pois aborda o efeito decorrente da decisão de anulação da norma inconstitucional, atribuindo-se à decisão eficácia *ex nunc*.

Não se está a referir à atribuição de eficácia *ex nunc* às decisões de controle de constitucionalidade, mas a objetivos fundamentais que, por serem prospectivos, fundamentam a modulação dos efeitos do ato anulado em *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*.

A ideologia constitucional, fruto da divergência e convergência de outras tantas ideologias, sintetiza-se nos fundamentos da República estabelecidos no art. 1º da Constituição, com a prospecção de que tudo nela posto seja com a finalidade de que os objetivos fundamentais existentes no art. 3º da Constituição sejam materializados no presente e no futuro.

O art. 225 é exemplo emblemático dos fins prospectivos da Constituição brasileira, ao determinar que se imponha ao poder público e à coletividade o dever de defender o ambiente para as presentes e futuras gerações.

A afirmação prospectiva de resguardo de determinados bens jurídicos não se restringe somente ao ambiente, mas a todos os demais princípios fundamentais instaurados na ordem constitucional, como a defesa da ordem econômica, assegurando-se que a geração futura terá estabilidade para os problemas do mercado e a defesa da ordem cultural, garantido a identidade cultural da geração por vir.

A função prospectiva, ganha contornos de garantia de direitos fundamentais, fundamentando a existência do subprincípio da continuidade da administração pública, normatizado de forma expressa em diversos artigos da Constituição (art. 241 da CRFB).

A prospecção de materialização do art. 3º, ao ser positivado, adentra no plano da validade jurídica, a sair do campo ideológico-político. Vira então direito positivo, a ser estudada no campo da teoria, com análise de válido ou inválido, não no campo da ideologia, como explicado na subseção anterior.

O dever validamente estabelecido pela Constituição de que os objetivos fundamentais devem ser alcançados, é refletido na elaboração e aplicação das leis

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 904.

infraconstitucionais, instrumento facilitador da materialização dos ditames constitucionais.

Reconhece-se que a doutrina especializada diverge especialmente no que diz respeito à abrangência do neoconstitucionalismo, estando o conceito e os contornos longe de pacificação. Contudo, identificam-se convergências de pensamento na abordagem do tema sob a perspectiva de que na teoria do direito há relativa aceitação quanto ao neoconstitucionalismo teórico⁴⁰.

Comanducci, por exemplo, estabelece a distinção entre constitucionalismo fraco e constitucionalismo forte. Leciona que o primeiro “é a ideologia que requer uma Constituição somente para limitar o poder existente, sem prever uma específica defesa dos direitos fundamentais”⁴¹, ao contrário do segundo que requer Constituição garantidora dos direitos fundamentais frente ao poder do Estado e, por fim, diferencia os dois modelos de constitucionalismo do neoconstitucionalismo.

Comanducci posiciona-se a favor do neoconstitucionalismo teórico, ao criticar o neoconstitucionalismo total alegando que o estudo do ponto de vista interno-moral compete a outras ciências sociais, mas conceitua o neoconstitucionalismo como a teoria que possui constituição invasora em virtude da positivação do catálogo de direitos fundamentais, da onipresença na constituição de princípios e regras, e de “algumas peculiaridades da interpretação e da aplicação das normas constitucionais com respeito à interpretação e à aplicação da lei”⁴².

A constante e ininterrupta aplicação normativa com vistas para a materialização dos objetivos futuros é o neoconstitucionalismo. Eis o porquê de Moreira doutrinarem que o neoconstitucionalismo é “teoria do direito preocupada em transformar o que não deve ser e com a pretensão de corrigir aquilo que racionalmente pode ser aperfeiçoado”⁴³, que possui estrutura construtivista, racional-ponderadora e argumentativa⁴⁴, conceituando-o como “teoria que se enquadra em um Estado em busca de efetividade e transformação, por meios racionais de correção, e em torno de uma identidade própria da Constituição”⁴⁵.

⁴⁰ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 21.

⁴¹ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: *Isonomia*, n.16, 2002, p. 77.

⁴² Id. ib., p. 83.

⁴³ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 18.

⁴⁴ Id., ibid.

⁴⁵ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., p.28.

A constituição é documento normativo aplicável dentro dos limites da jurisdição brasileira, que tem poder de substituir a vontade do particular com escopo de materialização do direito com fins sociais, conceituando Cintra, Grinover e Dinamarco acerca da jurisdição:

Que ela é uma função do Estado e mesmo monopólio estatal, já foi dito; resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)⁴⁶.

A materialização do direito por intermédio da criação e manutenção de órgãos estatais especializados com a destinação de recursos públicos, em regra tem como fim imediato a justa composição da lide⁴⁷, mas o fim mediato é a pacificação social e a materialização dos demais objetivos fundamentais da república brasileira, lecionando Cintra, Grinover e Dinamarco que se trata “de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado”⁴⁸.

A jurisdição é a manifestação do poder do Estado exercendo atividade criativa da norma individual do caso concreto, atividade esta que não é exclusiva da jurisdição enquanto manifestação do órgão de poder judiciário, mas está presente em tribunais administrativos. O que distingue a atividade jurisdicional do judiciário são as características de impossibilidade de controle externo e a aptidão para a coisa julgada material.

⁴⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 148.

⁴⁷ Perfilha-se o entendimento de que o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida não é essencial para a atividade jurisdicional, a ser por exemplo a jurisdição voluntária atividade jurisdicional propriamente dita, não configurando mera administração pública de interesses privados. Em sentido contrário, confira: CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. v.1.2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 55 a 63.

⁴⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p.149.

Frisa-se desde já que a jurisdição neoconstitucional é exercício de poder com fins preestipulados, fins estes que, no caso do neoconstitucionalismo, não visam apenas colocar a conduta no trilho, função dirigente, mas assegurar que futuramente a conduta não se descarrilará, inclusive por intermédio da garantia da existência futura de um trilho, função prospectiva.

Assim, em virtude de o exercício do poder neoconstitucional ser aplicado em função dos deveres de prospecção decorrentes de documento normativo brasileiro com poder de coerção somente no território brasileiro, pode-se falar então que se está a estudar a teoria do neoconstitucionalismo “brasileiro”.

Na subseção anterior explicou-se por intermédio da doutrina de Canotilho⁴⁹ que não existe um único constitucionalismo, mas vários movimentos constitucionais adaptados às conformidades do ordenamento constitucional de cada país, logo o neoconstitucionalismo é uma dessas teorias constitucionais adaptadas à realidade constitucional brasileira estabelecida pela Constituição de 1988.

Destaque-se que Moreira⁵⁰ estabelece dualidade entre os gêneros de teorias do direito (universais e particulares) e conceitua, de forma vaga, a espécie teoria do direito particular-individual como a que enxerga apenas os interesses nacionais, sem conceituar o seu oposto, que seria a teoria do direito particular-coletiva.

Defende em continuidade o neoconstitucionalismo por este não se tratar de modelo de teoria do direito particular-individual, pois, “apesar de não ser geral, serve para boa parte das nações ocidentais do mundo, desde que elas tenham condições fáticas e constitucionais avançadas”⁵¹, concluindo ser “demasiada miopia” trabalhar com o modelo particular-individual de teoria do direito.

Então, no que concerne ao neoconstitucionalismo brasileiro, este é especial e único por se basear em norma constitucional aplicável de forma exclusiva ao território brasileiro, enquadrando-se na categoria de teoria do direito particular. Contudo, em virtude de possuir similitudes com outros constitucionalismos de Estados democráticos a nível internacional, torna-se coletivo pela convergência internacional de interesses.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 51.

⁵⁰ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 29.

⁵¹ Id. *ibid.*

A característica de “coletividade” normativa permite a cessão a nível constitucional de parcela da jurisdição do Estado para organismos materializadores de direitos iguais ou similares aos previstos de forma prospectiva a nível interno pela norma neoconstitucional, a exemplo desta cessão de jurisdição está o artigo 5º, §2º, §3º e §4º da Constituição brasileira.

As “teorias tradicionais” do direito entendem a sociedade como homogênea, baseiam-se na ética monista, adotam como principal teoria do direito o positivismo (exclusivo⁵² ou inclusivo⁵³), que possui, sob a ótica da teoria da norma, conjunto de normas com configurações de regras, defende a existência do Estado de Direito com especial atenção ao Poder Judiciário e aos atos do poder público e existe a primazia da lei sobre as demais fontes tidas como secundárias⁵⁴.

O neoconstitucionalismo, por seu turno, doutrina Moreira⁵⁵, entende a sociedade como plural, baseia-se na ética construtivista com parâmetros de racionalidade prática e pretensão de correção, adota como teoria do direito o neoconstitucionalismo que possui sob a ótica da teoria da norma a primazia dos princípios preenchidos pela argumentação jurídica.

Porém, neste momento, é confortável dizer que não se pode comparar o neoconstitucionalismo ao juspositivismo nem ao jusnaturalismo, sendo compreensível, ainda, a aplicação do positivismo jurídico defendida por Duarte e Pozzolo⁵⁶, mesmo que, por razões diversas das deles, ao fazerem, contrapõe a primeira teoria à segunda.

Sucedo que o neoconstitucionalismo como exposto é teoria particular, aplicável a nível interno de Estados tendo em conta as constituições democráticas e prospectivas que almejam a materialização de direitos fundamentais cujas normas influenciam e são influenciadas pelo nível internacional de proteção aos direitos humanos.

O positivismo ou o naturalismo jurídico não são teorias do direito com pretensão de serem aplicadas a somente determinados países com determinadas

⁵² Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009; e BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2008.

⁵³ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁵⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: A invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 19.

⁵⁵ Id. ib., p.19.

⁵⁶ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006, Passim.

características, mas, ao contrário, possuem pretensão de universalidade, ao almejar explicar a teoria do direito de todos os países.

O neoconstitucionalismo, então, seria subteoria das teorias universais, assim como o constitucionalismo o foi. Cediço é que a polêmica acerca de qual teoria universal seria aplicável não desconstitui o neoconstitucionalismo, que pode conviver com qualquer delas, desde que aplicável as peculiaridades deste.

Mesmo que admitida a distinção feita por Aristóteles⁵⁷, no sentido de que o direito natural seria universal por ter eficácia em toda parte enquanto o direito positivo seria particular por ter eficácia somente nas comunidades onde fosse promulgado, isto também não invalidaria o neoconstitucionalismo, que ainda seria aplicado como subteoria daquelas com suas devidas adaptações.

Grócio⁵⁸ afirma que a principal distinção entre o direito natural e o positivo seria a fonte da qual emanam⁵⁹, sendo o direito natural proveniente da natureza racional do homem, enquanto o direito positivo advindo do poder civil, ou seja, posto pelo Estado⁶⁰.

Nesse ponto, mesmo que porventura se viesse a admitir algum direito não posto pelo Estado, como o costume, a Constituição, enquanto documento normativo por ele elaborado, enquadra-se na categoria de direito positivo; logo, o constitucionalismo, que estuda a constituição como fonte de direito positivo, é subteoria do próprio positivismo jurídico.

A constituição, reconhecida como documento jurídico, é fonte de qualificação por ser hierarquicamente superior às demais normas que seriam fonte de conhecimento. Eventualmente admitido, por exemplo, o costume como fonte do direito, este ainda estaria subordinado aos ditames constitucionais, norma positiva dentro do positivismo jurídico, corroborando para a afirmação de que se está dentro da teoria positiva do direito.

O reconhecimento do pensamento humano como hipotético que fundamentou Dworkin⁶¹ a tecer críticas à teoria das decisões do positivismo e possibilitou Reale⁶²

⁵⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 12.

⁵⁸ MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 73.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 21.

⁶⁰ Grócio também acrescenta como fonte do “direito voluntário” a família e a comunidade internacional, sendo que somente quanto a esta última acompanhamos o posicionamento do autor.

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35.

⁶² REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 64.

a afirmar que o direito é compreendido não apenas pela norma e pelo fato, mas pela valoração da norma sobre fato, são características marcantes do momento evolutivo do positivismo que se denominou de pós-positivismo.

Assim, se o pós-positivismo é momento histórico em que doutrinas e jurisprudências almejam a correção do positivismo pelo temperamento valorativo das leis, o neoconstitucionalismo seria então o pós-positivismo aplicado a nível constitucional, defendendo a existência do Estado Constitucional que acrescenta especial atenção para as emanações do poder constituinte e constituído e para o papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional estabelecendo primazia da Constituição e da jurisprudência emanada por este Tribunal.

Mazzarese⁶³ leciona que há três possíveis sentidos ao neoconstitucionalismo: o primeiro é referente ao traço caracterizador do ordenamento jurídico com um mais ou menos amplo elenco de direitos fundamentais; o segundo, ao modelo teórico do Direito; o terceiro indicaria “um modelo axiológico-normativo do direito, um modelo ideal ao qual o Direito positivo deveria tender”.

Os dois últimos sentidos do neoconstitucionalismo referem-se, respectivamente, ao neoconstitucionalismo enquanto teoria e ideologia. Ao referir-se ao neoconstitucionalismo como o traço caracterizador do ordenamento jurídico com amplo catálogo de direitos fundamentais, se está a denominá-lo enquanto teoria para o estudo do direito, juntamente com o segundo sentido, mais especificamente está-se a falar em relação à teoria da norma, espécie do gênero teoria do direito ao lado da teoria das fontes e teoria da interpretação.

Bobbio afirma que o método adotado pelo positivismo é o método científico, afirmando que como “a ciência consiste na descrição avaliatória da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo caso queira-se fazer ciência jurídica ou teoria do direito”⁶⁴, lecionando que, caso não o adotemos, estaremos a realizar filosofia ou ideologia do direito.

No que concerne ao método neoconstitucionalista, ou pós-positivo a nível constitucional, analisa-se a incidência normativa sobre o fato, assim como o faz o

⁶³ MAZZARESE, Tecla. *Appunti del corso di filosofia del diritto*. Proferido na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Brescia, 2000/2001 apud POZZOLO, Susanna. *Un Constitucionalismo Ambiguo*. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 18.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 238.

positivismo, mas esta análise leva em conta o complexo de direitos fundamentais existentes no ordenamento, tendo em conta o que a teoria neoconstitucional, não o método, estabelece para a análise das respectivas normas, principalmente no que concerne à colisão daquelas.

Apesar de se estar a estudar o neoconstitucionalismo enquanto teoria, diz-se que o seu estudo é feito utilizando o método científico, ou seja, o método positivista, já que a análise feita é sobre fatos, pois, como doutrina Bobbio, “a ideologia juspositivista pressupõe a teoria juspositivista e esta última pressupõe o método positivista”⁶⁵, ainda que os três sejam coisas distintas.

No que concerne à teoria, pode-se argumentar que em razão de a análise pelo judiciário ocorrer sobre fatos pretéritos postos nos autos, isto impediria a aplicação do traço caracterizador do neoconstitucionalismo que é a correção com fins de prospecção; contudo discorda-se disto, afirmando-se que a análise somente de fatos pretéritos é garantia constitucional que inclusive faz parte do neoconstitucionalismo, apesar de não ser exclusivo dele.

O judiciário não é órgão consultivo. Quando decide, o faz baseando-se em fatos não em conjecturas, especialmente no que concerne às ações de certificação do direito, gênero do qual é espécie a ação condenatória e a declaratória pura, nas quais se almeja a declaração de existência ou inexistência do direito para, conforme o caso, possibilitar a materialização do direito por intermédio da execução.

Esta declaração acerca da existência ou inexistência da relação jurídica de direito material entre as partes do processo tem como base as provas postas no processo até o momento da publicação da sentença (art. 162, §1º do CPC). Não há, portanto, como o juiz decidir baseando-se em fato futuro.

A decisão em função de fato futuro se pauta pela ideia de que o réu em momento posterior indeterminado irá cometer ato ilícito e violar o direito do autor. Isto viola o direito fundamental de presunção de não culpa, que possui disposição expressa para a seara penal no art. 5º, LVII da CRFB, mas pode ser estendida para todo o ordenamento em função da unicidade do direito, desde que admitido como direito fundamental implícito de que a pessoa não será condenada por ação que ainda não cometeu.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 234.

A seara do processo civil constitucional engloba não apenas a materialização da norma jurídica do caso concreto de, por exemplo, princípios da ordem econômica advindos da relação entre particulares, mas da relação destes com o poder público (ex: defesa do ambiente, art. 170, VI da CRFB) e dos entes públicos entre si (ex: redução das desigualdades regionais, art. 170, VII da CRFB).

Abordando temas que vão desde questões tributárias e administrativas à responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, o processo civil constitucional é estruturado para a apta resposta da existência do fato, não da provável futura superveniência deste.

Explica-se que o processo, enquanto instrumento, tem como objetivo mediato a pacificação social, que quando advinda pela justa composição da lide, pressupõe a cognição de elementos do direito material para o julgamento de procedência ou improcedência, conforme o caso.

Em regra, na responsabilidade civil do particular, perquire-se acerca da existência pretérita de fato danoso, ação em sentido amplo culposa e nexos de causalidade entre o primeiro e a segunda. Mesmo em relação à teoria do risco integral (art. 21, XXIII, “c”, da CRFB), que pressupõe somente a existência de fato pretérito danoso, a análise é acerca de fato que já ocorreu até o momento da prolação da sentença⁶⁶.

Ocorre que todo ato jurídico produz efeitos a despeito da validade. A análise acerca da validade, como o controle de constitucionalidade⁶⁷, possui natureza constitutiva, servindo para criar, modificar ou extinguir estados jurídicos, note que esta análise é feita sobre ato já existente que, salvo quando sujeito a termo ou condição suspensiva (arts. 121 e 131 do CC), surte efeitos desde a existência, ressalvando Canotilho quando a teoria é aplicada ao controle de constitucionalidade:

Como se acaba de explicar, o controlo concentrado, de acordo com as premissas teórico-jurídicas de Kelsen e de Merkl, parte da ideia de as “leis inconstitucionais” deverem ser consideradas como “leis constitucionais” até serem eliminadas do ordenamento jurídico por

⁶⁶ O substantivo “existência” é propositadamente repetido em virtude de estar a ser empregado na acepção técnica da teoria do fato jurídico, realizando alusão ao plano de existência, o qual, juntamente com o plano da validade e da eficácia, torna o ato jurídico existente, válido e eficaz.

⁶⁷ OLIVEIRA, Aline Lima de. *A limitação dos efeitos temporais da declaração de (In)constitucionalidade no Brasil: Uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão*. Porto Alegre: Edipuc, 2008, p. 25. Disponível em: <<http://books.google.com/books?id=3bomippg9A8C&lpg=PP1&hl=pt-BR&pg=PP1#v=onepage&q&f=false>>; Acesso em: 08 Abr. 2010.

um órgão jurisdicional especial através de um “processo de cassação de normas” também específico. Esta doutrina é hoje recolhida pelos autores que opõem à tese clássica da “nulidade da lei inconstitucional” a tese da “declaração de invalidade”.⁶⁸

Ato contínuo, apenas pode-se invalidar atos que existem. Caso não existam, sequer podem ser invalidados. Melo considera erro a invalidação de ato jurídico considerando-o “inexistente”:

(a) Primeiro, por considerá-lo uma categoria jurídica, quando se trata, na realidade, de mera situação fática exatamente porque o ato não chegou a entrar no mundo do direito por não se haver realizado, suficiente, o seu suporte fático; inexistência é conceito próprio do mundo dos fatos, jamais do mundo jurídico. (b) Segundo, pela exigência de que o ato inexistente terá de ser desconstituído judicialmente. O que não é não precisa ser desfeito (desconstituído), precisamente porque nunca existiu, nunca foi. Pode haver necessidade de declaração da inexistência, não, porém, de desconstituição.⁶⁹

São os efeitos do ato jurídico pretérito que, quando levados à apreciação do judiciário, tornam-se objeto da análise prospectiva da teoria neoconstitucional brasileira, realizada em função dos objetivos fundamentais sintetizados no art. 3º da Constituição.

A análise somente sobre fatos pretéritos tem importante papel no controle de constitucionalidade das leis, evitando inclusive eventual fossilização da constituição advinda do efeito vinculante, caracterizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como a perda da “flexibilidade e abertura” do documento normativo voltado para o futuro:

As constituições, enquanto planos normativos voltados para o futuro, não podem de maneira nenhuma perder a sua flexibilidade e abertura. Naturalmente e na medida do possível, convém salvaguardar a continuidade dos *standards* jurisprudenciais: alterações de rota, decisões de *overruling* demasiado repentinas e brutais contrastam com a própria noção de jurisdição. A percepção da continuidade como um valor não deve, porém, significar uma

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 905.

⁶⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 57-56.

visão petrificada da jurisprudência ou uma indisponibilidade dos tribunais para atender às solicitações provenientes do ambiente.⁷⁰

A lei n. 9.868/99 estabelece no art. 24, parágrafo único que as decisões acerca da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade “têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”, doutrinando Novelino que:

(I) no aspecto subjetivo enquanto a eficácia “erga omnes” atinge tanto os particulares quanto os poderes públicos, o *efeito vinculante* possui uma menor amplitude subjetiva, por atingir apenas os poderes públicos, com exceção do Legislativo e do próprio STF; (II) no aspecto objetivo, a eficácia “erga omnes” se refere apenas ao *dispositivo* da decisão, quanto os *fundamentos* ou *motivos determinantes* (teoria extensiva), visando conferir maior eficácia às decisões do Supremo Tribunal Federal e a preservar a força normativa da Constituição; [...].⁷¹

Este efeito vinculante da decisão é efeito natural de toda e qualquer decisão proferida por órgão do poder judiciário, desde que se limite às partes do conflito e ao âmbito hierárquico do judiciário.

Assim, a decisão proferida por Tribunal em julgamento do recurso de apelação que invalida sentença ordenando que nova decisão seja proferida tem efeito vinculante ao juízo de 1º grau que proferiu a decisão, bem como às partes.

O efeito vinculante, contudo, pode existir não apenas para a norma individual do caso concreto (dispositivo da sentença), como no caso do julgamento da apelação, mas em casos especiais de controle de constitucionalidade também existe em relação à norma geral do caso concreto – existente nas razões da decisão – criada no acórdão judicial.

Decisão proferida pelo órgão especial de Tribunal (art. 93, XI da CRFB) acerca da constitucionalidade de determinado fato gera norma geral vinculante para todos os órgãos hierarquicamente inferiores e para as demais câmaras do Tribunal.

A peculiaridade da decisão com cognição exauriente proferida em sede de controle de constitucionalidade pelo STF é a “transcendência vinculante dos motivos” da decisão não apenas no âmbito do judiciário, mas da administração pública em geral, transcendência esta reconhecida em jurisprudência:

⁷⁰ STF. Rcl (Agr) 2.617/MG. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ 03/03/2005.

⁷¹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 232.

Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação que se julga procedente.⁷²

Este efeito de vinculação da *ratio decidendi* também poderia servir como argumento de que se faz análise de fatos futuros, mas reafirma-se que isto não acontece e, além de não acontecer, também contribui para a não fossilização da constituição.

No que concerne ao dispositivo da decisão, a análise de fatos pretéritos torna-se óbvia, pois quando “A” viola norma constitucional “X” em relação à coletividade diz-se que o ato pretérito de “A” é inconstitucional, funcionando aos moldes eficazes para as partes no procedimento processual ordinário, com a diferença que uma das partes no procedimento constitucional de controle concentrado no Supremo Tribunal é toda a coletividade, logo, possuindo eficácia contra todos⁷³.

Quanto às razões da decisão, ou seja, os fundamentos do acórdão, onde o juiz analisará as questões de fato e de direito (art. 458, II do CPC), cria-se a norma geral no sentido de que “toda vez que alguém violar a norma ‘X’ esta atitude será inconstitucional”, porém esta norma geral é “fundamentada” em decorrência do fato pretérito da violação da norma “X” por “A”.

A vinculação, por seu turno, limita-se ao âmbito do Estado, por ter sido a cúpula do órgão de poder do próprio Estado quem proferiu a decisão, conseqüentemente, se a decisão foi proferida pelo Estado então ele está obrigado a cumpri-la não repetindo os mesmos atos que geraram a invalidade.

A análise é sempre da validade de fato pretérito, a teoria neoconstitucional, no âmbito do judiciário, leva em consideração, ao realizar a análise prospectiva, os efeitos futuros da validade do ato realizado no passado e respectivas conseqüências desses efeitos, o que rechaça eventual alegação violação da presunção de inocência.

⁷² STF RCL 2.363/PA. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 01/04/2005

⁷³ A doutrina constitucional brasileira afirma que a decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade tem efeito *erga omnes*. O posicionamento do autor deste trabalho é firme no sentido de dizer que se popularizou esta afirmativa tão somente em função de a legitimação em sede de tutela coletiva ainda não ter sido amadurecida no Brasil; os legitimados ativos para deflagrar o controle de constitucionalidade são partes que possuem legitimidade processual constitucional para atuar em nome da coletividade, gerando efeitos *inter partes*. Em função disto, também se afirma que existem partes no processo constitucional “objetivo” no STF e TJ.

Em continuidade evita a fossilização constitucional porque, em função de a decisão ser proferida em razão de fato pretérito com efeitos e consequências determinadas, caso surja fato novo, ainda que idêntico ao fato pretérito, mas com efeitos e consequências diversas, então a nova decisão não deve ser igual à decisão anterior se não considerar esses efeitos e consequências novos.

Isso ocorre em qualquer ordenamento que estabeleça o respeito à coisa julgada. A inovação do neoconstitucionalismo é que a análise dos efeitos e consequências do fato analisado é feita em relação a objetivos fundamentais postos na Constituição.

Para exemplificar, primeiro utiliza-se o caso da sentença de alimentos. O art. 15 da Lei n. 5.478/68 afirma que “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados”.

Trata-se impropriedade técnica legislativa, pois é óbvio que toda e qualquer decisão judicial “transita em julgado”, inclusive a que versa acerca de alimentos, sob pena de gerar insegurança jurídica tamanha a ponto de tornar o próprio art. 15 da Lei n.5.478/68 inconstitucional.

A situação jurídica da “coisa julgada” é inerente a toda atividade jurisdicional, advém do direito fundamental ao acesso à justiça que garante que terceiro imparcial julgará de forma definitiva e sem controle externo a situação posta em julgamento.

Qualquer afirmativa de que as decisões do judiciário não ocasionam a situação jurídica da coisa julgada seria violação à garantia fundamental do acesso à justiça e dizer que o legislador ordinário da lei n.5.478/68 assim o quis seria afirmar que este teria extrapolado os limites de coordenação entre os órgãos de poder, por ter violado garantia fundamental da população brasileira⁷⁴.

No caso das sentenças de alimentos, a norma individual do caso concreto, existente no dispositivo da decisão, tendo em conta os fatos pretéritos narrados nas razões da decisão, torna-se imutável para as partes e para todo o judiciário.

Esta imutabilidade é efeito da situação jurídica do conteúdo da decisão nomeada de “coisa julgada” que é criada a partir do advento da impossibilidade de discutir a matéria no processo instaurado (coisa julgada formal) quando a decisão

⁷⁴ As garantias fundamentais existentes da Constituição servem para todos os que recorrem ao judiciário brasileiro, independentes de serem ou não súditos do Brasil, razão pela qual se evitou o uso do substantivo “povo”.

é pautada em cognição exauriente sobre o mérito da causa, lecionando nesse sentido Barbosa Moreira:

Toda sentença, meramente declaratória ou não, contém a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação submetida à cognição judicial [...] Em determinado instante, pois, a sentença experimenta notável modificação em sua condição jurídica: de mutável que era, faz-se imutável – e porque imutável faz-se indiscutível, já que não teria sentido permitir-se nova discussão daquilo que não se pode mudar. [...] Ao nosso ver, porém, o que se coloca sob o pálio da incontrastabilidade, “com referencia à situação existente ao tempo em que a sentença foi prolatada”, não são os efeitos, mas a própria sentença, ou, mais precisamente, a norma jurídica concreta nela contida”.⁷⁵

O conteúdo da decisão (norma individual) de que “A” deverá pagar alimentos à “B” tornar-se-á imutável em função dos fatos pretéritos narrados nas razões da decisão, logo a sentença estará sujeita à coisa julgada.

Contudo, caso surjam fatos apresentando nova situação financeira para as partes do processo anterior, então estes fatos⁷⁶ novos devem ser analisados para que advenha nova sentença hábil à imutabilidade do conteúdo desta. Note-se que não ocorreu modificação da sentença antiga, mas se proferiu nova sentença sobre fatos novos.

O mesmo princípio vale para as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade. A coisa julgada opera-se sobre o conteúdo da decisão do caso analisado e o efeito vinculante da norma geral existente nas razões da decisão deve ocorrer a todos os fatos idênticos, com efeitos e consequências iguais.

Porém, caso surja novo fato idêntico ao da decisão anterior, mas os efeitos e respectivas consequências sejam diferentes, então se deve fazer a distinção do fato analisado e proferir nova sentença tendo em conta as peculiaridades do novo fato, o que fundamenta a não vinculação do STF às decisões daquela corte:

Não obstante ter destacado a necessidade de motivação idônea, crítica e consciente para justificar eventual reapreciação de uma

⁷⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de Direito Processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 109.

⁷⁶ Repete-se constantemente o substantivo “fato” por estar-se a referir ao termo técnico da teoria do ato jurídico, a ser “fato” gênero de que são espécies o “fato jurídico”, o “ato jurídico em sentido amplo” e o “ato ilícito”.

questão já tratada pela Corte, o STF admitiu o julgamento das ações diretas por considerar que o efeito vinculante não o condiciona.⁷⁷

Importante destacar que a mudança do posicionamento firmado em precedente pelo tribunal, conhecida como “*overruling*”, nada mais é do que a análise de fato idêntico a fato anteriormente julgado que está a produzir os mesmos efeitos do fato anterior. Contudo, em decorrência da mutabilidade constitucional ou da interpretação da constituição, as consequências dos efeitos gerados pelo fato são outras, necessitando que nova norma geral do caso concreto seja elaborada.

Caso o fato seja idêntico, mas os efeitos sejam diferentes, então se deve criar nova sentença tendo em conta esses novos efeitos a serem analisados; isto é feito por intermédio da técnica do *distinguishing*. Alexy conceitua o *distinguishing* e o *overruling*:

[...] la técnica del distinguishing sirve para interpretar de forma estricta la norma que hay que considerar desde la perspectiva del precedente, por ejemplo, mediante la introducción de una característica del supuesto de hecho no existente en el caso a decidir, de manera que no sea aplicable al caso. Con esto, el precedente como tal sigue siendo respetado. La técnica del overruling, por el contrario, consiste en el rechazo del precedente. [...] Tanto el distinguishing como el overruling tienen que ser fundamentados. Según Kriele, para ello se necesitan razones jurídicas. Es pues correcto pensar que los argumentos prácticos de tipo general juegan en tales situaciones un papel especial. Pero junto a ellos son admisibles todos los otros argumentos posibles en el discurso jurídico.⁷⁸

Note que novas normas do caso concreto criadas pelo tribunal constitucional são baseadas em fatos, efeitos ou consequências novos, assegurando que a interpretação e a criação da norma do caso concreto, advinda do texto constitucional, esteja em sintonia com a interpretação constitucional do momento da análise.

Isso também pode ser aplicado ao argumento de que as razões da decisão não vinculam o legislativo. Discorda-se disto e afirma que há a vinculação do

⁷⁷ STF. ADI 2.675/PE. Rel. Min. Carlos Veloso.

⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 266. Disponível em: < <http://books.google.com> >; Acesso em: 23 mar. 2010.

legislativo, que, contudo, em virtude de alterações fáticas, eficaciais ou consequenciais, pode legislar nova norma com o mesmo conteúdo.

O curioso é que esta mutabilidade não é atribuída à teoria neoconstitucional brasileira. Demonstrou-se que existe a mutabilidade, inclusive em lei infraconstitucional de 1968 (a lei de alimentos).

Essa mutabilidade decisória é fruto da natureza do próprio sistema judicial que, mesmo na época da escola da exegese, quando competia ao juiz somente declarar a norma existente no Código Napoleônico, caso surgisse fatos novos, nova decisão deveria ser prolatada nos termos da lei do momento.

A questão talvez seja terminológica, já que, na realidade, não há a mutação da decisão já prolatada, o que ocorre é a mudança da jurisprudência da corte aplicando nova decisão nos termos do novo posicionamento.

Esta questão é importante para rebater eventual alegação de que o neoconstitucionalismo gera a “insegurança jurídica” por permitir a mutabilidade da decisão em função da mudança do efeito ou suas respectivas consequências. Isso sequer é característica exclusiva do neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo no momento da criação⁷⁹ da norma do caso concreto pelo judiciário considera que os efeitos e as consequências do ato devem estar no trilho dos objetivos fundamentais existentes na norma constitucional garantido que este trilho exista no futuro, o que se chamou nesse trabalho de função prospectiva.

O Supremo Tribunal Federal realiza a análise dos efeitos do ato jurídico de forma corriqueira, valendo-se do disposto no art. 27 da lei n. 9.868/99, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, conforme demonstra a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 3.430/ES:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL CAPIXABA QUE DISCIPLINOU A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ÁREA DE SAÚDE. POSSÍVEL EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO IX DO ART. 37 DA LEI MAIOR. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI JULGADA PROCEDENTE. I - A contratação temporária de servidores sem concurso público é exceção, e não regra na Administração Pública, e há de ser regulamentada por lei do ente federativo que assim disponha. II - Para que se efetue a contratação temporária, é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade. III - O serviço público de saúde é essencial, jamais

⁷⁹ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 17.

pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções. IV - Prazo de contratação prorrogado por nova lei complementar: inconstitucionalidade. V - É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não permitir contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos. Ausência de relevância e interesse social nesses casos. VI - Ação que se julga procedente. [...] O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação e, por maioria, nos termos do artigo 27, da Lei nº 9.868/99, modulou os efeitos da decisão para que tenha eficácia a partir de 60 dias da data de sua comunicação, tendo em conta a situação excepcional pela qual passa o país, em virtude do surto da denominada “gripe suína”, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Plenário, 12.08.2009.⁸⁰

A ADI n. 3.430/ES versa acerca da inconstitucionalidade da prorrogação da situação jurídica de “temporário” vivenciada por servidores da área de saúde contratados pelo Espírito Santo.

O STF decretou a inconstitucionalidade da lei complementar, considerando que esta era inválida por estar em desconformidade com a Constituição e, em seguida, disse que os efeitos da lei considerada inválida somente deveriam cessar após 60 dias da comunicação da decisão.

Objetivou evitar que cessação dos efeitos do ato invalidado gerasse como consequência o agravamento da epidemia pela diminuição do quadro de servidores da área de saúde no Estado.

Esta modulação de efeitos é impropriamente chamada de “modulação dos efeitos da decisão”, ocorre que não se está a modular os efeitos da decisão – esta produz efeitos a partir da publicação –, mas os efeitos do ato já declarado inválido em relação ao texto constitucional.

Moreira⁸¹, aos moldes de Mazzarese⁸², classifica o neoconstitucionalismo, diferenciando o neoconstitucionalismo total do teórico. Caracteriza o primeiro como

⁸⁰ STF. ADI 3430/ES. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJe 23/10/2009.

⁸¹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 21-22.

⁸² MAZZARESE, Tecla. *Appunti del corso di filosofia del diritto*. Proferido na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Brescia, 2000/2001 apud POZZOLO, Susanna. *Un Constitucionalismo Ambiguo*. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 18.

paradigma jurídico que possui como epicentro a constituição, de onde deflui as espécies de neoconstitucionalismo como teoria do direito (neoconstitucionalismo teórico) e como filosofia do direito (neoconstitucionalismo filosófico)⁸³. O neoconstitucionalismo teórico é modelo jurídico que revisa a teoria da norma, a teoria da interpretação e a teoria das fontes, “suplantando o positivismo, para, percorrendo as transformações teóricas e práticas, aproximá-las do constitucionalismo contemporâneo”⁸⁴.

Pozzolo⁸⁵ neste ponto critica o neoconstitucionalismo afirmando que não possui significado unívoco, pretendendo, de forma ambígua, ser, ao mesmo tempo, teoria e filosofia do direito. Quanto a isso, Moreira⁸⁶ leciona que, concernente ao neoconstitucionalismo teórico, tal argumento não é aplicável, uma vez que o neoconstitucionalismo teórico se limita a entender o neoconstitucionalismo como teoria do direito, não como filosofia do direito; ato contínuo, no que concerne ao neoconstitucionalismo total, reconhece Moreira⁸⁷ que realmente não há significado unívoco, mas justifica que as premissas são agregadoras e coerentes entre si, concluindo que dentre as premissas do neoconstitucionalismo “está a de substituir o modelo positivista pelo novo paradigma, o qual, ao trabalhar as questões filosóficas, permite que se traduza por duplicidade de funções, e não por ambigüidade”⁸⁸.

Concorda-se com a classificação de Moreira em neoconstitucionalismo total como gênero de que são espécies o neoconstitucionalismo teórico e filosófico e discorda-se de que o neoconstitucionalismo seria novo paradigma que substitui o positivismo. Contudo, acredita-se que se pode deixar a classificação de Moreira mais clara tendo como base a sua própria doutrina conjugada com a doutrina de Bobbio⁸⁹, que divide o positivismo em ideologia, teoria e método.

No que concerne ao “neoconstitucionalismo teórico” de Moreira, seria o pós-positivismo, aplicado a nível constitucional, que apresenta a norma constitucional

⁸³ Ribeiro Moreira leciona que está em fase de elaboração uma proposta de filosofia política neoconstitucional orientadora do Estado Democrático de Direito que configurará o neoconstitucionalismo político. Eduardo Ribeiro. Op. cit., p. 22.

⁸⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., p. 22.

⁸⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 140.

⁸⁶ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., p.61.

⁸⁷ Id. ibid., p. 61

⁸⁸ Id. ibid., p. 61

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 234.

com funções prospectivas no ápice da pirâmide do ordenamento complexo e hierarquicamente estruturado.

A constituição configura a fonte do direito predominante, subordinando as demais fontes em função do reconhecimento do caráter jurídico daquela, lecionando Bobbio que, para a doutrina juspositivista, “a fonte que se encontra no plano hierarquicamente mais alto, é a lei, visto que ela é a manifestação direta do poder soberano do Estado e que os outros fatos ou atos produtores de normas são apenas fontes subordinadas”⁹⁰.

Bobbio ao lecionar acerca do positivismo jurídico utiliza o termo “lei” em sentido amplo, referindo-se tanto à constituição quanto às leis ordinárias:

O poder legislativo ordinário aparece como o poder delegado para emanar normas segundo as diretrizes da constituição; a mesma relação de delegação pode-se ver entre o poder legislativo ordinário e o poder judiciário, este último pode ser considerado o poder delegado para disciplinar os casos concretos, dando execução às diretrizes gerais contidas na lei.⁹¹

Admitindo a constituição como fonte de qualificação, advindo eventual colisão entre ela e a lei, deve-se resolver a questão em função do critério hierárquico. Está o judiciário, por conseguinte, a exercer típica função jurisdicional aos moldes da teoria positivista ao aplicar a constituição em função de atos do órgão legislativo ou executivo.

Valendo-se da divisão de Bobbio, o neoconstitucionalismo teórico de Moreira seria então o pós-positivismo aplicado a nível constitucional enquanto teoria do direito, com peculiaridades próprias para a teoria das fontes, da norma e da interpretação, relacionando-se a juízos de fato referentes à validade ou invalidade do ato.

O neoconstitucionalismo filosófico seria o neoconstitucionalismo enquanto ideologia do direito, relacionado ao juízo de valor referente a bom ou mau.

O neoconstitucionalismo total seria o gênero que compreenderia tanto o neoconstitucionalismo enquanto teoria, ideologia e método. São conceitos diferentes e dependentes entre si.

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 164.

⁹¹ Id. *ibid.*, p.165.

Somente se pode aplicar a teoria neoconstitucional em virtude de a ideologia neoconstitucional ter fundamentado a criação de normas-objetivos de caráter prospectivo que, por seu turno, fundamentaram outro caleidoscópio de normas que permitem a análise constitucional nos conflitos minimamente relevantes.

O método de estudo é a análise científica da norma constitucional sobre o fato jurídico, contudo esta análise não é avaliativa como o método científico tradicional, solicitando do cientista que analise o fenômeno com fins de melhoria embasada na ideologia neoconstitucional, sendo o método fundamentado por esta e possibilitando alterações nesta.

A mudança ideológica propiciada pelas análises do método ocasiona a mudança na teoria, repetindo o ciclo de constante evolução. Não existe ambiguidade no neoconstitucionalismo total, conforme afirma Pozzolo, o que ocorre é apenas a conjugação do neoconstitucionalismo enquanto teoria, ideologia e método, a gerar a completude deste.

A relação entre direito e moral é reapreciada no debate neoconstitucionalista a permitir em virtude do atributo dignidade que temas como ética e política sejam englobados no discurso prático do jurista; leciona Dreier que:

[...] as constituições políticas de determinados Estados, ao incorporar certos princípios (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, liberdade e igualdade) ao direito positivo como princípios juridicamente válidos e como expressão da ética política moderna, estabeleceram uma relação necessária entre direito e moral, já que graças a ela se exige, por direito próprio, em casos de vaguidade e colisão, aproximar a noção do direito como ele é do direito como ele deve ser.⁹²

Pozzolo⁹³ tece críticas negativas ao neoconstitucionalismo argumentando que a moral pode assumir múltiplos significados. Sanchís⁹⁴, positivista inclusivo⁹⁵, adota

⁹² DREIER, Ralf. Derecho y Justicia. *Monografías Jurídicas 87*. Bogotá: Temis, 1994, p. 82-83 apud ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuesta correcta en el derecho?* Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999, p. 126.

⁹³ POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 196-198.

⁹⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 126.

⁹⁵ Ribeiro Moreira apresenta Prieto Sanchís como neoconstitucionalista teórico em virtude de ele negar o neoconstitucionalismo metodológico e filosófico. Cf. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 63. Porém, Prieto Sanchís tenta legitimar o positivismo aproximando o neoconstitucionalismo daquele afirmando que “o constitucionalismo se conecta muito bem com o chamado positivismo inclusivo ou

posição intermediária defendendo a separação entre direito e moral a expondo o temor de que, caso não haja a separação, a moral poderá perder a função social-filosófica de ajuste por ser impregnada pelo direito.

Moreira⁹⁶, a respeito do tema, leciona que a conexão entre direito e moral somente se aplica aos adeptos do neoconstitucionalismo total e que, mesmo para estes, “não existe uma moral subjetiva, mas sim uma intersubjetividade moral, pautada em códigos universais: os princípios”⁹⁷.

Concorda-se com os argumentos de Moreira pelo próprio fundamento positivista, pois, se o positivismo teórico seria a análise da validade ou invalidade da norma, questões ideológicas a respeito de bom ou mau, típicas de debates relacionados a questões morais, não estariam incertos no neoconstitucionalismo enquanto teoria.

Em verdade, Moreira doutrina que o neoconstitucionalismo faz com que a teoria do direito⁹⁸ deixe de ser descritiva para tornar-se prática “com uma concretude preocupada com a eficácia verificável exposta pela prática”⁹⁹, lecionando que se deve adequar o discurso jurídico-teórico ao uso possível e adequado do auditório de juristas-operadores, pois a “intensificação teórica perde adeptos da prática quando não consegue ser acompanhada pelos que detêm conhecimentos meramente operacionais”.¹⁰⁰

Porém, a inclusão moral somente poderia ocorrer por intermédio do neoconstitucionalismo ideológico, que, de forma valorativa a nível político ou sociológico, dirá se o exercício do poder estará sendo exercido de forma boa ou má, que, por seu turno, são conceitos definidos pelas aspirações sociais do momento em coordenação com os diversos fatores de influência, a exemplo da força normativa constitucional, conforme leciona Hesse.

incorporacionista” Cf. SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2000, p. 103.

⁹⁶ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: A invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 59.

⁹⁷ Id. *ibid*.

⁹⁸ Ribeiro Moreira estabelece distinção entre teoria do direito e metodologia jurídica, a ser a primeira responsável por conceber princípios que regem o sistema jurídico com elementos para atestar a confirmação deste, e a segunda o conjunto de procedimento técnico de verificação da disciplina jurídica. Eduardo Ribeiro. *Op. cit.*, p.33.

⁹⁹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Op. cit.*, p.35.

¹⁰⁰ MORREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: A invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 34.

A análise constitucional prospectiva dos efeitos e consequências do ato, feita por intermédio de argumentação consequencialista, não é a análise de bom ou mau, mas do válido ou inválido. Ocorre que, a nível de direito enquanto teoria, o neoconstitucionalismo estabelece como inválido ato que geram efeitos e consequências em desconformidade com a norma constitucional.

O neoconstitucionalismo teórico é a análise pós-positiva da validade em relação à constituição de fatos jurídicos em sentido amplo, avaliando de forma prospectiva se os efeitos e consequências daqueles estão em consonância com os objetivos fundamentais existentes na norma constitucional.

2.3 O JUDICIÁRIO

Todos os sujeitos que democraticamente desenvolvem a atividade constitucional-interpretativa são sujeitos do neoconstitucionalismo, não somente os juízes, mas as partes, o ministério público e os doutrinadores¹⁰¹.

Moreira¹⁰² leciona que o processo de constitucionalização é trifásico, compreendendo o “legislativo” – com a produção e renovação das leis a partir das diretrizes constitucionais –, o “judicial” – onde as decisões levam sempre em conta as normas constitucionais, em especial os princípios fundamentais – e o “nível político-social”, onde há a conscientização da sociedade civil acerca dos valores e metas traçados na constituição.

O judiciário, enquanto sujeito do neoconstitucionalismo, exerce importante papel na materialização das normas constitucionais, característica essencial para que se admita o controle judicial das ações dos órgãos de poder.

Contra isso argumentam Duarte e Pozzolo¹⁰³ que o direito é subdeterminado pelo legislador, sendo o papel interpretativo dos sujeitos do neoconstitucionalismo diminuto, todavia, mesmo nos casos fáceis a atividade interpretativa é necessária em virtude de o neoconstitucionalismo preocupar-se com o momento macrossistêmico.

¹⁰¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 230.

¹⁰² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., p.27.

¹⁰³ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As facetas da teoria do Direito em tempos de interpretação da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 136.

Cappelletti afirma que inexistente a oposição entre criação e interpretação do direito, lecionando que o “verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais”¹⁰⁴.

Concorda-se com Cappelletti neste ponto, pois se reconhece que há produção normativa justamente em virtude de que por toda atividade interpretativa ser discricionária também acaba por ser criativa. A questão está, como disse o autor, nos limites dessa criação, pois, apesar da interpretação ser discricionária, não é realizada de modo arbitrário por ser exercida dentro das balizas de conformação do sistema jurídico, como leciona Dworkin¹⁰⁵.

Neste momento retorna-se à Duarte e Pozzolo e concorda-se que o direito é subdeterminado, porém não pelo legislador ordinário, mas pela constituição, a qual é submetida à hermenêutica diferente das leis ordinárias.

Esta subdeterminação constitucional provém de normas abertas que transferem amplo poder de conformação ao judiciário para que este as materialize e cujo conteúdo semântico precisa ser preenchido pelo judiciário para que ganhem eficácia em situações de conflito.

Sob esta perspectiva o papel do judiciário não é diminuto, mas digno de um “juiz-hércules” parafraseando Dworkin¹⁰⁶. Porém, a atividade do juízo não se restringe aos casos difíceis incidindo também nos casos fáceis. Tal tarefa, além de ser possível, é necessária, caso se queira assegurar a materialização da norma por intermédio da garantia do acesso à justiça.

O judiciário, além de não ter papel criativo diminuto no neoconstitucionalismo, possui papel essencial quando da criação de normas para o caso concreto que lhe é levado, principalmente quando o faz por intermédio do controle de constitucionalidade, tendo como paradigma a constituição da república.

Essa materialização é feita justamente em função da capacidade do judiciário em conceder concretude semântica às normas de conteúdo aberto porque, ao contrário do legislativo, em regra, lhe são levados casos concretos para serem apreciados tendo a norma como paradigma.

¹⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 21.

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 175.

¹⁰⁶ Id. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 165.

Repete-se que essa materialização não é arbitrária, mas retida às balizas que a norma constitucional estabelece, razão pela qual se discorda de Pozzolo¹⁰⁷ quando doutrina que a técnica neoconstitucional deixa o direito ainda mais incerto por se valer de princípios abertos para a materialização da correção e da justiça.

Os princípios são espécies de normas do ordenamento constitucional aptas a comandos de dever-ser, lecionando Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.¹⁰⁸

Por conseguinte, admitido os princípios como espécies normativas predeterminadas pelo ordenamento constitucional, o próprio positivismo jurídico impõe, por intermédio do postulado da hierarquia, o dever ao judiciário de analisar eventual incompatibilidade normativa entre esta espécie de norma constitucional em relação à norma infraconstitucional questionada.

Não é correto negar força normativa aos princípios somente em função de serem normas com conteúdo semântico indeterminado, pois existem regras-postulados que possuem conteúdo semântico indeterminado e nem assim perdem a função normativa, a exemplo do art. 113 do Código Civil, que determina que os negócios jurídicos devam ser interpretados conforme a “boa-fé”.

Brunet¹⁰⁹ leciona que a ponderação dos direitos fundamentais existente no neoconstitucionalismo aufere grande poder discricionário ao juiz que pode englobar aspirações pessoais nas normas abertas constitucionais.

O neoconstitucionalismo aposta nos princípios para a viabilização do sistema que analisa o direito como poder ser, conduzindo a respostas práticas, aufere ao

¹⁰⁷ POZZOLO, Susanna Un Constitucionalismo Ambiguo. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 205.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90.

¹⁰⁹ BRUNET, Pierre. Le droit est-il obligatoire? La réponse positiviste à travers une analyse critique du Neoconstitucionalisme. In: GROS, D.; CAMU, O. *Le droit de résistance à l'oppression*. Actes du colloque de Dijon. Paris: Seuil, Le genre humain, p. 3 apud MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: A invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 65.

cientista do direito este “temido alargamento da discricionariedade”¹¹⁰, que, segundo Zagrebelsky:

[...] segundo a mentalidade do positivismo jurídico, as normas de princípios, ao conter fórmulas vagas, referências a aspirações ético-políticas, promessas não realizáveis pelo momento, esconderiam um vazio jurídico e produziriam uma “contaminação das verdadeiras normas jurídicas com afirmações políticas, proclamações de boas intenções etc.”¹¹¹.

Moreira¹¹² leciona que os efeitos da arbitrariedade diminuem com a fundamentação judicial e a manifestação dos participantes da sociedade, existindo situações redimensionadas na perspectiva da separação de poderes diversa da posta por Montesquieu¹¹³.

Em verdade, a lei ordinária deixa de ser o direito para tornar-se parte do direito, este com estruturas existentes na norma constitucional, tornado os juízes guardiões desta estrutura.

Não se trata de reconhecer os ideais de um direito dúctil, pois, ainda que se vislumbre relances destes em normas como o art. 25 da lei n. 9.099/95 permitindo que o juízo decida por equidade, isto se deu tão somente em função da autorização existente em norma constitucional hierarquicamente superior (Art. 24, X c/c art. 98, I da CRFB).

Trata-se de reconhecer ideais de materialização do direito neoconstitucional auferidos a todos os atores neoconstitucionais, inclusive ao judiciário, por intermédio da própria norma constitucional.

A identificação dos sujeitos do neoconstitucionalismo tem especial importância em virtude da expansão da normatividade constitucional, pois determina quem exerce influência no momento em que a norma é contestada.

O positivismo clássico de ideais liberais, por exemplo, estabelecia a predominância da lei ordinária como fonte elucidativa dos conflitos relacionados à propriedade. Competia, nos termos da escola exegética, ao juiz somente exercer a

¹¹⁰ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: A invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 36.

¹¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 112.

¹¹² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., p. 36.

¹¹³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, passim.

subsunção da lei ao caso concreto, sem desviar-se da vontade do legislador ordinário.

Porém, em virtude da expansão constitucional, o intérprete acaba com eventuais “cisões” entre os ramos do direito e passa a interpretá-lo de fato como uno, tendo a constituição como fonte unificadora e epicentro, ganhando função criativa para a elucidação do caso concreto com fins de colocar no prospecto constitucional.

Os juízes, as partes, os doutrinadores, todos os que exercem a atividade interpretativa, passam a exercer influência determinante no momento da aplicação da norma, inclusive atores não estatais, conforme prova as audiências públicas realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

No que concerne à delimitação desta pesquisa, que consiste no controle das ações dos órgãos de poder realizado pelo órgão estatal judiciário, a este foi auferido especial papel pela constituição, que lhe deu competência típica para dar a última palavra a respeito da tutela constitucional. Doutrina Novelino:

O controle jurisdicional é exercido por órgão do Poder Judiciário. Quando o exercício do controle é atribuído com primazia ao Judiciário, adota-se o sistema jurisdicional. No Brasil, apesar de exercido pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, cabe a este a função precípua de exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, razão pela qual, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América, o sistema brasileiro é classificado como jurisdicional.¹¹⁴

Hesse¹¹⁵ leciona que a distinção entre o judiciário e os demais atores interpretativos da constituição não é a aplicação do direito, vez que isto também é realizado pelos demais órgãos estatais, o que efetivamente caracteriza a atividade jurisdicional, conforme doutrina Mendes, Coelho e Branco, é “a prolatação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados”¹¹⁶.

Afirma que a atividade constitucional do judiciário é predominantemente cumprida quando ele exerce controle de constitucionalidade. Assim, o judiciário

¹¹⁴ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 225.

¹¹⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 411.

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 975.

atuará como ator neoconstitucional principalmente quando estiver averiguando a compatibilidade vertical entre a norma avaliada e a constituição.

O modelo organizacional do judiciário pauta-se pelos princípios do acesso à justiça relacionados à tutela judicial efetiva (art. 5º, XXXV da CRFB), ao juiz natural (art. 5º, XXXVII e LII da CRFB) e ao devido processo legal (art. 5º, LV da CRFB), que repercutem na atividade jurisdicional do órgão judiciário enquanto guardião último das normas constitucionais.

A interpretação neoconstitucional exercida pelo judiciário ocorre no momento em que ele exerce controle normativo de constitucionalidade de determinado ato em face da Constituição, tendo em conta os princípios decorrentes do acesso à justiça, lecionando Silva que:

Para defender a supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades, a própria Constituição estabelece técnica especial, que a teoria do Direito Constitucional denomina controle de constitucionalidade das leis, que, na verdade, hoje, é apenas um aspecto relevante da Jurisdição Constitucional.¹¹⁷

Visa-se, por intermédio do controle de constitucionalidade exercido pelo judiciário, assegurar a força normativa da constituição em relação aos demais atos jurídicos materializados.

Este controle de validade normativa somente pode ser exercido em função das características de rigidez e supremacia constitucional, que permitem a análise da compatibilidade vertical entre a norma constitucional e os demais atos do ordenamento.

Todo o judiciário deve estar apto para exercer o controle de constitucionalidade, conforme doutrina Hamilton, Jay e Madison:

If it be said that the legislative body are themselves the constitutional judges of their own powers, and that the construction they put upon them is conclusive upon the other departments, it may be answered, that this cannot be the natural presumption, where it is not to be collected from any particular provisions in the Constitution. It is not otherwise to be supposed, that the Constitution could intend to enable the representatives of the people to substitute their will to that of their constituents. It is far more rational to suppose, that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within

¹¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 49.

the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.¹¹⁸

O Brasil adotou o sistema jurisdicional misto em que se permite que a defesa da força normativa da constituição seja realizada, quanto à competência, tanto pela via difusa como pela via concentrada.

O controle constitucional pela via difusa atribui competência a todos os órgãos do judiciário para exercer o controle de constitucionalidade e foi inspirado no voto do juiz Marshall da Suprema Corte norte-americana, no julgamento do caso Marbury vs Madison:

Thus, the particular phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.¹¹⁹

O controle de constitucionalidade concentrado, inspirado na Constituição da Áustria de 1920, ocorre quando apenas um órgão judicial possui competência para a realização de tal controle.

O art. 102 da Constituição estabelece que compete precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, estabelecendo a este competência originária para julgar as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade quando o parâmetro de análise for em face da Constituição da República.

O controle de constitucionalidade pode ser exercido pelo judiciário de forma preventiva ou repressiva. Tal constatação é de extrema importância para este trabalho, pois se o judiciário está apto a exercer o controle de constitucionalidade,

¹¹⁸ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. [S.l.: S.n.], 1998, p. 231. Disponível em < <http://www.constitution.org/liberlib.htm> >; Acesso em: 21 Abr. 2010.

¹¹⁹ SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137; 2 L. Ed. 60 (1803). Disponível em: < <http://www.constitution.org/ussc/005-137a.htm> >; Acesso em: 11 jun. 2009.

então se deve ter em mente que, sempre que o judiciário analisar ato jurídico em função da constituição – a exemplo dos atos jurídicos materializadores de políticas públicas – estará a fazê-lo no exercício de função típica de defesa da força normativa constitucional.

A defesa da força normativa da constituição de forma preventiva ocorre antes da promulgação da lei ou emenda constitucional, ocorrendo somente quando for impetrado mandado de segurança por parlamentar em função da inobservância do devido processo legislativo constitucional, como no caso de tramitação de emenda constitucional tendente a abolir cláusulas pétreas (art. 60, § 4º da CRFB), conforme preceitua a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

A “ratio” subjacente a esse entendimento jurisprudencial apóia-se na relevantíssima circunstância de que, embora extraordinária, essa intervenção jurisdicional, ainda que instaurada no próprio momento de produção das normas pelo Congresso Nacional, tem por precípua finalidade assegurar, ao parlamentar (e a este, apenas), o direito público subjetivo - que lhe é inerente - de ver elaborados, pelo Legislativo, atos estatais compatíveis com o texto constitucional, garantindo-se, desse modo, àqueles que participam do processo legislativo, a certeza de prevalectimento da supremacia da Constituição, excluídos, necessariamente, no que se refere à extensão do controle judicial, os aspectos discricionários concernentes às questões políticas e aos atos “interna corporis”, que se revelam essencialmente insindicáveis.¹²⁰

Advinda a publicação do ato normativo, este se torna apto para a análise por todos os atores constitucionais da compatibilidade vertical entre o ato e a constituição, refere-se a esta modalidade de defesa da força normativa constitucional como controle repressivo ou sucessivo de constitucionalidade, lecionando Canotilho:

Na hipótese de o acto normativo ser um acto perfeito, pleno de eficácia jurídica, o controlo sobre ele exercido é um controlo sucessivo ou a posteriori. O exame de fiscalização de constitucionalidade fez-se, assim, num momento sucessivo ao “aperfeiçoamento do acto normativo, isto é, à sua promulgação, referendo, publicação e entrada em vigor.”¹²¹

¹²⁰ STF. MC em MS 24.645/DF. Informativo n.320.

¹²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 901-902.

O controle de constitucionalidade jurisdicional repressivo, quanto à finalidade, pode ser concreto ou abstrato. O controle de constitucionalidade em abstrato é realizado em tese, ou seja, independente da existência de lesão concreta à coletividade.

O controle de constitucionalidade concreto ocorre quando a causa de pedir é lesão concreta à parte da demanda, criando no dispositivo da decisão não a decretação de inconstitucionalidade da lei, mas norma particular que visa à solução da lesão.

Trata-se, quanto ao controle concreto, de outra premissa de análise importante. Está-se a afirmar que no controle concreto a análise de (in)constitucionalidade do ato jurídico será, em tese, realizada em abstrato pelo judiciário.

A inconstitucionalidade da norma no procedimento de controle concreto é questão incidente que serve para a elucidação da questão principal. Tomemos como exemplo a análise de constitucionalidade realizada em sede de controle difuso-concreto pelo Tribunal estadual, tendo como parâmetro a Constituição da república.

“A” propõe ação ordinária contra o Estado apresentando como causa de pedir a falta de vaga em leito de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), e como pedido que o Estado ofereça à “A” leito na UTI, conforme corriqueiramente tem se repetido na jurisprudência dos Tribunais brasileiros:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE VAGA EM UTI DE HOSPITAL PÚBLICO. RISCO DE MORTE AO PACIENTE. PAGAMENTO DO TRATAMENTO DE SAÚDE DE ENFERMO CARENTE. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. BLOQUEIO DE RECURSO DO SUS. DESNECESSIDADE. 1. Na ausência de vaga em UTI de hospital público, o município deve transferir o paciente para UTI de hospital da rede particular com imposição de multa, em caso de recusa. 2. Direito à vida. A deficiência de política pública voltada à saúde, provocou o efeito da judicialização dos problemas de saúde. Nova dimensão da atividade social da magistratura. 3. A despesa de internação deve ser suportada pelo Poder Público, entretanto, o bloqueio das contas públicas não se torna indispensável ao cumprimento da determinação judicial, pois representaria dano às demais prestações de serviços públicos. 4. Agravo parcialmente provido.¹²²

APELAÇÃO. PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA. INEXISTÊNCIA DE VAGA EM HOSPITAL PÚBLICO.

¹²² TJMA. AI 324762010. Rel. Des. Lourival Souza. J. em 08/02/2011

TRANSFERÊNCIA PARA UTI DE HOSPITAL PARTICULAR. É DEVER DO ESTADO ASSEGURAR A TODOS OS CIDADÃOS, INDISTINTAMENTE, O DIREITO À SAÚDE, CUSTEANDO, QUANDO INEXISTENTE LEITO HOSPITALAR NA REDE PÚBLICA, O TRATAMENTO EM HOSPITAL PARTICULAR.¹²³

O Ministério da Saúde do Brasil por intermédio da Portaria n. 3.432 de 12 de agosto de 1999, considerando a importância na assistência das unidades que realizam terapia intensiva nos hospitais do Brasil, define as unidades de terapia intensiva como “unidades hospitalares destinadas ao atendimento de pacientes graves ou de risco que dispõem de assistência médica e de enfermagem ininterruptas, com equipamentos específicos próprios, recursos humanos especializados e que tenham acesso a outras tecnologias destinadas a diagnóstico e terapêutica”, podendo essas unidades atender grupos etários específicos, como os pediátricos (pacientes entre 28 dias a 14 ou 18 anos de vida).

“A” apresenta como razões da causa de pedir o fato de que portaria do SUS estabelece o número mínimo de leitos de vaga de UTI, contudo este número não está a ser respeitado, devendo ser criadas mais vagas de UTI de modo a permitir, nos termos do pedido, que “A” seja internado.

A portaria do Ministério da Saúde n. 1101/GM, publicada em 12 de junho de 2002, estima, em linhas gerais, a necessidade de 2,5 a 3 leitos para cada 1.000 habitantes, sendo que se define em média a necessidade de leitos de UTI na proporção de 4% a 10% do total de leitos hospitalares, determinando a referida portaria o número de 0,41 leitos pediátricos por 1000 habitantes.

Em seguida, afirma que mesmo se o número mínimo de vagas estipulado em norma ordinária fosse atendido, “todos devem ser internados em UTI quando necessário, sob pena de violar norma constitucional fundamental referente ao direito à vida e à saúde”, permitindo, também nos termos do pedido, que “A” seja internado.

As questões levantadas, a primeira de nível infraconstitucional e a segunda de nível constitucional, são incidentes para a solução da questão principal que é saber se “A” deve ser internado na UTI.

Óbvio que outras questões podem ser levantadas como a possibilidade fática espacial e financeira da internação de “A”, porém, para o nosso exemplo, as duas questões mostram-se como suficientes.

¹²³ TJDF. APC 20060110828550. Rel. Des. Carmelita Brasil. J.03/12/2008

No caso da questão infraconstitucional o judiciário deverá decidir se “toda vez que o Estado desatender à Portaria n. 1.101/GM do Ministério da Saúde, novos leitos devem ser criados”. A análise da questão criará norma geral para a solução do caso concreto de que “A” deve ou não ser internado na UTI.

Esta análise é feita em abstrato por não avaliar somente o caso da lesão de “A”, mas de situação hipotética que gerará ou não a norma: “sempre que desatendida a Portaria n.1.101/GM, novos leitos devem ser criados”.

Isto também se aplica em relação ao controle de constitucionalidade, porém com a ressalva de que em sede de Tribunal, caso este admita o julgamento acerca da questão constitucional, deve-se seguir o procedimento existente no art. 480 e seguintes do Código de Processo Civil.

Admitido o incidente de inconstitucionalidade no controle difuso-concreto, o Tribunal deve lavrar acórdão suspendendo o processo e remetendo-o ao tribunal pleno ou ao órgão especial, nos termos do regimento interno de cada tribunal, ficando vedado ao órgão fracionário pronunciar-se acerca da questão constitucional, salvo se o órgão competente já tiver o feito anteriormente, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. CONCEITOS DE RECEITA BRUTA E DE FATURAMENTO (LEI 9.718/98). ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO TRIBUNAL DE ORIGEM. QUESTÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL. JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. 1. Os Tribunais, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, devem observar a norma dos arts. 97 da Constituição e 480-482 do CPC, que determinam a remessa da questão constitucional à apreciação do Órgão Especial, salvo se a respeito dela já houver pronunciamento deste órgão ou do Supremo Tribunal Federal. Nesses casos, o órgão fracionário está dispensado de suscitar o incidente, devendo simplesmente invocar o precedente da Corte ou do STF, a cuja orientação fica vinculado. 2. Submetida argüição de inconstitucionalidade ao pleno do Tribunal de origem, não pode a turma julgadora declarar incidentalmente o vício de constitucionalidade de norma antes do pronunciamento daquele colegiado. 3. Recurso especial a que se dá provimento.¹²⁴

Remetida a questão constitucional para o órgão competente – tribunal pleno ou outro órgão especial – este iniciará o julgamento tão somente da questão constitucional, e o fará em abstrato, decidindo se o não oferecimento de leitos em

¹²⁴ STJ. REsp. 715.310/SP. Rel Min. Teori Zavascki. J. em 26/04/05.

UTIs viola o direito fundamental à saúde, criando, por conseguinte, uma norma geral para o caso concreto.

A decisão acerca da questão constitucional pelo órgão competente será vinculante para o órgão fracionário que está sendo responsável pela avaliação do pedido do autor. Trata-se de decisão subjetivamente complexa em que dois órgãos do judiciário contribuem para a formação da decisão. Outro exemplo de decisão subjetivamente complexa reside na esfera penal do tribunal do júri, competindo ao conselho de sentença a condenação e ao juízo a estipulação da pena.

A prova de que a decisão acerca da constitucionalidade da questão cria norma geral, a ser aplicada em todos os casos iguais, é que nos termos do art. 481, parágrafo único, do CPC, o órgão fracionário não está obrigado a submeter a questão ao plenário ou órgão especial do Tribunal se esta já tiver sido decidida pelo próprio Tribunal nos termos do art. 480 do CPC ou pelo Supremo Tribunal Federal, doutrinando, nesse sentido, Didier Jr. e Cunha:

Embora esse incidente seja um instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei é feita em abstrato. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC). Embora a resolução da questão não fique submetida à coisa *erga omnes* (porquanto tenha sido examinada *incidenter tantum*), “a decisão do tribunal pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (*leading case*) para todos os demais feitos – em trâmite no tribunal – que envolvam a mesma questão.”¹²⁵

Essa característica de a constitucionalidade ser analisada em abstrato como questão incidente para a solução do caso concreto justifica a tendência de “abstrativização” do controle concreto, fundamentando que determinadas decisões repetitivas, proferidas no âmbito do STF em sede de controle difuso-concreto, ganhe efeito vinculante quando transformadas em “súmula vinculante”, bem como a atribuição de eficácia *erga omnes* em casos especiais, como o fez o STF no julgamento do HC n. 82.959/SP, auferindo efeito vinculante às razões da decisão que decretou a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regimes no caso de crimes hediondos.

¹²⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 3., 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 538.

O judiciário é ator neoconstitucional principalmente quando realiza o controle de constitucionalidade, porém, ao exercer como função típica a tutela das normas constitucionais de constituição prolixa, acaba por ter a esfera de ingerência alargada em virtude da irradiação da força normativa constitucional.

Assim, sob a justificativa de defesa de princípios constitucionalmente estabelecidos, todo juiz, de qualquer instância, tem a possibilidade de exercer o controle dos atos do legislativo e executivo que afronte a constituição.

A potência auferida ao judiciário é nitidamente percebida em função do direito processual fundamental à coisa julgada, consubstanciada na aptidão para dar a última palavra a respeito dos documentos normativos, inclusive a respeito da norma constitucional.

Este alargamento inevitavelmente ocasiona colisão em relação à delimitação de competência dos demais órgãos de poder, gerando contestação de que as decisões baseadas em princípios seriam demasiadamente arbitrárias, de que as ingerências seriam escancaradamente nulas por violarem a competência constitucionalmente estabelecida em virtude da norma da separação dos poderes e de que o conteúdo seria moralmente ilegítimo em função das decisões serem emanadas de órgãos cujos membros não foram submetidos a eleições democráticas.

Cediço é que a irradiação das normas constitucionais e a atribuição de competência ao judiciário pela própria constituição para guardá-la e dar a última palavra a respeito do conteúdo desta, por intermédio de um procedimento judicial, alarga o espectro de ingerência do órgão judiciário, mas isto é decorrente da função precípua de guarda da força normativa constitucional.

3 CONTROLE JUDICIAL DAS AÇÕES DOS ÓRGÃOS DE PODER

Constatou-se que a teoria do direito adotada pelo Brasil e escolhida para abordar a questão do controle judicial de atos jurídicos emanados de políticas públicas apresenta a irradiação das normas constitucionais, que são passíveis de interpretação por todos os sujeitos do sistema neoconstitucional.

Inicia-se esta seção abordando o tema da separação dos poderes sob a ótica neoconstitucional; em seguida, trata-se da legitimidade do judiciário para o controle das ações dos órgãos de poder e, em função disto, adentra-se na temática acerca da relação entre o direito à saúde e o controle judicial.

3.1 A SEPARAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE PODER

Dias leciona que a separação dos poderes e o sistema federal são estratégias políticas com a “finalidade de manter uma relação de contenção recíproca do poder político”¹²⁶.

Aristóteles¹²⁷, ao dizer que compete ao soberano criar, aplicar e julgar normas, estabeleceu a divisão funcional do poder, porém a ideia de estabelecer esta divisão como necessária ao combate da arbitrariedade do Estado advém de Montesquieu quando afirmou que “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres ou do povo exercesse os três poderes”¹²⁸, pois as condutas deste estariam fadadas à arbitrariedade pela falta de contenção.

Dias¹²⁹ leciona que a separação de poderes em órgãos distintos e independentes, conforme idealizada por Montesquieu¹³⁰, foi posta em função da defesa do direito de liberdade, evitando que qualquer exercício arbitrário a ceifasse.

Concebida por intermédio de ideais liberais, a doutrina da separação dos poderes de Montesquieu almeja preservar o núcleo da liberdade do particular,

¹²⁶ DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2005, p. 153.

¹²⁷ ARISTÓTELES. *A política*. Disponível em: < <https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.cfh.ufsc.br%2F~wfil%2Fpolitica.pdf> >; Acesso em 20 Jul. 2010, passim.

¹²⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168.

¹²⁹ DIAS, Jean Carlos. Op. cit., p. 92.

¹³⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Op. cit., p. 168.

considerando o potencial de ingerência que o Estado possui e, em certa medida, preservar ideais democráticos, evitando o totalitarismo.

Apresenta-se o legislativo como aquele a quem compete a criação de normas gerais e abstratas de cunho negativo, as quais seriam responsáveis por impedir que a liberdade de vontade e de ação do particular fossem violadas.

O executivo é o responsável pela aplicação da lei de ofício, competindo-lhe administrar o Estado no sentido de que a liberdade do particular não seja comprometida. O judiciário, por fim, é o responsável por declarar a vontade da lei, assegurando que, em situações de conflito, a vontade e a liberdade do particular sejam resguardadas.

Mesmo na mais extrema interpretação de absoluta separação dos poderes, o princípio não perde a carga finalística de proteção ao direito fundamental à liberdade pela não ingerência do Estado na esfera de vontade e propriedade do particular.

O princípio, então, seria teleológico-garantísticos, pois garantiria a finalidade de preservação da liberdade, evitando o agigantamento do Estado, dividindo-o em três poderes, cada qual responsável por determinada competência.

Definido o limite de poder do Estado, correspondente ao quanto era capaz de ingerir na esfera da liberdade do particular (limitação externa), divide-se este poder em competências, assim, a palavra *competência* é empregada no sentido de limitação interna do exercício do poder.

A delimitação da competência entre três entes gerou o que se alcunhou de “três poderes”, referentes ao “poder legislativo”, “poder executivo” e “poder judiciário”. A carga ideológica do nome importa na nítida separação em três sujeitos ideais, cada qual independente e separado do outro, possuindo, cada um, competência própria.

Essa delimitação de atuação interna chamada de competência, possuída por cada esfera que exerce o poder, é o coração da garantia criada pela teoria da separação dos poderes, pois, além de dividir o poder evitando o agigantamento do Estado, delimita positivamente o que cada poder é capaz de realizar.

Caso a esfera legislativa com competência de criação de leis para preservar a liberdade do particular crie ato diferente disto, estará, para a teoria da separação dos poderes, violando a limitação externa ou interna, conforme o caso.

A violação da limitação interna importa na usurpação de competência destinada à outra “esfera de competência”, consubstanciando, por conseguinte, na

violação da separação dos poderes. Esse princípio cria o sistema de freios e contrapesos impedindo, por exemplo, que o legislativo haja como o judiciário ou o judiciário haja como o legislativo.

A aplicação desta teoria na França pós-Revolução significava que o judiciário nada poderia fazer caso ocorresse violação da limitação externa pelos demais poderes, pois, se o fizesse, estaria ingerindo da esfera de competência do outro poder, violando o princípio da separação.

O princípio da separação dos poderes escrito no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, levado às últimas consequências, impedia que o judiciário tomasse qualquer medida contra o legislativo ou executivo. Essa inércia acabou por forçar que outros mecanismos “jurisdicionais” de controle fossem criados fora do âmbito do poder judiciário, conforme leciona Cappelletti:

[...] Na realização de tal ideal, a *ordre judiciaire*, e assim, os tribunais judiciários eram proibidos de “interferir” na atividade legislativa ou administrativa. Pouco a pouco, no entanto, um órgão da administração, o *Conseil d'État*, foi assumindo esse papel, adotando os procedimentos e conquistando grau de independência típico de verdadeiro tribunal judiciário, embora “especial” ou *extra ordinem*, não considerado de fato integrante do ordenamento judiciário e da magistratura. A competência especial do *Conseil d'État* encontra-se, justamente, na decisão dos conflitos entre cidadãos e a administração pública. Dele proveio amplo sistema de controle judiciário ou para que prefira, quase-judiciário, não apenas das violações da lei por parte da administração, mas também dos abusos e desvios da discricionariedade administrativa. Evoluções semelhantes verificaram-se, um pouco mais tarde com o nascimento na Alemanha da *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, com função contenciosa na Itália do *Consiglio di Stato*, e em outras partes do continente.¹³¹

Estava claro que a falta de controle da limitação externa das esferas de competência (judiciária, legislativa ou executiva) estaria fadada ao fracasso quanto à finalidade da garantia se alguma forma de “controle externo” não fosse criada.

Para o “poder judiciário”, em decorrência da desconfiança que os juízes receberam em função da venalidade à monarquia absolutista de Luís XVI, imputou-se como “controle externo” os postulados da escola exegética, competindo aos juízes somente declarar as estritas palavras postas na lei pelo legislativo, contudo, aos demais “poderes” nada se teorizou de início.

¹³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 48.

Variante da teoria da separação dos poderes, aplicando a tese dos freios e contrapesos, versa no sentido de que compete ao judiciário o controle da extrapolação da competência por parte do legislativo ou executivo, doutrinando Dallari:

O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia 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.

Nesse caso a ingerência do judiciário sobre o executivo limita-se à postura negativa no sentido de determinar “não faça”, nunca adotando postura positiva determinando que “faça”.

Cediço é que a teoria de Montesquieu aparenta adotar a separação rigorosa entre as funções exercidas ao afirmar que “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres ou do povo exercesse os três poderes”¹³², porém Dias¹³³ leciona que a rigidez é aparente em virtude de Montesquieu ter admitido que determinadas funções de julgamento podem ser realizadas pelo legislativo.

A Constituição da República prevê no art. 2º que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, demonstrando que o texto constitucional adotou a alcunha dada pela teoria da separação dos poderes, concebendo o “poder legislativo”, o “poder executivo” e “o

¹³² MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168.

¹³³ DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2005, p. 94.

poder judiciário”, e estabelecendo como cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, III, a “separação dos poderes”

No Brasil existe a separação funcional entre os “poderes”, competindo ao legislativo a deliberação das matérias destinadas ao processo legislativo constitucional (art. 59 e ss. da CRFB), ao executivo a materialização constitucional por intermédio do processo administrativo constitucional (art. 84 e ss. da CRFB) e ao judiciário a tutela da “jurisdição” constitucional (art. 102 e ss. da CRFB).

Contudo, conforme leciona Cambi¹³⁴, o princípio da separação dos poderes tal como concebido pelo Estado Liberal “é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo, em razão da dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado, a partir do século XX, e da posição que deve ocupar para proteger, eficazmente, os direitos fundamentais”.

Primeiro afirma-se que a utilização da expressão *tripartição dos poderes* é atécnica em virtude de o poder ser atributo uno e indivisível, que emana do povo, jamais separado em três – como deixa transparecer a teoria¹³⁵.

O poder é a capacidade do titular de impor a vontade sobre outrem. Essa capacidade pertence exclusivamente ao povo, conforme dita o art. 1º, parágrafo único da Constituição, que, contudo, é exercido por intermédio dos representantes.

Assim, o poder não é ente personalizado com capacidades, mas ao contrário, para que haja poder é necessário que exista alguém capaz de exercê-lo; o poder é, então, a capacidade de um ente personalizado.

Mesmo que admitida a divisão em três entes independentes a expressão ainda estaria errada porque, por exemplo, o correto não seria dizer “o poder judiciário”, mas “o poder DO judiciário”.

Ademais, a pecha ideológica subliminar da divisão em “três poderes” força ao entendimento de que o judiciário, o executivo e o legislativo são três entes com personalidades distintas, o que também não é verdade.

O Brasil adota como forma de estado o federalismo, criado por intermédio de um movimento centrífugo de descentralização da competência por intermédio do Decreto n.1 de 15/11/1889 e que hoje é mantida no art. 1º da constituição.

¹³⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009, p. 175.

¹³⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12. ed. Manaus: Saraiva, 2008, p. 293.

Essa forma de estado personifica os entes estatais responsáveis pela materialização do poder e, no Brasil, esses entes com personalidade jurídica são a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.

Note que a personalidade jurídica, consubstanciada na aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, não foi concedida ao judiciário, ao legislativo e ao executivo, então, além de eles não serem “poderes” e não serem “titulares do poder”, também não “exercem poder”.

Aqueles que exercem o poder são somente os entes personalizados, assim, quando o judiciário da União profere ato, quem está a exercer o poder é a União; quando o legislativo do Amazonas cria lei, quem está a exercer o poder é o Amazonas. Dizer que quem exerce o poder é o judiciário é o mesmo que dizer que quem caminha são as pernas, não o caminhante.

O legislativo, o executivo e o judiciário são órgãos pertencentes a entes personalizados. Meirelles¹³⁶ leciona que a teoria do órgão foi criada pelo alemão Otto Gierke na tentativa de explicar a materialização do poder por intermédio das repartições de competência existentes dentro do ente personalizado.

Meirelles conceitua os órgãos públicos como “centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem”¹³⁷.

O órgão não possui vida autônoma, precisa do ente com personalidade jurídica para existir, razão pela qual existe o princípio da imputação volitiva que, conforme leciona Carvalho Filho, dita que “a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence”¹³⁸.

Meirelles classifica os órgãos legislativos, executivos e judiciários como órgãos primários ou independentes, detendo funções outorgadas diretamente pela constituição, doutrinando que:

Órgãos independentes são os originários da Constituição e representativos dos Poderes de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário –, colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Por isso, são

¹³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 67.

¹³⁷ Id., *ibid.*

¹³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 11.

também chamados órgãos primários do Estado. Esses órgãos detêm e exercem precipuamente as funções políticas, judiciais e quase judiciais outorgadas diretamente pela constituição, para serem desempenhadas pessoalmente por seus membros (agentes políticos, distintos de seus servidores, que são agentes administrativos), segundo normas especiais e regimentais¹³⁹.

Contesta-se, assim, a existência de três poderes, afirmando-se que existe um poder cujo titular é o povo, que, porém, é exercido por intermédio dos representantes deste, agentes políticos que, teoricamente, materializam o poder por intermédio de entes personalizados que, por questões de melhor administração, subdividem a atividade de materialização do poder em órgãos.

A título de exemplo, a Constituição estabelece que a pessoa jurídica responsável para legislar a respeito das populações indígenas será a União, e vai além afirmando que quem deverá fazer isto será o órgão da União intitulado de Congresso Nacional (art. 22, XIV c/c art. 44).

Por tais razões, não se utiliza neste trabalho a expressão *poder judiciário*, prefere-se nomeá-lo como órgão; tão pouco se utiliza a expressão *órgão público* por acreditar demais genérica. Também não se utiliza o nome “órgãos independentes”, como proposto por Meirelles em função de poder confundir o leitor remetendo à ideia de que tais órgãos teriam “vida independente” da pessoa jurídica a que pertencem, o que não é verdade.

Adota-se a expressão “órgão de poder” por acreditar que tal expressão remete de forma mais fácil ao que se alcunhou como “três poderes”, levando em consideração, inclusive, que questões relacionadas à separação de poderes remetem a tais órgãos.

Logo, adaptando a doutrina de Meirelles, órgãos de poder seriam os centros de competência que estariam no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um pelo outro, instituídos para o desempenho precipuamente das funções estatais políticas, judiciais e quase judiciais outorgadas diretamente pela constituição, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem.

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70.

Quando se refere a “três poderes” se quer dizer “três funções”: de legislar, executar e julgar, lecionando Bastos que a função constitui “um modo particular e caracterizado de o Estado manifestar a sua vontade”¹⁴⁰.

Porém, nem mesmo a separação funcional é absoluta. Assim como Montesquieu admitiu postura judicante ao legislativo para questões relacionadas aos crimes de responsabilidade da administração, na divisão de poderes existente na constituição cada órgão de poder apresenta funções típicas e funções atípicas, logo, em certa medida, todos julgam, legislam e administram.

O judiciário possui como função típica a defesa da força normativa da constituição em casos concretos e como função atípica legislativa a elaboração do regimento interno (art. 96, I, a da CRFB) e atípica executiva a organização das secretarias (art. 96, I, b da CRFB), entre outras.

Assim, não se trata de “poder legislativo” nem de “poder DO legislativo”, mas de atividade legislativa típica exercida pelo órgão legislativo, integrante de ente personalizado.

Nota-se que a teoria da “tripartição dos poderes” com separação absoluta das atividades não é empregada em sua totalidade pelo estado constitucional brasileiro, apresentando nuances do porquê de Cambi ter afirmado que o princípio da separação dos poderes, tal como concebido pelo Estado Liberal, “é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo”¹⁴¹.

O constitucionalismo moderno, doutrina Canotilho¹⁴², procura justificar o Estado submetido ao direito, regido por leis e sem confusão de poderes, tentando estruturar o Estado cujas “grandes qualidades” são ser “democrático” e “de direito”; conclui Canotilho que o “Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito”¹⁴³.

A relação entre democracia e Estado de direito justifica dialogo público racional durante o exercício do poder no Estado constitucional, onde poderes não se confundem para fins de delimitação de competências e responsabilidades, mas,

¹⁴⁰ BATOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 340.

¹⁴¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009, p. 175.

¹⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 93.

¹⁴³ Id., *ibid.*

mesmo assim, constantemente interagem tradicionalmente como freios ou vanguardamente como aceleradores da materialização de ideais sociais.

A divisão dos poderes políticos entre os órgãos de poder é, segundo Holmes¹⁴⁴, criativa por demandar sensibilidade aos problemas sociais: “[...] as a political version of division of labor, is creative because specialization enhances sensitivity to a diversity of social problems”.

A criatividade da divisão demonstra o aspecto positivo concernente ao aperfeiçoamento da atividade estatal na teoria que é comumente tratada na faceta negativa de freio de atuação recíproca entre os órgãos de poder.

Dias leciona que o compartilhamento do poder, pelo aspecto positivo e pelo negativo, assegura a proteção dos direitos fundamentais, concluindo que a separação dos poderes está comprometida com a formação do mecanismo de controle político e “para possibilitar uma ampla especialização dos ramos estatais, a fim de promover a devida resposta estatal às demandas sociais”¹⁴⁵.

O sistema constitucional brasileiro moderno apresenta lógica parecida, colocando a separação dos poderes em função de todo complexo de direitos fundamentais.

A separação dos poderes é fato político que se tornou jurídico por intermédio da inserção normativa no texto constitucional. Porém, ao transmudar-se para a natureza jurídica a nível constitucional, imbuu-se do conteúdo teleológico do sistema normativo vigente, que sob os resquícios do estado liberal consubstancia na limitação do poder do leviatã hobbesiano, assim a normatização da separação dos poderes não visa dizer o que o Estado não pode fazer, mas dizer tudo o que pode fazer.

O termo jurídico destinado a denominar a delimitação de qualquer poder é “competência”, a qual, por seu turno, é um subprincípio do macrodireito fundamental ao devido processo constitucional legislativo, executivo e judicial.

A finalidade teleológica da separação dos poderes como delimitadora de “tudo o que pode ser feito”, ao contrário de enunciativa “do que não pode ser feito”, importa porque os questionamentos acerca da violação da separação dos poderes pelo judiciário devam envolver o real sentido da expressão “separação dos poderes”

¹⁴⁴ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*. v. 113. Cambridge: Harvard, nov.1999-jun.2000, p. 640.

¹⁴⁵ DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2005, p. 91.

no problema, ou seja, o problema não é o judiciário ter agido como legislativo, mas que o judiciário não agiu como judiciário.

A Constituição da República brasileira estabelece simultaneamente a independência e harmonia entre os poderes no art. 2º, quando no art. 60 dita que não haverá proposta de emenda constitucional tendente a abolir a separação dos poderes está a dizer que não haverá proposta de emenda tendente a abolir a independência funcional e a harmonia entre os órgãos de poder, mas não fala de separação rígida entre as funções exercida por cada órgão, isto iria de encontro com a harmonia preceituada pelo art. 2º Constituição brasileira.

A independência e harmonia dos órgãos de poder são postos em função dos fundamentos do Brasil, consubstanciados segundo a Constituição brasileira na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, que, por seu turno, almejam a materialização prospectiva dos objetivos fundamentais relacionados em síntese à construção de sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 1º c/c art. 3º da CRFB).

A atuação dos poderes de forma positiva ou negativa deve ser feita sempre com a finalidade de atender os fundamentos e objetivos da República brasileira e não ser vista como sistema fechado, autossuficiente e autofundamentado.

A atuação dos órgãos de poder, quando feitas almejando-se atender aos fundamentos e objetivos da república, não constitui em atentado à separação dos poderes, mas consubstancia-se em legítimo exercício de legitimação e validação do sistema.

A afirmativa de que não é permitido aos órgãos de poder materializar os fundamentos da república brasileira é o que afronta a ideologia de separação dos poderes, vez que problemas de distribuição de competência entre o executivo da União e o judiciário da União são questões de limitação interna que não podem repercutir na “limitação” externa, que no estado constitucional brasileiro refere-se à materialização de direitos fundamentais.

Hamilton, Jay e Madison¹⁴⁶, ao adotarem posicionamento mais flexível em relação à separação dos poderes, argumentam que a perda da liberdade somente ocorrerá se advier a completa absorção do poder pelo outro, afirmação que vale não apenas em relação à liberdade, mas em relação a todos os demais direitos fundamentais.

A técnica de controle judicial dos direitos materializadores de políticas públicas, para Dias¹⁴⁷, antes de enfraquecer a “separação dos poderes”, a fortalece quando devidamente justificada para atender a finalidade desta, consubstanciada inicialmente na proteção das liberdades fundamentais.

O ente personalizado deve ser entendido como organismo criado em prol da finalidade de materialização do interesse público, para ser mais específico em prol do interesse público normatizado constitucionalmente e sintetizados nos fundamentos e objetivos da constituição brasileira.

Os fundamentos existentes no art. 1º da CRFB são a síntese do respaldo existencial do sujeito de direito público internacional República Federativa do Brasil, formada pelos sujeitos de direito público interno integrados pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, enquanto os objetivos fundamentais postos no art. 3º são a síntese do respaldo normativo da eficácia dos atos estatais.

Os entes personalizados têm o dever de persecução da teleologia fundamentadora da existência destes, colocando toda a estrutura em prol da materialização deste objetivo. A divisão orgânica desses entes é exemplo de técnica administrativa de descentralização do poder com objetivo de facilitar a atividade estatal de materialização dos fins constitucionais.

A pessoa jurídica, então, cria estes “órgãos” descentralizando o poder antes concentrado, permitindo a maior eficiência dos atos estatais. Cediço é que, no que concerne à separação em funções típicas e atípicas para cada órgão de poder da pessoa jurídica, esta possui fundamentos de controle de arbítrios, função de controle negativo, que a teoria da separação dos poderes relegou à questão.

Porém, nos estados neoconstitucionais hodiernos não se pode deixar de olvidar que ela também possui função de controle positivo, no sentido de auferir maior eficiência ao dever de materialização atual e prospectiva de direitos.

¹⁴⁶ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. [S.l.: S.n], 1998. Disponível em: < <http://www.constitution.org/liberlib.htm> >; Acesso em: 21 abr. 2010.

¹⁴⁷ DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2005, p. 90.

Assim como o real objetivo da limitação interna que fundamenta a separação do órgão de poder para a teoria clássica é assegurar a conduta negativa na limitação externa, para o neoconstitucionalismo, impregnado de valores sociais, a divisão orgânica do poder almeja assegurar a conduta positiva para a limitação externa.

Assim, pugna-se não pela “separação dos poderes” ou “tripartição dos poderes”, mas pela “coordenação dos órgãos de poder”. Questões internas dos entes, como o conflito de competência entre os órgãos de poder, não devem ser motivos para a não materialização de direitos fundamentais aos particulares.

Acreditar de forma inversa seria pensar que a técnica *repartição de competência* em órgão de poder se consubstanciaria num fim em si mesmo, quando, na realidade, em termos positivos, é assegurar a eficiência dos deveres de respeito a direitos fundamentais atribuídos aos Estados.

Tomemos como exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3999, onde se afirmou que o Tribunal Superior Eleitoral, ao disciplinar a questão da infidelidade partidária, o fez sem ter competência para tanto, usurpando a competência do legislativo e, mesmo que lhe fosse possível fazer, deveria esperar lei complementar do legislativo delegando a este tal capacidade:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). **Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral** (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as conseqüências da revelia (art. 3º, caput e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48

e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato "pertenceria" ao Partido.) **Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes** (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. **Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo.** 5. **As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar.** 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.¹⁴⁸

A ADI n. 3.999 apresenta exemplo de que quando um órgão fica inerte o outro deve agir até que a inércia seja suprida, sob pena de comprometer a materialização de direitos fundamentais.

A coordenação dos órgãos de poder no "ativismo judicial" possui papel basilar, pois pugna pela materialização do direito fundamental do particular por parte do Estado, independente de que órgão seja responsável por essa materialização.

Eventuais disputas de competência são brigas "domésticas" no âmbito da limitação interna que não devem repercutir para a seara da limitação externa, mas, ainda assim, essas questões internas somente devem ser analisadas depois de se ter assegurado que o pleito do particular está materializado ou será passível de materialização útil, conforme dispõe os princípios de acesso à justiça por intermédio das tutelas de urgência.

Trata-se de assegurar que os poderes serão harmônicos entre si para que haja maior eficiência na materialização dos direitos fundamentais. No momento em

¹⁴⁸ STF. ADI n. 3.999. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 05/05/2009. Grifos nossos.

que a “separação dos poderes” compromete a eficiência, então, conforme bem elucidou Cambi, a técnica estará fadada à decadência.

3.2 A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO

A separação funcional das competências a nível interno estatal importa o controle do órgão em relação a outro, porém não se pode esquecer que o próprio órgão de poder na execução dos atos materiais deste também exerce o controle interno, lecionando Capilongo que “a tripartição de poderes desenvolve não só controles recíprocos entre os Poderes, mas também enfrenta o problema da autoinibição de cada poder”¹⁴⁹.

Concorda-se com Capilongo a este respeito, vez que no exercício do controle de constitucionalidade o judiciário exerce a “autoinibição” em virtude de na fundamentação da decisão estar adstrito às balizas normativas estabelecidas pela norma constitucional.

É importante deixar claro que não são balizas políticas ou sociais, já que a constituição é norma pura, puro “dever-ser”, lecionando Kelsen¹⁵⁰ que não deve o jurista, ao interpretá-la enquanto teoria, buscar o fundamento de validade desta na sociologia ou na política. As balizas interpretativas são normativas.

Em sentido contrário está Appio¹⁵¹, o qual, mesmo a favor do controle judicial, leciona que o judiciário não está a exercer controle normativo, mas político da atividade jurisdicional. Discorda-se do autor por ele afirmar que o controle “político” é realizado em sede de ações coletivas e de controle de constitucionalidade, que são ações jurisdicionais que analisam a validade da norma em função da constituição ou outra norma hierarquicamente superior, por conseguinte, é controle “normativo”, não “político” como leciona.

A solução do caso concreto por intermédio de balizas normativas pré-postas é função típica do judiciário e a criação normativa advinda de situações concretas materializadas na demanda é uma das distinções entre a produção da norma pelo órgão legislativo e o órgão judiciário.

¹⁴⁹ CAPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 32.

¹⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, Passim.

¹⁵¹ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 64.

Apresentou-se o judiciário como guardião da força normativa da constituição, materializada inclusive com fins prospectivos no neoconstitucionalismo, para, em seguida, demonstrar que esta função típica deriva da opção de repartição de competências posta em função da eficácia dos princípios fundamentais constitucionais existentes no texto constitucional.

A partir de tais premissas, parte-se para a análise da legitimidade jurídica do judiciário, que é a capacidade para o exercício de determinada competência. Deixa-se claro que a tessitura dessa legitimidade é constantemente construída em virtude da possibilidade de “autoinibição”.

Como bem assevera Avelãs Nunes¹⁵², o estado de direito liberal foi a bandeira da burguesia na luta contra o estado aristocrático-absolutista e, em um segundo momento, instrumento de consolidação e sua perpetuação na classe dominante.

As desigualdades materiais ocasionadas pelo Estado liberal motivaram a mudança de posicionamento do poder público para, de espectador do joguete do mercado, tornar-se regulador deste.

O Estado, de certa forma, já contribuía para a regulação da economia por intermédio do poder de emitir moeda, porém, questões de mercado enquanto instituição jurídica¹⁵³, demandavam maior ingerência estatal no sentido de “defesa do capitalismo contra os capitalista”¹⁵⁴.

O inchaço do mercado – com novas tecnologias, novas modalidades de interação comercial, aumento da dimensão das empresas e concentração do capital – obrigou à mão invisível do direito a substituir a mão invisível da economia, doutrinando Avelãs Nunes:

As lutas da nova classe operária constituíram a forma mais visível e mais profunda de contestação do direito clássico (do direito burguês). A burguesia, porém, aprendeu as lições da história, o que facilitou a nova ordem jurídica do capitalismo, de princípios contrários aos “dogmas” da ordem liberal. O qualificativo *social*, que tempos antes

¹⁵² AVELÃS NUNES, António José. O Estado Capitalista. Mudar para permanecer igual a si próprio. In: OLIVERA NETO, Francisco José Rodrigues de et alii. *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 49.

¹⁵³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 35.

¹⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. Op.cit, p. 56.

carregava algo de subversivo, assume agora, aos olhos da burguesia, um ar protector e tranquilizador.¹⁵⁵

Os direitos sociais, a nível interno, em grande parte, devem-se à luta da classe operária contra a exploração desmedida dos donos de capital que exploravam os fatores de produção com amplas jornadas de trabalho em troca de pagamentos irrisórios, conforme leciona Cecato:

Os pilares do direito coletivo (e particularmente da liberdade de reunião e associação) são construídos a partir das lutas dos movimentos sociais e da persistência dos trabalhadores, então motivados pelo enfrentamento das deploráveis condições de trabalho nas fábricas da Revolução Industrial.¹⁵⁶

Porém, como bem leciona Dallari, a demonstração, a nível interno, dos direitos sociais também adveio de iniciativa dos próprios donos de fábrica que, preocupados com o direito à saúde na dimensão sanitária, tomaram, na Inglaterra, sérias medidas para evitar epidemias e garantir a saúde da força de produção que passava a se instalar nos grandes centros urbanos:

O ambiente industrial gerando o acúmulo de pessoas nas cidades – a urbanização é contemporânea à industrialização – mostrou que o industrial teria problemas em manter a sua força de trabalho produzindo. Sabe-se que existia desemprego no começo da industrialização porque a economia era cíclica: produzia-se primeiro determinada mercadoria que atendia a uma população restrita que tinha poder de compra e o que a indústria continuava produzindo não encontrava comprador. A solução era sempre despedir o pessoal para limitar os gastos. Mas o industrial sabia que algumas funções deveriam ser exercidas por determinados empregados, por aqueles empregados que já tinham aprendido a executá-las. Era muito mais barato ter aqueles empregados produzindo do que treinar novos empregados para fazer o mesmo serviço.¹⁵⁷

A pressão por direitos sociais vinda da classe trabalhadora e, de certa forma, por parte da própria classe industriaria, obrigou o Estado a sair da postura de inércia

¹⁵⁵ AVELÃS NUNES, António José. Op. cit., p. 50.

¹⁵⁶ CECATO, Maria Aurea Baroni. Direitos humanos do trabalhador: para além do paradigma da declaração de 1998 da O.I.T. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al. (Org.) *Educação em Direitos Humanos: Fundamentos teórico-metodológicos*. [S.l.s.e.], p. 354. Disponível em: < https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.redhbrasil.net%2Fdocumentos%2Fbiblioteca_on_line%2Feducacao_em_direitos_humanos%2F21%2520-%2520Cap%25202%2520-%2520Artigo%252013.pdf > Acesso em: 18 out. 2010.

¹⁵⁷ DALLARI, Sueli. Direito à Saúde. [S.l.]: Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/bib/dallari3.htm> >; Acesso em: 11 feV. 2010.

para passar a adotar postura ativa de provedor de determinada categoria de direitos em dimensão social, ampliando o campo de ação normativa do poder público com o intuito de preservar a sobrevivência da própria política de mercado. Segundo Koopmas:

[...] o tipo de estado que, com expressão aproximativa, chamamos de *welfare state*, foi principalmente o resultado da atividade legislativa. Os primeiros passos foram tomados na área da política social, mediante legislação pertinente ao direito do trabalho, da saúde e da segurança social; mas gradualmente as intervenções se estenderam à esfera da economia, mediante leis de caráter antimonopolístico, sobre a concorrência, transportes e agricultura; e, finalmente, chegamos à presente situação com a extensão do setor público, o exercício de generalizado controle do estado sobre a economia, a assunção da responsabilidade do estado em questões de emprego, a elaboração de planos de assistência social e o financiamento de atividades sem fins lucrativos, como, por exemplo, no campo das artes, obras públicas e renovação dos centros urbanos em decadência.¹⁵⁸

Esse aumento de competências do Estado dilatou o espectro de poder de interferência do “estado de bem-estar social”, essencialmente legislativo, com fins de promoção da redução de desigualdades materiais.

O inchaço da competência do legislativo piorou quando se promoveram os “novos direitos” tidos como coletivos, em sentido lato, cuja potencialidade danosa é de difícil liquidez, demandando ampla cognição sobre a questão.

O aumento dos encargos da função legislativa ocasionou a praga do “overload” em estados democráticos, obstruindo-se as pautas de discussões pelo excesso de matérias a serem abordadas e obrigando que o legislativo distribuísse parte da competência legislativa com o executivo.

Como exemplo está o regramento do instituto brasileiro da medida provisória, que, nos casos de relevância e urgência, determina ao executivo criar medida com “força de lei” submetendo ao Congresso Nacional para deliberação futura (art. 62 da CRFB).

Cappelletti reconhece que o estado legislativo transformou-se em função do aumento de competência, porém afirma que continua permanentemente se

¹⁵⁸ KOOPMANS, T. Legislature and Judiciary – Present Trends. In: *Nouvelles Perspectives d'un Droit Commun de l'Europe*. Leyden & Bruxelles: Sijthoff & Bruylant, 1978, p. 309 apud CAPPELLETI, MAURO. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antoni Fabris, 1993, p. 35.

transformando “em ‘estado administrativo’, na verdade ‘estado burocrático’, não sem o perigo de sua perversão em ‘estado de polícia’”¹⁵⁹.

Este fenômeno no Brasil pode ser bem apreciado em função do excesso de medidas provisórias feitas pelo executivo, que, em virtude do disposto no art. 62, §6º da CRFB, estava impedindo que o legislativo apreciasse as demais matérias que estavam a tramitar no Congresso Nacional.

A situação estava tão grave que legislativo havia se tornado órgão deliberativo exclusivo de medidas provisórias, a ponto de, em 2009, o presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Michel Temer, acertadamente ter se recusado a trancar a pauta da casa legislativa ao apreciar somente as medidas provisórias.

A constitucionalidade da questão ainda não foi apreciada em sede de cognição exauriente por parte do Supremo Tribunal Federal, mas este, ao apreciar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela no sentido de suspender a norma regimental criada pela presidência da Câmara dos Deputados, em decisão monocrática proferida pelo relator no MS 27.931, impetrado pelos Deputados Estaduais Carlos Fernando Coruja Agustini, Ronaldo Ramos Caiado e José Aníbal Peres de Pontes, opositores ao partido de Michel Temer, assim decidiu:

[...] A construção jurídica formulada pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, além de propiciar o regular desenvolvimento dos trabalhos legislativos no Congresso Nacional, parece demonstrar reverência ao texto constitucional, pois - reconhecendo a subsistência do bloqueio da pauta daquela Casa legislativa quanto às proposições normativas que veiculem matéria passível de regulação por medidas provisórias (não compreendidas, unicamente, aquelas abrangidas pela cláusula de pré-exclusão inscrita no art. 62, § 1º, da Constituição, na redação dada pela EC nº 32/2001) – preserva, íntegro, o poder ordinário de legislar atribuído ao Parlamento. Mais do que isso, a decisão em causa teria a virtude de devolver, à Câmara dos Deputados, o poder de agenda, que representa prerrogativa institucional das mais relevantes, capaz de permitir, a essa Casa do Parlamento brasileiro, o poder de selecionar e de apreciar, de modo inteiramente autônomo, as matérias que considere revestidas de importância política, social, cultural, econômica e jurídica para a vida do País, o que ensejará – na visão e na perspectiva do Poder Legislativo (e não nas do Presidente da República) - a formulação e a concretização, pela instância parlamentar, de uma pauta temática própria, sem prejuízo da observância do bloqueio procedimental a que se refere o § 6º do art. 62 da Constituição, considerada, quanto a essa obstrução ritual,

¹⁵⁹ CAPPELLETI, MAURO. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antoni Fabris, 1993, p. 39.

a interpretação que lhe deu o Senhor Presidente da Câmara dos Deputados. Sendo assim, em face das razões expostas, e sem prejuízo de ulterior reexame da controvérsia em questão, indefiro o pedido de medida cautelar.¹⁶⁰

A razão desta exposição é no sentido de demonstrar que a postura ativa do Estado, no sentido de promoção de direitos, não adveio de iniciativa do judiciário, ao contrário, nasceu de anseios sociais levados ao estado-legislativo, contudo, a ampliação do âmbito e da complexidade da matéria impede ao legislativo satisfatoriamente regulamentar a questão a tempo, sendo obrigado a dividir parcela da competência normativa com o executivo, que acaba por ter capacidade de ação ampliada.

O crescimento âmbito de ingerência na esfera particular por parte dos órgãos legislativos e executivos, bem como a mal fadada desconfiança ocasionada pela corrupção e falta de representatividade¹⁶¹, impôs o crescimento do judiciário para que pudesse exercer de forma satisfatória a atividade de “freio e contrapeso”.

O ente estatal é uno, porém descentraliza atividades para a maior eficácia das ações a serem adotadas. Caso um órgão cresça, o responsável pela contenção também é obrigado a crescer sob o perigo de ser suprimido por aquele.

O crescimento do judiciário é imposição de nossa própria época, ainda que, sob a teoria clássica da “separação dos poderes”, estivesse restrito ao malfadado destino de conter as extrapolações de competência do legislativo e do executivo; para que o faça, então, também é obrigado a crescer proporcionalmente.

Ressalte-se que este crescimento é fruto do próprio dever da tutela de direitos, já que hoje esta não se adstringe somente a proteger o particular ou a coletividade da ingerência dos poderes do Estado, mas solicita que estruturas físicas e normativas sejam criadas para o combate de arbítrios das mega potências particulares cujo poder econômico transcende os limites territoriais do país e influi de forma decisiva no mercado internacional, ocasionando riscos tão grandes aos particulares e à sociedade quanto os que o Estado é capaz de gerar.

¹⁶⁰ STF. MC no MS n. 27.931. Rel. Min. Celso de Melo. DJ 01/02/2010.

¹⁶¹ Cf. TRANSPARÊNCIA BRASIL. Disponível em: < <http://www.transparencia.org.br/> >. Acesso em: 7 maio 2010.

Sunstein¹⁶², contudo, trazendo o debate para a esfera da legitimidade social, leciona que as reivindicações sociais são questões de difícil captação pelos tribunais por serem os canais políticos mais sensíveis e efetivos quanto a estas.

Ao se questionar quais os anseios dos integrantes da sociedade aberta de intérpretes constitucionais¹⁶³ como fator de participação democrática nas decisões proferidas pelo poder judiciário, deve-se ter em conta que a legitimidade social das decisões judiciais é tema de extrema importância.

A saúde é direito constitucionalmente assegurado, a depender da efetivação de políticas públicas concretas que importam em investimentos financeiros por parte do Estado, que, constantemente, alega a precariedade de recursos para empregar em tal setor.

Cediço é que na seara do direito à saúde – objeto da garantia que estar-se a analisar - a vivência democrática é quem estabelece o seu conceito, pois Rivers¹⁶⁴, em estudo antropológico, constatou que o conceito de doença nas comunidades ditas tradicionais abrange tanto o conceito biológico quanto outros conceitos sociais advindos da religião, parentesco ou de concepções individuais acerca da vida digna.

Porém, conforme leciona Dias, a legitimidade social dos membros do judiciário não deflui da eleição pelos membros da sociedade, mas ocorre desde que haja condições adequadas para “garantir o acesso dos interessados ao debate público e que a razão pública seja realmente colocada em prática”¹⁶⁵, fazendo com que a questão levantada por Sunstein não seja resolvida no plano da legitimidade social, mas no plano da própria legitimidade jurídica, mais especificamente na tessitura da autoinibição.

Retornado o problema para o prisma da “autoinibição”, questão a ser posta diz respeito à criação da norma por parte do judiciário, já que é do órgão legislativo a função típica de legislar e realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo. Legislar no sentido de criação de normas “dever-ser” com características imperativo-autorizantes, assim definindo Diniz:

¹⁶² SUNSTEIN, Cass. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 142.

¹⁶³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13.

¹⁶⁴ RIVERS, W.H.R. *Medicine, Magic and Religion*. Londres: Paul Kegan, 1924 apud AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: A Proteção do Direito à Saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 44.

¹⁶⁵ DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2005, p. 145.

[...] é imperativa porque prescreve as condutas devidas e os comportamentos proibido e, por outro lado, é autorizante, uma vez que permite ao lesado pela sua violação exigir o seu cumprimento, a reparação do dano causado ou ainda a reposição das coisas ao estado anterior.¹⁶⁶

Radcliffe, acerca da criação normativa por parte do judiciário, doutrina:

[...] o juiz bem pode se empenhar na mais estrita adesão ao princípio de respeitar rigorosamente os precedentes; bem pode concluir toda tarde sua própria jornada de trabalho na convicção de nada haver dito nem decidido senão em perfeita concordância com o que os seus predecessores disseram ou decidiram antes dele. Mas ainda assim, quando repete as mesmas palavras de seus predecessores assumem elas na sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XX não tem o poder de falar com o mesmo tom e inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso; a situação referencial é diversa; e seja qual for a intenção do juiz, as sacras palavras da autoridade se tornam, quando repetidas na sua linguagem, moedas de nova cunhagem. Neste sentido limitado, bem se pode dizer que o tempo nos usa a nós todos como instrumentos de inovação.¹⁶⁷

Pressupõe o autor que todo ato de interpretação possui certo grau de criatividade. Inovando, o intérprete deixa a marca das concepções do tempo em que vive, concluindo ele que:

[...] o direito criado pelos juízes é sempre a reinterpretação dos princípios à luz de novas circunstâncias de fato [...] Os juízes não suprimem princípios, uma vez que estes são bem estabelecidos, mas os modificam, ampliam-nos, ou recusam a sua aplicação às circunstâncias de fato da causa.¹⁶⁸

A criação normativa por parte do judiciário, materialmente, em nada difere da produção normativa realizada pelo legislativo, ambos, no momento da criação da norma, estão materialmente vinculados aos preceitos dispostos na norma constitucional. Assim, tanto o legislativo ordinário quanto o judiciário estão impedidos de criar norma contra a constituição.

Em regra a produção normativa infraconstitucional no nível federal ocorre da seguinte maneira: o legitimado para iniciar o processo legislativo propõe projeto de

¹⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 373.

¹⁶⁷ RADCLIFFE, Cyril John. Not in Feather Beds: Some Collected Papers. London: Hamish Hamilton, 1968, p. 265 apud CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 23.

¹⁶⁸ RADCLIFFE, Cyril John. *Op.cit*, p. 25.

lei que é deliberado no Congresso Nacional; aprovado, o projeto vai ao executivo para que sancione ou vete; caso sancione, cria-se a lei infraconstitucional geral e abstrata, ou seja, valendo para todos e não levando em consideração situações concretas, mas hipotéticas.

Advindo o ato, a lei incide sobre ele tornando-o ato jurídico. Caso surja o conflito de interesses ocasionados pelo ato, a parte – tendo em conta a situação concreta – pode propor demanda em face do judiciário para que se manifeste acerca da questão.

Para que o judiciário produza a norma, primeiro tem o dever de analisar se a lei do legislativo é constitucional; se o for, então, tendo em conta a norma abstrata, cria norma para o caso concreto. Em atenção ao direito fundamental à igualdade começa criando norma geral para todos os casos concretos semelhantes, possuindo como balizas normativas a lei ordinária e a constituição, para então, após ter produzido a norma geral para os casos concretos, produzir a norma particular do caso concreto em específico que está sendo analisado.

Tomemos como exemplo o Mandado de Segurança n. 22.602/DF julgado no Supremo Tribunal Federal, escolhido por ter sido o julgamento do caso concreto que motivou a elaboração da Resolução n. 22.610/2007, a qual culminou na ADI n. 3.999, utilizada como exemplo na subseção anterior:

Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram

de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada.¹⁶⁹

Criou-se norma com caráter geral e abstrato, estabelecendo a perda do mandato ao parlamentar sempre que abandonar a legenda (Consulta n.1.398/2007 – TSE). O caso concreto foi levado ao judiciário que criou a norma geral para os casos concretos com o seguinte enunciado “todos os que violarem a norma da Consulta n.1.398/2007 devem perder o mandato”, e, em decorrência desta última, criou-se a norma para o caso particular no sentido de que “O parlamentar ‘X’ deve perder o mandato”.

O mesmo princípio também pode ser aplicado a outros tipos de julgamento. O problema, contudo, não ocorre quando existe lei ordinária constitucional para fundamentar que o judiciário crie a norma geral para os casos concretos nas razões do julgamento, mas advém quando a lei ordinária é inconstitucional ou quando esta não existe, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...] pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. **Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional**, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).¹⁷⁰

A celeuma da arguição de violação da separação dos poderes, nesses casos, deve-se principalmente pelo não reconhecimento por parte dos outros órgãos de que

¹⁶⁹ STF. MS n.26.602/DF. Rel. Min. Eros Grau. J. em 04/10/2007. DJ. 17/10/2008.

¹⁷⁰ STF. MC na ADPF n.45. Rel. Min. Celso de Melo. J. em 29/04/2004. Grifos nossos.

estão submetidos à força normativa da constituição, competindo, nos termos da própria constituição, ao judiciário dar a última palavra acerca do texto desta.

Outra possibilidade para a querela acerca da violação da “separação dos poderes” é que, em decorrência da não elaboração da norma ocasionada por interesses escusos, mascarados e imediatos – em virtude da não normatização auferem-se vantagem à maioria pela impossibilidade de materialização de certos direitos da minoria, ou concede-se vantagem à minoria evitando-se conflitos desta com aquela em prol de interesses mais imediatos – o judiciário estaria a interferir no jogo político atrapalhando os que se encontram em situação de vantagem por estar a servir como meio apto para a promoção da igualdade de direitos.

Repete-se que a nível material não existe qualquer diferença entre a produção normativa do órgão legislativo e do órgão judiciário, ambos estão obrigados a materializar os direitos estabelecidos na Constituição, a diferença está no processo de criação das normas¹⁷¹.

O devido processo constitucional estabelecido para o órgão judiciário difere substancialmente do devido processo constitucional estipulado para o legislativo ou executivo.

Como se afirmou que em termos de conteúdo material a norma criada pelos órgãos de poder em nada difere, os questionamentos acerca da invasão de competência constitucionalmente estabelecida para cada órgão devem ser resolvidos no plano da análise do procedimento devido.

Não se está a afirmar que a teoria neoconstitucional revogou as normas constitucionais que estabelecem competência privativa para determinado órgão de propor projeto de lei sobre determinada matéria, mas se quer dizer que, quando a inércia por um órgão comprometer a materialização de direitos fundamentais, então outro deve provisoriamente resolver o problema até que o órgão constitucionalmente o faça.

A ADI 3.999, citada na subseção anterior, serve como exemplo para esta afirmativa, porém pode-se citar outro exemplo jurisprudencial emblemático referente ao mandado de injunção.

O mandado de injunção é ação constitucional de controle concreto de constitucionalidade, proposta “sempre que a falta de norma regulamentadora torne

¹⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 74.

inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (Art. 5º, LXXI da CRFB).

O Supremo Tribunal Federal, até 2006, quanto ao mandado de injunção, adotou posicionamento jurisprudencial no sentido de admitir a corrente não concretista, estabelecendo que, caso o legislativo não elaborasse a norma, competiria apenas ao judiciário reconhecer formalmente a inércia e comunicar a casa legislativa para, se quisesse, elaborar a norma regulamentadora, restando ao particular somente impetrar outra ação com o objetivo de buscar reparação por eventuais danos ocasionados pela ausência da norma, conforme jurisprudência do STF:

Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada- e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n.283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se “prescindível” nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes “desde logo”, a possibilidade de ajuizarem, ‘imediatamente’, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.¹⁷²

Porém, em 2007, o STF adotou o posicionamento da corrente concretista geral. Concretista no sentido de que o judiciário está apto para materializar norma não elaborada no parlamento e geral por a norma valer não apenas para os que interpõem o Mandado de Injunção, mas para toda a coletividade, conforme MI 712:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À

¹⁷² STF. MI 284. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 26/06/1992.

INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 2º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. **INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS**, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...] 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. [...] 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] -- - é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.¹⁷³

O caráter geral da decisão proferida no MI 712 é justamente no sentido de que a norma geral para os casos concretos seja estendida para todos os casos concretos que forem levados ao judiciário, provando o caráter imperativo-autorizante da decisão para toda a coletividade.

Ademais, a materialização normativa de direito fundamental cuja competência normativa é constitucionalmente estabelecida como privativa do legislativo, demonstra que questões de distribuição interna de competência não devem atrapalhar a materialização eficaz dos direitos fundamentais.

A diferença entre a normatização realizada pelo judiciário e pelos demais poderes é processual. Cappelletti¹⁷⁴ afirma que a diferença está no fato de que o processo judicial advém da análise de casos concretos, com julgadores imparciais e insuscetíveis de controle externo, neste trabalho acrescenta-se a tais características a aptidão para a coisa julgada.

Para que o processo judicial exista, é necessário que pessoas com capacidade para serem partes proponham demanda em órgão investido de

¹⁷³ STF. MI 712. Rel. Min Eros Grau. DJ 31/10/2008. Grifos nossos.

¹⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 73 e ss.

jurisdição, assim, são pressupostos de existência do processo judicial as partes, o órgão investido de jurisdição e a demanda.

A demanda, por ser pressuposto para a existência de procedimento de produção normativa pelo judiciário, faz com que este esteja adstrito ao princípio da inércia inicial, não podendo, por conseguinte, o órgão judicial iniciar o processo de ofício, diversamente do que ocorre no processo administrativo e legislativo.

Carnelutti¹⁷⁵ leciona que demandar é atividade característica da parte, assim como o prover é característica da atividade jurisdicional. Nesses termos, o princípio da ação ou da demanda é o poder conferido somente às partes de ativar a tutela jurisdicional.

A regra é que o judiciário deve permanecer inerte até que alguém o provoque, as raras exceções envolvem situação em prol do próprio particular, como no caso de concessão de *habeas corpus* de ofício, e, mesmo em tais casos, afirma-se que a inexistência do princípio da demanda é controversa¹⁷⁶, se avaliadas as nuances de cada caso. Nestes termos a jurisprudência do STF:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTEMPESTIVIDADE. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VÍDEOCONFERÊNCIA. LEI PAULISTA 11.819/2005. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL JÁ RECONHECIDA POR ESTA CORTE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. PRECEDENTES. O recurso extraordinário é intempestivo, porquanto interposto antes da publicação do acórdão prolatado nos embargos de declaração, sem que se tenha notícia nos autos de sua posterior ratificação. O entendimento desta Corte é no sentido de que o prazo para interposição de recurso se inicia com a publicação, no órgão oficial, do acórdão que julgou os embargos declaratórios, uma vez que estes interrompem o prazo para interposição do extraordinário. No julgamento do HC 90.900, rel. para o acórdão min. Menezes Direito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou, por maioria, a inconstitucionalidade formal da Lei 11.819/2005, do Estado de São Paulo, por entender que tal diploma legal ofende o art. 22, I, da Constituição federal, na medida em que disciplina matéria eminentemente processual. Ordem concedida, de ofício, para decretar a nulidade do interrogatório realizado por meio de sistema de vídeoconferência, com base na Lei paulista 11.819/2005, e dos atos a ele subsequentes, à exceção das oitivas das testemunhas.

¹⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Direito Processual Civil. v. II. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 104.

¹⁷⁶ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 50-51.

Agravo regimental a que se nega provimento. Concessão de habeas corpus de ofício.¹⁷⁷

No caso do *habeas corpus* concedido de ofício, por exemplo, não se trata de ação de *habeas corpus* proposta por alguém, mas decisão *ultra petita* que levou em conta a tutela de valores superiores à instrumentalidade do processo, garantindo o direito fundamental à liberdade do paciente.

É cediço que o judiciário está adstrito ao brocardo *nemo iudex sine actore*, não podendo, por conseguinte, julgar sem que alguém de fora do órgão jurisdicional o provoque; isto se deve, em parte, à capacidade dispositiva que o titular possui sobre certos direitos patrimoniais, doutrinando Ovídio Baptista e Gomes que “Ninguém pode ser obrigado a exercer os direitos que porventura lhe caibam, assim como ninguém deve ser compelido, contra própria vontade, a defendê-los em juízo”¹⁷⁸.

O mesmo não ocorre no legislativo que tem como dever iniciar, independente de provocação, a atividade legislativa. Ainda que seja conferida a legitimidade para apresentar projeto de lei a outras pessoas, este dever é típico do órgão legislativo que irá deliberar acerca da proposta de lei (art. 61 da CRFB).

Como corolário do princípio da demanda está a limitação de que o judiciário deve respeitar o princípio da congruência, no sentido de que a sentença será adstrita às partes, à causa de pedir e ao pedido, a ponto de afirmar-se que a petição inicial configura o projeto da sentença no caso de procedência do mérito, conforme jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JULGAMENTO EXTRA PETITA . O petitum, expresso na inicial, ou mesmo extraído de seus termos por interpretação lógico-sistemática, limita o âmbito da sentença. Aliás, segundo os praxistas, a inicial não passa do projeto de sentença apresentado pelo autor. Assim, ainda que a defesa apresente situação mais favorável ao reclamante, o julgador não pode se afastar da pretensão deduzida. Agravo de instrumento provido. Recurso de revista, conhecido por malferimento dos artigos 128 e 460 do CPC, e provido.¹⁷⁹

¹⁷⁷ STF. AI 820070 AgR / SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. em 07/12/2010

¹⁷⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 49.

¹⁷⁹ TST. 2ª Turma. RR 4347500-33.2002.5.04.0900. Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires. J. em 20.10.2004. DJ 19/11/2004.

Verdade que o princípio da congruência pode ser relativizado pela relativização do princípio da demanda do qual aquele é corolário, tudo em prol de salvaguardar os direitos fundamentais das partes, notadamente no que concerne a tutelas coletivas, conforme ensina Destefenni:

A garantia da ação ou da inafastabilidade é constitucional, não a inércia. O que não se admite é o legislador ordinário opor óbices ao acesso à Justiça. Nada impede, todavia, seja desconsiderada regra da inércia, por questões de política legislativa ou conveniência, permitindo-se ao juiz, em determinadas situações, dá início ao processo sem provocação da parte.¹⁸⁰

O caso emblemático de alteração da congruência objetiva entre o pedido e o dispositivo da decisão seria o art. 461 do CPC, que determina:

CPC - Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...] § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem relativizado o princípio da congruência para salvaguardar direitos fundamentais, como o direito à saúde, permitindo inclusive o bloqueio de verbas públicas, nos termos do art. 461, §5º e 461-A do CPC:

ADMINISTRATIVO – FAZENDA PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – CABIMENTO – ART. 461, § 5º, E ART. 461-A DO CPC – DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per se, viola direitos indisponíveis, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano.

2. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art.

¹⁸⁰ DESTEFENNI, Marcos. *Estabilidade, congruência e flexibilidade na tutela coletiva*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, p. 166.

461, § 5º, do CPC, uma vez tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica.

3. O direito à saúde deve prevalecer sobre o princípio da impenhorabilidade dos recursos públicos. Nas palavras do Min. Teori Albino Zavascki pode-se ter por legítima, ante a omissão do agente estatal responsável pelo fornecimento do medicamento, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente. (REsp 840.912/RS, Primeira Turma, julgado em 15.2.2007, DJ 23.4.2007)

4. Não há que se sujeitar os valores deferidos em antecipação de tutela ao regime de precatórios, pois seria o mesmo que negar a possibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando o Supremo Tribunal Federal apenas resguarda as exceções do art. 1º da Lei 9.494/97. Precedente¹⁸¹.

Mas mesmo no caso emblemático da conversão da tutela específica em resultado prático equivalente, por causa do princípio da cooperação a parte deve ser consultada acerca do resultado prático equivalente determinado pelo juízo que diverge do pedido inicial, pois ela, em vez de ficar com a solução “equivalente” sugerida pelo juízo, poderá optar por converter a causa para a realização da análise de perdas e danos pecuniários (art. 236 e 248 do Código Civil).

Note que nos casos de conversão da “tutela específica” em “tutela do equivalente”, em função do princípio da cooperação e do princípio da demanda, para que haja a alteração dos limites objetivos da ação é fundamental a manifestação da parte, não podendo o juízo, à revelia dos litigantes, proferir decisão *extra* ou *ultra petita*, pegando as partes de surpresa. Tal violaria inclusive a boa-fé objetiva que deve nortear a produção da norma judicial.

Essa manifestação seria hipótese excepcional de alteração dos limites objetivos em decorrência de fato superveniente, nos termos do art. 462 do CPC interpretado de forma ampliativa.

Isso não ocorre na produção da norma pelo executivo ou legislativo, já que, conforme o resultado do debate, o conteúdo do projeto inicial pode ser ampliado, desde que respeite limitações materiais impostas pela a constituição (art. 7º da Lei Complementar n.95/1998), a exemplo do princípio da exclusividade orçamentária (art. 165, §8º da CRFB), que dita, entre outras coisas, que o tema da emenda deve ser conexo com o tema inicialmente proposto no caso em projetos de iniciativa exclusiva, nos termos da jurisprudência do STF:

¹⁸¹ STJ. AgRg no REsp n.935.083/RS. Rel. Min.Humberto Martins. J. em 02/08/2007.

Tratando-se de projeto de lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, não pode o Poder Legislativo assinar-lhe prazo para o exercício dessa prerrogativa sua. Não havendo aumento de despesas, o Poder Legislativo pode emendar projeto de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, mas esse poder não é ilimitado, não se estendendo ele a emendas que não guardem estreita pertinência com o objeto do projeto encaminhado ao legislativo pelo Executivo e que digam respeito à matéria que também é da iniciativa privativa daquela autoridade.¹⁸²

O princípio da demanda tem forte correlação com o dever de imparcialidade do órgão jurisdicional, que por impedir ao judiciário que inicie a demanda, acaba por trazer garantia de que o servidor que a julgará não se comprometerá inicialmente com determinado lado, sendo imparcial até a prolação da decisão.

A imparcialidade é um dos requisitos de validade relacionados ao juízo. Ainda que o procedimento seja instaurado, se o servidor for parcial o processo será inválido desde o momento em que ele proferir algum ato de cunho decisório.

O Código de Processo Civil trata seriamente o requisito de validade da imparcialidade, elencando os casos de impedimento e suspeição no art. 134 e seguintes, sendo em determinados casos fundamento para a desconstituição da coisa julgada por intermédio de ação rescisória, nos termos do art. 485, II do CPC, conforme jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª região:

PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. IMPEDIMENTO DO JUIZ. SENTENÇA SUBSTITUÍDA PELO ACÓRDÃO. NULIDADE ABSOLUTA. 1. Em se tratando de vício insanável, decorrente da presunção absoluta de parcialidade, a sentença proferida por juiz impedido, embora substituída pelo aresto do Tribunal, pode ser desconstituída por meio de ação rescisória. 2. A imparcialidade do juiz constitui pressuposto processual de validade, pois essa é a principal qualidade do julgador, exigida para que se coloque como terceiro estranho ao conflito de interesses posto em juízo. 3. As hipóteses arroladas no art. 134 do CPC merecem interpretação estrita, sem temperamentos no tocante ao efetivo prejuízo da parte. 4. Uma vez que o magistrado sentenciante interveio em processo conexo aos embargos à execução, na condição de procurador do INSS, há presunção absoluta de parcialidade, que o impede de decidir a lide. 5. É desnecessário novo julgamento da causa, porque haveria eliminação de um grau de jurisdição. Anulam-se a sentença e todos os atos processuais posteriores, nos Embargos à Execução.¹⁸³

¹⁸² STF. ADI 546. Rel.Min. Moreira Alves. DJ 14/04/2000.

¹⁸³ TRF4. AR n. 26.530. Rel. Des. Joel Ilan Paciornik. J. em 30/10/2006. DJ 16/11/2006.

Esta mesma imparcialidade não ocorre no processo legislativo, que muitas vezes é regido pela vontade do grupo dominante, que não necessariamente representa a maioria.

A composição das casas legislativas, além de estarem divididas em interesses diversos de alcance e manutenção do poder, também se cinde em grupos com interesses ideológicos e materiais diversos.

Surge, no legislativo, bancadas ruralistas, industriais, evangélicas, entre outras, que, apesar de às vezes representar número diminuto de interesses em proporção do número de cidadãos, ganham destaque e aprovação nos projetos por serem bem articuladas.

Como todo monólogo é burro, esta pluralidade de ideologias políticas, quando bem intencionadas, são fruto do próprio embate democrático – apesar de em tese estarem violando o princípio basilar da democracia no sentido “governo da maioria”¹⁸⁴ –, porém, quando a cisão é perniciosamente embasada em práticas clientelistas, compromete a materialização de direitos fundamentais no ordenamento.

Assim, o processo de criação de normas pelo executivo ou pelo legislativo é marcado pela parcialidade dos interesses, dificilmente grupo minoritário ou pouco organizado ganhará êxito na materialização de direitos constitucionais válidos em tais searas.

Ademais, como garantidor da imparcialidade está a independência, que faz as decisões judiciais serem insuscetíveis de controle externo, em especial quando tal garantia é destinada ao juiz, lecionando Cintra, Grinover e Dinamarco:

Além dessa independência política e estribada nela, existe ainda a denominada independência jurídica dos juizes, a qual retira o magistrado de qualquer subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades funcionais; o juiz subordina-se somente à lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência.¹⁸⁵

Isso tem repercussões na estrutura procedimental do processo judicial, vez que, pelo princípio do acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição, qualquer

¹⁸⁴ ARISTÓTELES. *A Política*. Disponível em: < <https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.cfh.ufsc.br%2F~wfil%2Fpolitica.pdf> >; Acesso em 20 Jul. 2010, p. 123.

¹⁸⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 181.

questão relacionada a atos dos outros órgãos de poder e ou de particulares poderá ser levada ao judiciário; contudo, as decisões judiciais somente podem ser impugnadas no âmbito do próprio judiciário, fundamentando a estrutura recursal do órgão.

Outra característica marcante da criação da norma judicial em relação à norma legislativa, e nem sempre em relação à norma criada pelo executivo, diz respeito à concretude.

O legislativo sempre cria a norma levando em consideração questão hipotética pressuposta, enquanto o judiciário decide tendo em conta questão concreta posta. Essa diferença é marcante, pois o legislativo cria norma no ante-fato e o judiciário, no pós-fato.

Compreender essa diferença é essencial e de extrema importância, pois dizer que o judiciário está “legislando”, ou seja, agindo nos limites de competência do legislativo, importa necessariamente dizer que o judiciário, ao criar a norma, faz tendo em conta fato futuro – o que não é verdade.

Tendo em conta esses apontamentos diferenciadores da produção normativa pelo judiciário, retorna-se ao argumento de Sunstein¹⁸⁶, ao lecionar que as reivindicações sociais são questões de difícil captação pelos tribunais, sendo os canais políticos mais sensíveis e efetivos para a captação dos anseios da sociedade.

Em verdade, os “canais políticos” são órgãos de extremo valor democrático, os parlamentares do legislativo e os chefes do executivo brasileiro adquirem o mandato por intermédio de eleições democráticas, periodicamente realizadas.

Porém não se deve supervalorizar a capacidade dos servidores dos demais órgãos em detrimento das dos servidores do judiciário. As eleições democráticas exigem para que o cidadão esteja habilitado a tomar posse como parlamentar, somente que o cidadão tenha atingido idade determinada, conforme o cargo que pretenda concorrer, esteja filiado em partido político e seja alfabetizado.

A constituição não exige qualquer conhecimento técnico para que o cidadão seja eleito, por isso, a mais diversificada plêiade de classes sociais e graus de instrução compõe o Congresso Nacional brasileiro: de palhaços e jogadores de

¹⁸⁶ SUNSTEIN, Cass. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 142.

futebol aventureiros na política a sindicalistas com eras de militância e ex-diplomatas com alto grau de instrução.

Essa mistura de classes e níveis de instrução, em tese, deve levar ao Congresso Nacional os anseios da população, que é tão diversificada quanto os membros das casas legislativas, contudo, a esta classe variada também é imposto que seja deliberado acerca de assuntos extremamente importantes, de alto teor técnico, como política financeiro-orçamentária, exportação, diferenciação dos níveis de proteção ambiental, entre outros. Temas cujos membros das comissões na maioria das vezes não possuem conhecimento técnico suficiente para deliberar de forma satisfatória acerca do problema, a despeito de terem ou não avançada experiência política.

Isso, de forma alguma, deprecia o resultado da atividade deliberativa das comissões ou do plenário do legislativo, pois estes se valem de pareceres técnicos prévios e, quando julgam necessário, de audiências públicas para que, conforme as conclusões dos relatórios, possam deliberar com maior conhecimento acerca da causa.

Ateste-se que o resultado de tais deliberações será sempre decisão política baseada em critérios de oportunidade e conveniência, estando vinculadas tão somente à norma constitucional, independente dos pareceres dos peritos serem em sentido favorável ao projeto ou não.

Sucedo que o processo judicial também possui as mesmas ferramentas para a elaboração da norma do caso concreto. Caso o juízo não possua conhecimentos técnicos suficientes para a resolução da questão, este pode se valer de peritos devidamente constituídos, respeitadas as peculiaridades do processo judicial.

Diz-se isso porque o processo judicial, quando instaurado em função da existência de lide, é criado pela apresentação de pontos de vistas antagônicos, razão pela qual o perito é submetido ao questionamento de ambas as partes do conflito, o que acaba por auferir maior carga de compromisso por parte do técnico (art. 146 c/c 422 do CPC), mas, a despeito disso, como o perito é apenas colaborador do juízo, caso o magistrado entenda que a perícia foi insuficiente, está autorizado a determinar que outra se faça.

Ademais, em decorrência da característica da imparcialidade que difere o processo judicial do processo legislativo, mesmo que o juiz possua conhecimentos técnicos para elucidar a questão, este deve chamar o perito se a prova pericial for

imprescindível, lecionando Dinamarco que “Do contrário, o juiz acumularia a função de perito, impossibilitando a adoção do correspondente procedimento probatório e amputando às partes a oportunidade de participar dele pela forma que a lei lhe assegura”¹⁸⁷.

Por fim, outra diferença é que, enquanto a perícia solicitada pelo órgão legislativo será arcada pelo erário da fazenda pública, a perícia judicial, em regra, será arcada pelas partes do conflito, salvo no caso de justiça gratuita. Peculiaridade pequena, porém não menos importante no sentido de afirmar que a mesma produção técnica feita pelo legislativo na produção da norma geral e abstrata sairá sem custo para o Estado na produção da norma concreta, quando este não for parte, configurando vantagem da perícia no âmbito judicial.

Ato contínuo, no que concerne às audiências populares, também é dada ao judiciário a oportunidade para realizá-las com o intuito de averiguar os anseios dos participantes de determinados conflitos de proporção coletiva.

As audiências públicas realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal consubstanciam-se em instrumento de pesquisa para o intérprete e estabelecem o diálogo entre o judiciário e os demais intérpretes constitucionais, com o intuito de auferir maior “qualidade” às decisões.

Mendes¹⁸⁸ ressalta que as decisões tomadas em sede de antecipação dos efeitos da tutela nos temas relacionados ao direito à saúde são realizadas em júzos de cognição sumária por juízes de primeiro grau, que, muitas vezes, não possuem tempo para fazerem maiores pesquisas a respeito de questões extremamente complexas que envolvem prestações urgentes e imprescindíveis, sendo a audiência pública relevante e sofisticado processo de racionalização das informações.

As audiências públicas foram inicialmente previstas no art. 9º, §1º da lei 9.868/99, a qual autoriza o relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência de informações existentes nos autos, fixar data para ouvir depoimentos e pessoas com experiência e autoridade na matéria.

¹⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.3.3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 586.

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Abertura. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública, convocada em 05 de março de 2009*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf>; Acesso em: 18 NoV. 2009.

O sucesso no estabelecimento do canal de diálogo como fator de legitimidade das decisões do STF fez com que as audiências públicas fossem estendidas a outros tipos de procedimentos por intermédio do art. 13, XVII do Regimento Interno do STF, que atribui ao Presidente do Tribunal a competência de convocar audiências públicas para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral de interesse público relevante, debatidas no âmbito do STF, sendo que os dados levantados ficarão arquivados na Presidência do STF e poderão ser utilizados por todos os ministros, na elaboração de decisões e votos, em qualquer processo em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

A audiência pública realizada na seara do STF apresenta-se como instrumento valioso para estabelecer o contato direto entre o judiciário e demais interessados na aplicação da norma debatida, consubstanciando-se em ótimo instrumento para a análise do posicionamento das instituições pelo intérprete¹⁸⁹.

Rawls leciona que “numa sociedade democrática, a razão pública é a razão de cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar sua constituição”¹⁹⁰.

A audiência pública configura apenas exemplo das possibilidades de escuta da razão pública a auferir legitimidade social às decisões judiciais; o instituto do *amicus curiæ* é outro exemplo, sendo que mesmo em processos onde não seja estabelecido o procedimento de consulta popular, a fundamentação judicial emanada do contraditório substancial e formalmente válido servirá como justificação¹⁹¹.

Assim, as alegações de Sustein de dificuldades da captação dos anseios políticos por intermédio do judiciário devem ser desconsideradas ou, ao menos, imputadas concomitantemente aos demais órgãos de poder, em virtude da debilidade administrativa genérica de todo o aparato estatal.

¹⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao poder judiciário. *Audiência Pública n. 4, convocada em 05 de março de 2009*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf>; Acesso em: 18 NoV. 2009.

¹⁹⁰ RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000, p. 263.

¹⁹¹ A justificação da razão pública materializada nas razões do julgamento servirá para a formação do precedente, o que fundamenta inclusive o julgamento nos termos do art.285-A do CPC.

A questão posta por Sustain talvez seja no sentido de que o judiciário brasileiro não possui juízes de carreira democraticamente eleitos em eleições participativas para toda a comunidade, por conseguinte, as normas criadas pelo órgão são dotadas de caráter antidemocrático pela falta de representatividade. Dworkin cita esta questão entre os argumentos contra a postura ativa do judiciário:

[...] De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis.¹⁹²

Mas, como se expôs, a falta de representatividade também pode acontecer em órgãos legislativos, que, ao invés de representar a maioria que o elegeu, cede a grupos minoritários com interesses econômicos imediatos, fazendo com que a lei não seja a vontade da maioria, mas daqueles melhor organizados, conforme leciona Tavares:

É necessário considerar, entretanto, que, no Brasil, a representação proporcional torna-se vulnerável ao corporativismo precisamente em virtude da ausência de mediação partidária efetiva não só no processo eleitoral, mas sobretudo no processo parlamentar: esse fenômeno, por sua vez, é claramente o resultado da combinação entre o voto uninominal, a inconsistência do cociente partidário – que simplesmente desaparece quando há coligação – e a possibilidade de financiamento privado não a partido, suscetíveis de responsabilização eficaz, mas a candidatos selecionados discretamente e com abstração dos partidos, por qualquer tipo de corporação ou interesse.¹⁹³

Reconhece-se que esse argumento não é suficiente para elucidar a questão, pois, se a falta de representatividade vivenciada pelos órgãos legislativos de alguns países ocidentais é possível, é cediço que ela não é necessária. Ademais, eventual desvio representativo do órgão legislativo não serve de *per se* para legitimar a produção da norma por parte do judiciário.

Não é inteiramente verdade que o judiciário seja despido de qualquer vestígio de representação advinda da nomeação majoritária pelos cidadãos, pois, no mínimo,

¹⁹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 132.

¹⁹³ TAVARES, José Antônio Giusti. *Representação política e governo*: J.F. de Assis Brasil dialogando com os pósteros. Canoas: Ulbra, 2005, p. 137.

para os tribunais de justiça e cortes superiores, há a dependência de forma indireta da representatividade democrática para a formação.

A nomeação de um quinto dos desembargadores que integram os tribunais estaduais deve ocorrer nos termos do art. 94 da Constituição, que estabelece:

CRFB - Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

A participação do órgão executivo, eleito por intermédio do voto majoritário, é indício de que o judiciário não está totalmente livre dos desígnios do representante da maioria, que impõe os seus interesses no momento de optar entre os membros da lista tríplice que lhe é enviada.

No que concerne à composição dos tribunais superiores, a influência política no momento da escolha torna-se mais preponderante, já que, por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça todos os ministros são escolhidos pelo Presidente da República, após aprovação por parte do Senado Federal, conforme dispõe o art. 104 da constituição:

CRFB - Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros. Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal; II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pelo exercício do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, tendo como parâmetro a constituição da república, a escolha é livre, não sendo sequer adstrita à classe de

bacharéis em direito, exigindo-se somente que a pessoa tenha notório saber jurídico, reputação ilibada e esteja na faixa etária entre 35 e 70 anos.

A história apresenta como exemplo a nomeação do médico Cândido Barata Ribeiro para integrar o quadro da suprema corte em 1893, que, contudo, após um ano de exercício da atividade de ministro, não foi admitido pelo Senado em virtude de este ter considerado que aquele não possuía “notório saber jurídico”¹⁹⁴, mas que demonstra ser possível a nomeação de não bacharel em direito.

Ato contínuo, o quadro de servidores de carreira nomeados para integrar a magistratura somente pode ocorrer por intermédio de concurso público, nos termos do art. 93, I da CRFB. O que, em princípio, retira a escolha da maioria na nomeação do magistrado, porém, quando visto de outro ângulo, permite a participação da maioria em “se tornar” magistrado.

Ainda que tal acesso seja restrito aos bacharéis em direito com o mínimo de três anos de atividade jurídica, tal fato está longe de criar uma oligarquia pela miscigenação do grupo que integra a classe, proveniente das mais diversas camadas econômicas da sociedade e dos mais diversificados polos geográficos do Brasil.

Faz prova desta busca por “representatividade” dentro da carreira da magistratura os constantes esforços advindos de políticas afirmativas no sentido de permitir que grupos minoritários compensem as dificuldades sociais de acesso à carreira por intermédio da destinação de cotas, como, por exemplo, a reserva de vagas obrigatória às pessoas com deficiências.

Sob a perspectiva de quem elabora a norma apresenta justificativas para entender que há representatividade indireta, porém vai além para demonstrar que também existe participação democrática no processo judicial em decorrência da natureza do procedimento.

Como a norma judicial é criada em função do princípio do acesso à justiça na dimensão objetiva, a própria estrutura procedimental acaba por legitimar socialmente a produção normativa por parte do judiciário.

O direito fundamental ao acesso à justiça é destaque legitimador, pois em decorrência da natural parcialidade dos envolvidos no processo legislativo e executivo, determinados atores são excluídos por não se aliarem ao grupo político

¹⁹⁴ STF. *Ministros*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=217> > ; Acesso em: 19 Jul. 2010

dominante, tendo extrema dificuldade de acesso para conseguir audiências com os parlamentares, o mesmo não ocorre no judiciário, que é obrigado a estar de forma perene com as portas abertas para atender ao jurisdicionado.

O judiciário quando analisa a demanda está obrigado a assegurar igualdade material de armas das partes durante o procedimento (art. 5º, LV da CRFB), isto o obriga a primar pelo contraditório substancial, no sentido de efetivamente escutar com imparcialidade as questões levadas a juízo.

Ademais, o sistema de probatória aufere ao juiz o poder de livre persecução racional das provas, sendo a ele atribuído o ônus da busca pela verdade fática, independentemente das provas já juntadas aos autos. Mesmo quando a lei exija que determinado meio de prova seja produzido como condição de procedibilidade, tal meio será tido apenas como requisito mínimo e não servirá para influenciar de forma absoluta a cognição sobre a matéria.

Como corolário do princípio da livre persecução racional, os meios de prova são somente elencados de forma exemplificativa, competindo ao juízo determinar outros meios atípicos, desde que sirvam para elucidar a questão, sendo, por conseguinte, facultado inclusive a instauração de consultas públicas à coletividade, técnica importante no caso das ações coletivas.

Este dever de escuta aproxima o judiciário do jurisdicionado, ocasionando o paradoxo da aproximação pela imparcialidade, lecionando Cappelletti:

Em conclusão e síntese deste quarto argumento, pode-se dizer portanto que, embora a profissão ou carreira dos juízes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constrange, todavia, dia após dia, a se inclinar sobre essa realidade, pois chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida. Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade que, contudo, necessita de certas condições para ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais.¹⁹⁵

O direito ao contraditório acaba por tornar a produção da norma pelo judiciário mais participativa do que a elaborada pelo legislativo, assegurando direitos fundamentais de grupos minoritários ou mal organizados conforme leciona Liberati, Ceretti e Giasanti:

¹⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 105.

Un ulteriore settore ove l'attivismo giudiziario è ovunque significativo è rappresentato dalla protezione dei diritti sociali e degli interessi diffusi, dalle azioni a tutela di interessi collettivi, trovano accesso alle procedure giudiziarie i gruppi che non sono in grado di accedere al processo politico. Il sistema giudiziario diventa così uno strumento di intervento diretto e di partecipazione dei cittadini e ne riceve legittimazione democratica.¹⁹⁶

Os mecanismos jurisdicionais de controle são ampliados, na medida em que as minorias legislativas se veem contingenciadas pela limitação numérica. Nesse momento, a produção normativa leva em consideração o significado substancial de democracia, estipulado no sentido de vontade da maioria, sem esmagar direitos fundamentais da minoria, como leciona Barak:

The second aspect of democracy is reflected in the rule of values (other than the value of majority rule) that characterize democracy. The most important of these values are separation of powers, the rule of law, judicial independence, human rights, and basic principles that reflect yet other values (such as morality and justice), social objectives (such as the public peace and security), and appropriate ways of behavior (reasonableness, good faith). This aspect of democracy is the rule of democratic values. This is a substantive aspect of democracy. It too is of central importance. Without it, a regime is not democratic.¹⁹⁷

O judiciário está a assegurar que direitos fundamentais mínimos da minoria serão garantidos a ponto de esta não ser esmagada pela maioria, na filosofia bobbiana de que “todos devem ser tolerados, salvo os intolerantes”¹⁹⁸. A ideologia da maioria somente existe em função da preservação do espaço plúrimo, logo a destruição de minorias seria contra a diversidade necessária que deve existir na democracia.

O judiciário no Brasil quando atua de forma “contra-majoritária”, tendo como parâmetro a constituição, está a preservar a existência da própria maioria por intermédio da preservação do espaço democrático e salvaguarda de direitos fundamentais.

O judiciário, ao permitir o acesso de minorias sem representantes no parlamento para que exponham o posicionamento em igualdade material com a outra parte, está a demonstrar que a elaboração da norma do caso concreto possui

¹⁹⁶ LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI. *Governo dei giudici: La magistratura tra diritto e politica*. Milão: Giangiacomo Feltrinelli, 1996, p. 195.

¹⁹⁷ BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, p. 24.

¹⁹⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 196.

representatividade, a ser esta produção normativa inclusive mais participativa do que a que ocorre no legislativo.

Ato contínuo, a criação da norma pelo judiciário está sujeita ao controle público talvez até mais do que a norma produzida no parlamento, já que o judiciário é obrigado a expor as razões da decisão, nos termos do art. 93, IX da CRFB, obrigando-o a considerar a “qualidade” da norma produzida.

A materialização efetiva da norma é questionada pelo neoconstitucionalismo (pós-positivismo constitucional) também em termos de materialidade qualitativa em vez de somente através formalidade subsuntiva, como o faz o positivismo teórico, justamente em virtude da função prospectiva daquele.

A pesquisa qualitativa questiona qual a interpretação socialmente mais adequada da norma, a orientar o caminho para a decisão constitucionalmente mais acertada, lecionando Marques de Lima:

O intérprete tem seus compromissos jurídicos, tais como: conferir eficácia à norma, extrair o máximo grau de justiça que ela possa oferecer, fazê-la alcançar o maior número possível de destinatários preservar seu conteúdo isonômico, assegurar-lhe a progressividade, amoldá-la às situações concretas, estabelecer vínculos entre seu lado meramente normativista e a perspectiva fática, aplicá-la racional e fundamentadamente, dar continuidade ao trabalho do legislador etc.¹⁹⁹

A norma como instrumento de coesão social aufere coerção psicológica ao destinatário, porém, por vezes, não é suficiente para a materialização dos ditames normativos, fazendo-se necessário a aplicação da sanção (preceito secundário).

A situação agrava-se quando a norma não possui, em tese, o preceito secundário, como nas normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático, ocasionando que a sanção da norma se transmude da natureza condenatória para a natureza mandamental (obrigação de fazer ou não fazer), a gerar celeumas acerca do princípio republicano da separação dos poderes.

A materialização da norma constitucional, independente da sua função psicocoercitiva, eventualmente necessitará da atuação positiva ou negativa dos órgãos de poder do Estado. Nesse diapasão, a análise da atuação das instituições responsáveis pela materialização dos preceitos constitucionais, notadamente no que

¹⁹⁹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira - Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54.

concerne ao direito à saúde, entre elas o judiciário, é importante para a constatação de eventual extrapolação aos limites impostos ao subjetivismo da interpretação constitucional consubstanciados nos limites normativos existentes nas balizas estabelecidas pela própria Constituição e nos limites fáticos existentes no fato social.

A ambição de efetividade das normas constitucionais, pautada na norma-princípio da dignidade humana, deve se referenciar em termos qualitativos pelos vários valores e princípios da sociedade aberta de intérpretes constitucionais²⁰⁰, lecionando Marques de Lima que “o intérprete há de estar ciente da conjuntura nacional (política, social e economicamente) e afinado com a realidade social, percebendo seus anseios e carências”²⁰¹, apontando, como referencial para a aplicação do melhor Direito possível à dignidade humana, os direitos fundamentais, a coesão social, a união nacional dos cidadãos, os interesses federativos e democráticos a preservação das instituições, a ordem e o desenvolvimento²⁰².

A apuração do regime político de fato vivenciado pelo povo é importante, pois, constituições sócio-democráticas podem vigor sem eficácia entre instituições libero-oligárquicas de povos desprovidos de “sentimento constitucional”, acerca do qual leciona Lucas Verdú que configura sentimento de adesão mais ou menos consciente às normas e instituições constitucionais por estas serem boas à promoção da convivência do povo²⁰³.

Por tais razões, Marques de Lima leciona que o intérprete precisa conhecer o tipo de Estado que está a analisar, sendo a “ciência da forma e do sistema de governo essenciais à consciência constitucional do hermeneuta, bem ainda o conhecimento do modelo básico de produção”²⁰⁴, doutrinando Mendes:

A Constituição de 1988, aprovada num contexto econômico e social difícil, faz clara opção pela democracia e sonora declaração em favor da superação das desigualdades sociais e regionais. Precisamos expandir a capacidade do Estado social de se desenvolver e buscar

²⁰⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13.

²⁰¹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira – Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54.

²⁰² Id., *ibid.*, p. 40.

²⁰³ VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 75.

²⁰⁴ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Op. cit.*, p. 54.

a concretização efetiva dos direitos sociais por meio da afirmação das liberdades.²⁰⁵

Deve-se ter em mente que apesar de o fator legitimidade manifestado pela razão pública materializada na fundamentação judicial ser de extrema importância, conforme leciona Dias, o controle judicial não determina que o judiciário distribua por si próprio os bens sociais, “mas apenas atue como controlador dos meios empregados pelas políticas, sendo uma atuação claramente derivada e especificamente relacionada a um sistema de garantia dos direitos fundamentais”²⁰⁶, complementando Cappelletti que:

[...] também é verdade, contudo, que o juiz, vinculado a precedente ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na equidade ou em análogos e vagos critérios de valoração.²⁰⁷

Dworkin leciona que tanto os princípios quanto as “policies” poderiam justificar a decisão nos “hard cases”, porém doutrina que o Tribunal “deve tomar decisões de princípio e não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral”²⁰⁸.

MacCormick²⁰⁹, enquanto positivista, contesta Dworkin, afirmando que é verdade acerca do judiciário ter “arbítrio fraco” nos “casos exemplares” e concordando que os direitos devem ser “levados a sério”, mas coloca os princípios jurídicos como instrumentos de racionalização da fundamentação judicial, não como normas que condicionam resultados obrigatórios, e afirma que “as esferas do princípio e da política não são distintas e mutuamente opostas, mas irremediavelmente entrelaçadas”²¹⁰.

MacCormick traz argumentos no sentido de que a questão acerca de o judiciário estar a “legislar” é um problema meramente terminológico²¹¹, e, apesar dos

²⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Abertura. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública, convocada em 05 de março de 2009*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf>; Acesso em: 18 NoV. 2009.

²⁰⁶ DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2005, p. 134.

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 25.

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 101.

²⁰⁹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 299.

²¹⁰ MACCORMICK, Neil. *Op.cit.*, p. 343.

²¹¹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 245.

argumentos por ele citado, o importante é constatar que tanto ele quanto Dias e Dworkin afirmam que o judiciário não decide acerca de políticas, mas a respeito de direitos, posicionamento que se perfilha neste trabalho por razões já expostas.

Nesses termos, o Tribunal age para o neoconstitucionalismo teórico não como criador de políticas emanadas sem a legitimação democrática, mas defendendo direitos fundamentais, age como apreciador de normas jurídicas postas pela própria sociedade. Doutrinando Dias que “não há enfraquecimento do poder político dos cidadãos, mas sim o robustecimento de suas prerrogativas, à medida que os direitos fundamentais são operacionalmente reconhecidos como tuteláveis”²¹².

Contesta-se, assim, qualquer afirmação de que o judiciário está a exercer “controle judicial de políticas públicas”. A confusão terminológica é desastrosa por confundir os juristas de que o judiciário estaria a adentrar em função típica do órgão legislativo ou executivo, o judiciário não controla políticas, mas defende direitos, e esta é a função típica a ele constitucionalmente atribuída, o que existe é “controle judicial de direitos”.

Contesta-se, também, no sentido de que o judiciário não exerce “ativismo judicial”, pois, em virtude do princípio da inércia inicial da jurisdição, ele não pode fazer nada se não for provocado pelas partes no conflito – o judiciário é essencialmente passivo.

Mesmo dizendo que o judiciário está a exercer ativismo não em função do procedimento, mas da natureza do direito posto na norma, diz-se que não se está a fazer “ativismo”, pois o caráter prestacional deriva da natureza do direito tutelado, não do ato do judiciário.

Moreira leciona que a pretensão de correção do neoconstitucionalismo “age, concretamente, exigindo-se do administrador que adapte as opções públicas à vontade constitucional, traduzida por princípios e objetivos, que são formados pelo direito e presentes na Constituição”²¹³.

Guastini²¹⁴ doutrina que o neoconstitucionalismo defende a influência da Constituição nas políticas e, por conseguinte, o respectivo controle judicial das

²¹² DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2005, p. 145.

²¹³ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: A invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 137.

²¹⁴ GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 69.

ações dos órgãos de poder quando aquelas estão em desconformidade com os preceitos constitucionais.

O controle judicial das ações dos órgãos de poder é o exercício da pretensão de correção. Segundo Moreira²¹⁵, essa tipologia de tutela jurisdicional advém da norma constitucional, citando como exemplo a positivação desta garantia no art. 74 da CRFB o qual determina que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União.

Rivero, no entanto, leciona que não compete ao judiciário perquirir acerca das opções públicas advindas de atos de governo, pois existe “uma categoria que dita actos de governo, em relação aos quais nem o juiz administrativo nem o juiz ordinário se reconhecem competentes, o que tem por efeito subtraí-los a qualquer controlo jurisdicional”²¹⁶.

Quanto a isso, retomamos a afirmação de Canotilho²¹⁷ acerca de que constitucionalismo moderno procura justificar o Estado submetido ao direito, pois, conforme leciona Capilongo, “Estado de Direito não significa exclusivamente observância dos princípios da legalidade e da publicidade dos atos administrativos, legislativos e judiciais. Significa [...] controle jurisdicional da atuação do Legislativo e do Executivo”²¹⁸.

Faz prova disso a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que permite o controle jurisdicional quando a distribuição de recursos por parte do legislativo ou do executivo não se mostrar suficiente para atender ao mínimo estipulado pela Constituição.

O STF na admissão da ADPF 45, que possuía como objeto a análise do veto Presidencial ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias de 2004 (ocorreu a perda de objeto com o advento da lei 10.777/2003), resultando na não observância ao mínimo orçamentário destinado à saúde, decidiu, em juízo de admissibilidade feito pelo Ministro-relator Celso de Mello, que a ADPF “apresenta-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no

²¹⁵ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., p.144.

²¹⁶ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 185.

²¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.93.

²¹⁸ CAPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 42.

texto da Carta Política, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais”. Tal precedente tem constantemente embasado as decisões do STF a respeito do controle sobre os demais poderes:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRÓSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.²¹⁹

É bom ressaltar que a despeito dos argumentos trazidos por Sanchís²²⁰, apontando as debilidades do controle judicial, ele aposta na legitimidade dos juízes ordinários para efetivar o que denomina de “judicialização da política”, lecionando que a constituição não mais somente se encarrega de “distribuir e organizar o poder entre os órgãos estatais, mas é uma norma com amplo e denso conteúdo substantivo que os juízes ordinários devem conhecer e aplicar a todo conflito jurídico”²²¹.

Aplicar a Constituição por intermédio da ponderação valorativa pode gerar a temida arbitrariedade lembrada por Zagrebelsky²²², porém, leciona Sanchís que esta deve ser controlada, não por controles políticos externos, mas na sistemática judicial dos recursos por intermédio de “uma crescente e mais rigorosa cultura da motivação: as leis se legitimam pela autoridade da qual procedem; as sentenças só por suas boas razões”²²³.

²¹⁹ STF. AgR no AI n.734.487/PR. Rel. Min Ellen Gracie. J. em 03/08/2010. DJe 20/08/2010.

²²⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 156.

²²¹ SANCHÍS, Luis Prieto. Jueces y justicia em tiempos de constitucionalismo – entrevista AL Professor Luis Prieto Sanchís. Entrevista realizada por Pedro P. Grãndez Castro (mimeografado). Toledo, 2005, p. 4 apud MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: A invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 208.

²²² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 112.

²²³ Id. *ibid*.

Dentro da teoria discursiva do direito, leciona Maia que o procedimento identifica a “racionalidade formal, a única que pode dar conta do campo das normas, dos deveres e dos valores; e tal procedimento se alicerça em uma ética minimalista – a ética do discurso”²²⁴.

Por conseguinte, é a própria autolimitação citada por Capilongo no início desta subseção que assegura a legitimidade jurídica da produção normativa pelo judiciário, através do princípio da demanda, da imparcialidade, do acesso à justiça e da fundamentação judicial.

Mas se o que permite ao judiciário exercer o controle é o fato de ele ocorrer sobre atos jurídicos, que só são jurídicos por estarem açambarcados por alguma norma com características imperativo-autorizantes, e, se os atos políticos são aqueles realizados sob critérios de conveniência e oportunidade, não podendo o judiciário enfrentá-los por estar fora da função a ele tipicamente estabelecida, resta, então, a questão de que o judiciário não pode julgar atos discricionários da administração pública justamente por serem baseados na conveniência e oportunidade. Em termos mais específicos, resta a alegação de que o judiciário não pode adentrar no mérito de atos administrativos discricionários.

Esta alegação importa na confusão entre o conceito de ato discricionário com o de mérito, categorias jurídicas distintas que não se confundem.

Como bem assevera Mello²²⁵, o ato administrativo não é discricionário, mas o exercício da competência desses atos, estando o administrador no mínimo sempre vinculado ao interesse público. Segundo Mello, a discricionariedade não se trata de “uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo”²²⁶.

Deve-se distinguir o resultado da classificação dos atos administrativos quanto ao grau de liberdade, que concerne em atos vinculados ou atos discricionários, dos elementos que integram cada um desses atos.

O ato vinculado é aquele que, preenchido os requisitos legais, o administrador é obrigado a praticá-lo, enquanto o ato discricionário o administrador

²²⁴ MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: A invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 231.

²²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 398.

²²⁶ Id., *ibid.*, p.896

exerce juízo de valor sobre a conveniência e a oportunidade de exercê-lo, ou seja, tem discricionariedade para o exercício da competência a ele concedida.

Em contrapartida, tanto o ato vinculado como o ato discricionário possui cinco elementos que o integram: o sujeito (órgão) competente, a forma, o motivo, o objeto e a finalidade.

Agente público é todo aquele que exerce função pública, com ou sem remuneração e sua competência para executar o ato deve estar prevista na Constituição ou na lei.

A necessidade da análise da competência, sob o plano da validade do ato em relação à lei, faz com que o sujeito competente seja requisito subjetivo de validade do ato administrativo.

A competência possui as características da irrenunciabilidade, imodificabilidade, intransigibilidade, imprescritibilidade e improrrogabilidade.

A competência é irrenunciável por ser de exercício obrigatório, é um poder-dever, e como tal o administrador não pode dela abrir mão, ademais, quem define a competência é a lei, assim, ela ganha a característica da imodificabilidade pelo legislador.

Por ser definida por lei e auferir um poder-dever ao agente público, a competência não está sujeita a ser transacionada por ele, ato contínuo, o administrador só pode fazer o que a lei autoriza e determina. A falta de impugnação pelo administrador não admite a prorrogação da competência, aumentando a esfera de atuação do administrador, eis o porquê de se dizer que ela é improrrogável.

Como a competência é definida em razão do interesse público, mesmo que o agente público não a exerça em determinado período de tempo, não ocorrerá a extinção da pretensão do agente para tanto, razão pela qual ela é imprescritível.

A forma do ato administrativo precisa ser aquela prevista na lei. É importante notar que para existir o ato é preciso a exteriorização da vontade, sendo esta um elemento de existência do ato.

A exteriorização da vontade depende de formalidades específicas relacionadas aos requisitos de validade do ato.

A título de exemplo, o ato administrativo é resultado de um processo administrativo, requisito objetivo de validade. Assim, a prática de um ato administrativo depende de um prévio processo administrativo, que deve ser desenvolvido com contraditório e ampla defesa. Ato contínuo, a motivação também é

requisito da forma (art. 50 da Lei n. 9784/99), consubstanciando-se na correlação lógica dos elementos do ato administrativo, correspondendo às justificativas, explicações que levam à prática do ato, se deve ocorrer antes ou durante a prática do ato.

Motivo é o fato mais o fundamento jurídico que leva à prática do ato administrativo (Ex: poluição viola o art. 225 da CRFB). Para que se respeite o princípio da legalidade, deve ser verdadeiro, não podendo o administrador declarar motivo falso (exigência da materialidade do motivo), tem de ser compatível com o previsto na lei (exigência da legalidade em sentido estrito do motivo) e o resultado do ato também tem de ser compatível com o motivo legal (exigência eficaz).

Objeto é o efeito jurídico imediato, é o resultado prático do ato administrativo (Ex: fechar fábrica poluidora). Para ser válido precisa ser lícito – objeto lícito é o que está autorizado na lei –, possível (Ex: é impossível promover servidor falecido) e determinado ou determinável.

Enquanto o objeto é o efeito jurídico imediato, a finalidade é o efeito jurídico mediato (Ex: proteger o ambiente). Todo ato depende de uma razão de interesse público, a finalidade que se vai proteger.

Quando o administrador pratica o ato contrariando a finalidade, ele o pratica com “desvio de finalidade”, comprometendo a validade do ato administrativo.

Esses conceitos nos permitem retornar ao mérito do ato administrativo. Se quem define a competência é a lei ou a constituição, não há liberdade para o administrador, ademais, como a forma é a prevista na lei, o administrador não tem liberdade, sendo em regra vinculada²²⁷, a finalidade será sempre razão de interesse público, assim, o elemento finalidade também será sempre vinculado.

O que diferencia o “ato vinculado” do “discricionário” são apenas os motivos (fatos e fundamentos) e o objeto (resultado prático do ato administrativo). Nesses termos, apresenta-se o seguinte quadro de vinculação do elemento do ato em relação ao ato quanto à liberdade:

ELEMENTOS DO ATO	ATO VINCULADO	ATO DISCRICIONÁRIO
Competência	Vinculada	Vinculada
Forma	Vinculada	Vinculada

²²⁷ Caso exista defeito de forma sanável o ato anulável é passível de convalidação.

Finalidade	Vinculada	Vinculada
Motivo	Vinculado	Discricionário
Objeto	Vinculado	Discricionário

Mérito é o juízo de valor, é a “discricionariedade” acerca da conveniência e da oportunidade para a realização do ato administrativo. O mérito (a discricionariedade) do ato administrativo é realizado sobre os elementos motivo e objeto do ato administrativo.

Note que mérito não é o motivo, nem o objeto, é apenas o juízo de valor sobre eles. Como o mérito é conveniência e oportunidade, ato vinculado não tem mérito por não ter discricionariedade sobre o motivo e o objeto, ao contrário do ato discricionário.

É óbvio que o Estado-juiz não pode rever o mérito do ato administrativo, porque este está relacionado ao juízo de valor realizado pelo Estado-administração, não há vínculos normativos que possibilitariam o controle de validade pelo judiciário no exercício da função típica deste.

Contudo, não é verdade que o judiciário não pode avaliar atos discricionários, já que existem elementos desses atos que estão vinculados pela norma, como o interesse público, exemplificado por Mello. Sobre tais elementos, o judiciário tem o dever de realizar a análise da compatibilidade vertical com a Constituição e leis infraconstitucionais, e ao fazê-la estará no exercício da função típica de guardião da força normativa da constituição.

Por fim, é bom deixar claro que a produção normativa do judiciário não se presta a substituir a realizada pelo legislativo. Acontece que é a despeito de serem materialmente iguais, são procedimentalmente diferentes, servindo a utilidades diferentes.

Ao judiciário compete, em regra, a guarda pós-fato em concreto, quando os demais órgãos não se prestam para materializar o direito fundamental, e apenas para dirimir eventuais confusões. Quando se afirma que o judiciário atua pós-fato em concreto significa que atua após o advento do perigo ou do dano em concreto, razão pela qual não se exclui as tutelas de urgência. O legislativo, ao contrário, atua no pré-fato em abstrato, sendo, por conseguinte, a atuação dos dois órgãos complementar e coordenada.

3.3 A SAÚDE E O CONTROLE JUDICIAL

A materialização da norma do art. 196 da Constituição, ditando 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”, deflui do diálogo constante entre o texto e o contexto em que é inserida²²⁸, transmudando-se conforme alteração dos fatores temporais, territoriais, econômicos e sociais.

Eis a razão de Dallari²²⁹ doutrinar que tanto a saúde quanto o direito à saúde só pode ser determinado pela comunidade que o vivencia, sendo estes assegurados somente na organização estatal que privilegie o poder local. Conclui que é no âmbito municipal que se pode definir saúde e o conteúdo do Direito que a protege.

A não materialização ou a materialização ineficiente do direito constitucional à saúde é de interesse da teoria neoconstitucional. A aplicação do direito necessariamente deverá abordar os conceitos de saúde para a população defendida e as prioridades estabelecidas pela população frente às possibilidades econômicas para a implementação.

Os problemas de falta de tutela material ou tutela material ineficiente do Direito à saúde são levados ao judiciário em virtude da inafastabilidade da tutela normativa constitucional preventiva e repressiva de direitos, gerando decisões de antecipação dos efeitos da tutela, com o intuito de resguardar o premente perigo à vida do postulante²³⁰, que gera questionamentos materiais – acerca da possibilidade

²²⁸ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 42.

²²⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. *Revista de Saúde Pública*. V. 22, n.1, São Paulo, Fev. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=pt&nrm=iso>; Acesso em 13 Out. 2009; Cf. DALLARI, Sueli Gandolfi. O papel do município do desenvolvimento de políticas de saúde. *Revista de Saúde Pública*. v.25, n.5, São Paulo, Out. 1991. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003489101991000500013&lng=pt&nrm=iso>; Acesso em: 13 out. 2009.

²³⁰ STF, 2ª Turma, AgR no AI/486.816, Rel.Min. Carlos Velloso. J. em 12/04/2005, DJ 06/05/2005.

financeira do Estado²³¹ –, e processuais – envolvendo o pacto federativo²³², a separação dos poderes²³³ e o princípio da igualdade²³⁴.

Ademais, as respostas às questões referentes à materialização prospectiva do direito à saúde devem também vir acompanhadas de considerações acerca dos fatores sociais vivenciados pela sociedade de intérpretes constitucionais, as quais podem ser analisadas pelo estabelecimento de canais de diálogo entre o judiciário, as demais instituições e a população.

Para ilustrar o problema, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de suspensão da antecipação dos efeitos da tutela, na Suspensão de Tutela Antecipada n.198, determinando que o Estado do Paraná fornecesse à criança portadora de doença genética medicamento orçado em mais de um milhão de reais anuais, cuja suspensão do tratamento poderia comprometer o seu desenvolvimento físico e se consubstanciava na única esperança de melhora para o paciente.

A discussão acerca da determinação de ente federativo em custear tratamento experimental, orçado em cento e cinquenta mil dólares, à paciente que não possuía alternativas viáveis, foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada n. 223.

O Supremo Tribunal Federal, na Suspensão de Liminar n. 228, enfrentou a colisão de direitos advinda da determinação de estabelecimento de vagas de Unidade de Tratamento Intensivo às pessoas que delas necessitavam e as consequências para a ordem pública da referida decisão.

As questões de pura materialização, independente de análises prospectivas, passam por questões econômicas da capacidade financeira do Estado para tutelar prontamente o direito à saúde, conforme jurisprudência do STF:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO

²³¹ STF, decisão monocrática, Medida Cautelar na ADPF 45/DF, Rel.Min. Celso de Mello, J. em 29/04/2004.

²³² STF, Tribunal Pleno, MS 25295/DF, Rel.Min. Joaquim Barbosa. J. em 20/04/2005, DJe 05/10/2007.

²³³ STF, decisão monocrática, Medida Cautelar na ADPF 45/DF, Rel.Min. Celso de Mello, J. em 29/04/2004.

²³⁴ STF, 1ª Turma, RE 261.268/RS, Rel.Min. Moreira Alves. J. em 28/08/2001, DJ 05/10/2001.

TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. **CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).**²³⁵

A “otimalidade de Pareto” representa situação em que o bem-estar da pessoa não pode ser aumentado sem a redução do bem-estar de outra, isso, em tese, é o que fundamenta a reserva do possível, pois haveria impedimento de destinar recursos para determinada área sem retirar de outra.

Sen²³⁶, ao comentar os resultados do teorema de Arrow-Debreu relacionados à otimalidade de Pareto para os problemas econômicos do mercado, questiona se a eficiência de mercado desejada poderia ser realizada não em função das “utilidades”, mas em função das liberdades individuais, seja em relação à liberdade de escolha de mercadorias seja em relação à capacidade de realizar certos funcionamentos, concluindo que, para se estabelecer essa relação, “a importância da liberdade substantiva tem de ser julgada não apenas pelo número de opções que se tem, mas também com a adequada sensibilidade para a atratividade das opções disponíveis”²³⁷.

A abordagem do problema das desigualdades se magnífica quando se observa a desigualdade na ótica da distribuição de liberdades substantivas e capacidades²³⁸, ao invés da simples ótica da desigualdade na distribuição de renda, pois podem existir situações de plena eficiência, onde a liberdade substantiva da pessoa não pode ser aumentada sem diminuir a liberdade de outra e, ainda assim, existir desigualdade na distribuição dessas liberdades.

Em função disso, Sen pugna pela consideração simultânea da “eficiência por meio da liberdade do mecanismo de mercado” com os “problemas de desigualdade de mercado”.

²³⁵ STF. MC na ADPF n.45. Rel. Min. Celso de Melo. J. em 29/04/2004. Grifos nossos.

²³⁶ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 141.

²³⁷ Id., *ibid.*, p. 142.

²³⁸ Id., *ibid.*, p. 144.

O mecanismo de mercado pode não ser totalmente eficaz em situações de consumo coletivo de determinados bens, como, por exemplo, a categoria de “bens públicos” na qual se incluem a preservação ambiental, a epidemiologia e os serviços públicos de saúde. Nesse ponto, a intervenção social advinda dos programas de seguridade social nos Estados do bem-estar possui importante papel em relação ao combate dos problemas de equidade de distribuição de bens em geral.

Sen justifica que há boas razões para o fornecimento de bens públicos porque a “base racional do mecanismo de mercado está voltada para os bens privados [...] e não para os bens públicos”²³⁹.

Há contra-argumentos para o gasto público em “bens públicos” ou mistos, relacionados ao ônus fiscal do dispêndio público que permeiam discussões acerca dos déficits públicos e da inflação²⁴⁰, existindo questionamentos acerca do grau de necessidade do serviço e de quanto o utilizador poderia pagar por este, bem como questões controversas baseadas em puro subjetivismo, como a exposta por Mankiw:

Várias políticas têm como objetivo ajudar os pobres – legislação do salário mínimo, bem-estar social, imposto de renda negativo e transferência em gêneros. Embora cada uma destas políticas ajude algumas famílias a escapar da pobreza, elas também têm efeitos colaterais imprevistos. Como o auxílio financeiro declina quando a renda aumenta, os pobres frequentemente se deparam com uma alíquota marginal efetiva extremamente elevada. Tais alíquotas efetivas desestimulam as famílias pobres a sair da pobreza por si próprias.²⁴¹

Porém, quanto ao problema dos gastos públicos, Moreira doutrina que todos os órgãos de poder estão submetidos à Constituição e todos os direitos possíveis devem ganhar em efetividade, lecionando que a tendência é “a superação da problemática orçamentário-judicial em favor da temática ‘políticas públicas e tutela judicial’”²⁴².

²³⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 153.

²⁴⁰ Id., *ibid.*, p. 155.

²⁴¹ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia*. Rio de Janeiro, Campus, 1999, p. 446.

²⁴² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: A invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 38.

Leciona Moreira²⁴³ que a pretensão de correção em concreto do sistema, pugnada, segundo ele, pelo neoconstitucionalismo, estabelece que o administrador deve adaptar as opções disponíveis de políticas públicas à vontade constitucional.

Moreira²⁴⁴ leciona que a temática acerca do controle judicial dos atos embasados em políticas públicas, quanto à intensidade da medida interventiva, advém de uma dentre três opções ideológicas: a opção pela defesa da solidariedade geral, a restrita ao mínimo existencial ou a restrita às possibilidades orçamentárias.

Quanto a isso, discorda-se de Moreira, já que possibilidade orçamentária, ao contrário do que leciona o doutrinador, não é terceira corrente ideológica, mas “elemento” considerado tanto da corrente do “mínimo existencial” quanto da “solidariedade geral”.

Sen²⁴⁵, por exemplo, contesta a efetividade dos direitos fundamentais desvinculada do orçamento, pois, ao comentar acerca da alegação de que as provisões sociais básicas seriam direito inalienável do cidadão, leciona que, em virtude da limitação dos recursos econômicos, “existem envolvidas na questão escolhas fundamentais que não podem ser totalmente negligenciadas com base em princípio ‘social’ pré-econômico”²⁴⁶, colocando a questão “possibilidade orçamentária” como elemento integrante da ideologia de defesa do mínimo existencial.

Concorda-se com Moreira a respeito de que as questões de livre disposição do orçamento público devem sucumbir ao disposto na rota de materialização de direitos fundamentais traçada pela Constituição, porém discorda-se dele e concorda-se com Sen no sentido de que o dinheiro destinado ao orçamento é questão pré-jurídica.

Cedição é que o ativo existente nos cofres da fazenda pública advém de fatores jurídicos de intervenção no domínio econômico, como a participação em sociedades de economia mista e a tributação, porém as questões postas ao judiciário referentes ao direito à saúde não são, em regra, referentes à captação de recursos de forma direta, ao contrário, colocam materialização do direito à saúde de forma principal e realocação de recursos de forma meramente incidental, sem sequer tratar acerca da captação daqueles.

²⁴³ Id., *ibid.*, p. 137.

²⁴⁴ Id., p. 140.

²⁴⁵ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 156.

²⁴⁶ Id. *ibid.*

Ademais, explica-se que a análise de constitucionalidade está no plano da validade, não no da existência; isso, em termos práticos, significa que o judiciário pode somente decretar a conduta como válida ou inválida em função de uma norma, ou, no máximo, constituir situações jurídicas no plano da abstração, criando-as, modificando-as ou extinguindo-as.

Conseqüentemente, o judiciário não pode fazer surgir recursos financeiros onde eles não existem. Os órgãos públicos podem, quando muito, realocar recursos dentro da esfera estatal e, para isso, é necessário que tais recursos existam previamente.

Eis o porquê de se afirmar que a possibilidade orçamentária é elemento da corrente referente ao “mínimo existencial” ou à “solidariedade geral”, pois, independente da opção escolhida, será necessário que exista dinheiro para materializá-las, ou seja, será necessário que haja “possibilidade orçamentária”, competindo ao Estado demonstrar objetivamente a “reserva do possível”, lecionando Sarlet e Figueiredo:

De outra parte, tem-se o problema da limitação dos recursos públicos (e privados) para assegurar o direito fundamental à saúde, que envolve a questão da chamada “reserva do possível” e o debate em torno das decisões acerca da alocação dos recursos públicos. Cumpre destacar que o argumento da reserva do possível se desdobra em pelo menos dois aspectos: um primeiro, de contornos eminentemente fáticos, e outro, de cunho prevalentemente jurídico. O aspecto fático apresenta caráter econômico e se reporta à noção de limitação dos recursos disponíveis, refletindo a indagação sobre a existência, a disponibilização e a alocação dos recursos públicos, não apenas num sentido financeiro- orçamentário, mas dos próprios recursos de saúde. Não se trata, portanto, apenas das restrições orçamentárias, mas do questionamento acerca da limitação dos recursos sanitários – pois restritas a existência e a disponibilidade, v.g., de profissionais especializados, de leitos em Centros e Unidades de Tratamento Intensivo (CTI's/UTI's), de aparelhagem para tratamentos e exames – bem como, no limite, da efetiva ausência de reservas financeiras.²⁴⁷

A teoria do mínimo existencial afirma que compete ao Estado assegurar o mínimo necessário para salvaguardar a materialização do direito fundamental.

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública, convocada em 05 de março de 2009*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>; Acesso em: 20 maio 2010.

A princípio aparenta que a Constituição adotou tal teoria, primeiro em função de estabelecer que se deve aplicar recursos mínimos calculados nos termos dos percentuais do art. 198, §2º e §3º da CRFB.

Quanto a isso, critica-se no sentido de que sequer há garantia material para a União. Existe tão somente uma garantia processual, já que se estabelece ao próprio legislador ordinário que determine o percentual mínimo destinado à saúde, para que, ao alvedrio, possa escolher que mínimo aplicar, estando, no momento da elaboração da lei complementar, totalmente sujeito às pressões dos grupos políticos organizados.

O que está a “salvar” o texto até este momento é que a norma ainda está regida pelo art. 77 do ADCT, porém, o projeto de lei complementar a que se refere o art. 198, §3º da CRFB já foi aprovado pela Câmara dos Deputados e está a tramitar no Senado (Projeto de lei complementar n. 01/2003).

A expressão “mínimo existencial” é extremamente difundida na doutrina posta como o “limite” em que a alegação da “reserva do possível” não poderia ser levantada, o que já demonstramos ser um contrassenso, já que esse “mínimo” somente poderá ser efetivado se existir quantia para ser paga. Correta a esse respeito é a doutrina de Barcelos, que dita:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.²⁴⁸

²⁴⁸ BARCELOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Renovar, 2002, p. 245-246.

Barcelos doutrina a “convivência” da reserva do possível com o mínimo existencial. Ao fazer isso dita que o Estado deve primeiro captar recursos, após a captação destinar prioritariamente no mínimo existencial e, então, somente após destinar a esse mínimo, aplicar o recurso remanescente nos demais setores. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.²⁴⁹

No Brasil, como bem assevera Sarlet, a alegação de não prestação de determinado serviço de saúde destinado a atender ao mínimo existencial padece de fundamento. Afirma-se, então, que a questão seria, como bem apontou Barcelos, no sentido de realocar os recursos de setores menos prementes para destiná-los à materialização do direito à saúde. Segundo Sarlet:

Alegar reserva do possível nessas circunstâncias é uma alegação vazia. Lembra que um precedente do Tribunal Constitucional da

²⁴⁹ STF. MC na ADPF n.45. Rel. Min. Celso de Melo. J. em 29/04/2004.

Colômbia, interessantíssimo, que envolvia não um direito à ação, mas direito à moradia – há outros casos também no direito à saúde -, onde a redução de verba orçamentária, por lei, para o ano seguinte, em relação ao acesso à moradia básica para os cidadãos, foi, sim, considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional da Colômbia, alegando que o Estado, embora tenha uma alegação razoável de que esses recursos seriam indispensáveis para investir em outro setor, nesse aspecto foi o principal causador da má gestão e da falta de recursos, e que isso não poderia servir de alegação eficiente em cada caso, a não ser que realmente comprovado o desequilíbrio manifesto do sistema orçamentário.²⁵⁰

O problema não é de comedimento financeiro, como afirma Sen²⁵¹, mas da crença de que o desenvolvimento humano somente pode ser bancado por países ricos, lecionando que a retificação do problema do comedimento financeiro é o pesadelo da enfermeira e do professor primário, não do general do exército e somente pode ocorrer por intermédio de “um exame mais pragmático e receptivo de reivindicações correntes dos fundos sociais”²⁵².

Porém, ainda sobra a questão de definir o que seria o mínimo existencial do direito à saúde. O “mínimo existencial” é conceito indeterminado de impossível elucidação ou de elucidação vaga, que não pode ser aplicado ao direito à saúde.

Diz-se isto porque ou a saúde é materializada ou não é, ou se cura a doença ou não se cura, não há saúde parcial tão pouco cura parcial. Deve-se, então, tecer comentário terminológico no sentido de que se garante não o direito de “ter saúde”, mas o direito de que todas as condutas possíveis serão realizadas para que o titular do direito tenha saúde. Trata-se de direito à prestação de serviço de saúde.

A teoria da solidariedade geral doutrina nesse sentido, pois entende a saúde como um direito fundamental de dimensão principiológicas aos moldes da doutrina de Alexy, que afirma serem os princípios mandamentos de otimização, devendo ser aplicado na maior medida possível:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em

²⁵⁰ SARLET, Ingo. O acesso às prestações de saúde no Brasil – O desafio do poder judiciário. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública, convocada em 05 de março de 2009*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma> >; Acesso em: 20 maio 2010.

²⁵¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 170.

²⁵² Id., *ibid.*, p.172.

graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.²⁵³

Ao entender a saúde como princípio fundamental, evita-se que o intérprete busque o “mínimo” necessário para a sua materialização, obrigando-o a procurar o “máximo” possível para garantir a tutela desse direito.

Esta constatação traz mudanças no julgamento pelo judiciário, o juiz perquirirá acerca do ativo do Estado antes da distribuição do orçamento; em seguida, aplicará esse valor total para materializar o direito à saúde até que se satisfaça e, por fim, analisará a colisão do direito à saúde com outros direitos fundamentais, reduzindo o valor aplicando o postulado da proporcionalidade, assegurando a possibilidade jurídica frente aos princípios fundamentais colidentes, o que é extremamente diferente de assegurar um “mínimo” imensurável.

Neste momento, retornamos a Sen ao comentar a otimalidade de Pareto, concordando com ele a afirmar que o problema não deve ser resolvido sobre a ótica quantitativa, mas sob a qualitativa, justificando a afirmação de Moreira que na tutela judicial do direito à saúde ocorre “a superação da problemática orçamentário-judicial em favor da temática ‘políticas públicas e tutela judicial’”²⁵⁴.

Ainda resta a questão processual do ônus da prova acerca da alegação de que o pedido seria impossível por estar além da “reserva do possível” do Estado.

O ônus da prova é técnica de julgamento que, no momento da sentença, caso o juiz não consiga decidir de forma favorável ou não ao autor, perquirirá acerca de quem tinha o dever de provar as alegações levantadas no processo e, em função de a parte não ter conseguido prová-las, julgará o pedido a favor da outra, lecionando Lopes:

É que, havendo nos autos elementos probatórios suficientes, não há razão para o juiz preocupar-se com a questão do ônus da prova, isto é, se tais elementos foram carreados ao processo pela parte a quem tocava o ônus de fazê-lo. Em verdade, no momento da produção da prova, o juiz não se preocupa com a questão do respectivo ônus, isto

²⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

²⁵⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 38.

é, não diz a quem incumbe a demonstração das alegações, tema que só será objeto de indagação por ocasião do julgamento.²⁵⁵

A alegação de que o Estado não possui recursos – financeiros, físicos, humanos, tecnológicos, entre outros – para atender ao pedido do autor de forma imediata, submete-se à regra do art. 333 do CPC. Por conseguinte, quando o Estado realiza tal alegação, mas não consegue prová-la, no momento do julgamento será “penalizado” com a improcedência da alegação por falta de provas.

Essa situação demanda extrema cautela por parte do Estado-juiz, pois como exposto, os julgamentos do judiciário não “criam” mais reservas, apenas relocam as já existentes, se porventura for verdade que o Estado não possui recursos, por mais que decida de forma favorável, a sentença será inútil pela impossibilidade fática (ex: o juiz não pode sentenciar para que o céu fique verde).

Como a movimentação de recursos no Estado é grande, pode ser que se considere somente o ativo e se desconsidere o passivo, o que é extremamente prejudicial, pois pode importar em déficit na balança orçamentária porque a sentença aumenta o gasto, ocasionando despesa maior do que a entrada de recursos.

Eis porque o judiciário deve fazer de tudo para elucidar os argumentos levantados no processo por intermédio do princípio da cooperação e o servidor, no cargo de juiz, não deve ficar inerte para ao fim, aplicar a técnica de julgamento do ônus da prova contra o Estado, sem que se tenha esgotado as possibilidades de instrução probatória.

Por outro lado, não por isso negar-se-ão o acesso à justiça e a tutela de direitos fundamentais por parte do judiciário.

Assim, o que deve ocorrer em prol da boa gestão do dinheiro público é a seriedade administrativa por parte do Estado em geral, com o aparelhamento das procuradorias e dos tribunais de contas. Deve-se iniciar movimento sério a favor da transparência das contas públicas, não apenas as referentes à saúde, mas as contas públicas em geral, já que a questão envolve realocação de recursos.

Somente assim o Estado poderá, com razão, questionar eventual condenação em virtude de não ter se incumbido de provar a inexistência de “reserva do possível”. Até lá, caso seja condenado nesses termos, terá que arcar com os custos da desídia.

²⁵⁵ LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 40.

O judiciário no Brasil começou a fazer sua parte: o Supremo Tribunal Federal convocou audiência pública temática referente às questões de saúde²⁵⁶.

Analizou-se que todas as instituições que se manifestaram na audiência pública n. 4, convocada em 05 de março de 2009, de forma uníssona, defenderam a importância da efetivação do direito à saúde, sendo que no debate realizado no dia 27 de abril de 2009, cujo tema foi “O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao poder judiciário”, em nenhum momento foi contestada a possibilidade de o judiciário abordar a defesa do direito à saúde. De forma inversa, os expositores, exemplificando argumentos hipotéticos de possibilidade de violação da separação dos poderes e ineficácia das normas programáticas, defenderam a atuação do judiciário para a materialização do direito ao caso concreto com a perspectiva correcional de um sistema previamente posto pela Constituição, pelas leis e por regulamentos do SUS.

Falou-se acerca de diversos problemas, de forma concreta e abstrata, repetidos em inúmeros casos, o que demonstra a falha no funcionamento do sistema no que concerne à distribuição de competência interna, pugnando-se na audiência por normas regulamentadoras claras e atualizadas acerca das competências dentro do SUS e reconhecendo que, mesmo com tais normas, situações pontuais e excepcionais devem ser analisadas caso a caso.

Os expositores, todavia, no que concerne aos efeitos financeiros das decisões judiciais ao SUS, dividiram-se em dois posicionamentos. Os representantes de órgãos do executivo defenderam que a execução de políticas públicas atende à reserva financeira do possível e que eventuais decisões judiciais comprometem a saúde financeira do sistema, podendo colocar todo o planejamento em colapso.

Os demais expositores, por seu turno, falaram que a alegação da violação à reserva financeira possível para a máxima efetividade do direito à saúde é uma falácia, pois, além de não se demonstrar na defesa provas de tal argumento, há provas que demonstram o contrário, no sentido de que há reserva financeira para a questão.

Porém, no que concerne a números, ou seja, à efetiva reserva financeira do Estado, para fins de servir como embasamento a processos judiciais em defesa do

²⁵⁶ STF. *Audiência pública – Saúde*. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto .asp?servico= processoAudienciaPublicaSaude](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude) >; Acesso em: 11 set. 2010.

Estado, nada foi juntado, perdendo a administração pública ótima oportunidade para ajudar na uniformização jurisprudencial acerca da questão.

Ademais, como exposto, ainda existem outras questões incidentes referentes à “separação dos poderes”, pacto federativo e direito à igualdade. No que concerne à teoria da separação dos poderes, na subseção n. 3.1 apresentou-se a concepção de “cooperação entre os órgãos de poder”, afirmando-se que problemas de divergência de competência interna do Estado não podem repercutir na competência externa deste de provedor de direitos fundamentais.

Os dispositivos constitucionais referentes à distribuição de competências relacionadas ao direito à saúde fazem prova do dever de cooperação existente entre os órgãos de poder.

O art. 23, II da CRFB determina a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para materializarem administrativamente o direito à saúde e, no parágrafo único, afirma que leis complementares “fixarão normas de cooperação [...] tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”, lecionando Mendes, Coelho e Branco:

Para a defesa e fomento de certos interesses, o constituinte desejou que se combinassem os esforços de todos os entes federais; daí ter enumerado o art. 23 competências, que também figuram deveres, tal a de “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público, o de proteger o meio ambiente e combater a poluição, melhorar as condições habitacionais e de saneamento básico, proteger obras de arte, sítios arqueológico, paisagens naturais notáveis e monumentos, apenas para citar algumas competências/incumbências listadas nos incisos do art. 23.²⁵⁷

Logo, os entes em decorrência do art. 23 da CRFB devem em cooperação materializar administrativamente o direito fundamental em decorrência das normas elaboradas de forma concorrente nos termos art. 24, XII da CRFB, que estabelece a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde.

No mesmo sentido está o art. 30, VII da CRFB que dita que compete aos Municípios “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado,

²⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 870.

serviços de atendimento à saúde da população”, ou seja, no momento em que o Município prestar o serviço de saúde de forma integral, a União e o Estado devem cooperar na integralidade.

Quando se diz “os entes” refere-se, logicamente, a todos os órgãos que integram a pessoa jurídica de direito público, inclusive o órgão judiciário.

Esta competência comum de tutela do direito fundamental à saúde por parte do Estado gera questionamentos acerca de qual ente público seria o “responsável” direto pela materialização do direito, que envolvem problemas referentes ao pacto federativo.

A questão acerca de qual ente seria responsável, à primeira vista, pode ser no sentido de que ocorre responsabilidade solidária das pessoas jurídicas de direito público em virtude de a responsabilidade ser “comum”, conforme determinado pela Constituição, existindo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUS. LEGITIMIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO, DO ESTADO E DA UNIÃO. ARTS. 196 E 198, § 1º, DA CF/88. I - É da competência solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde à população, sendo o Sistema Único de Saúde composto pelos referidos entes, conforme pode se depreender do disposto nos arts. 196 e 198, § 1º, da Constituição Federal. II - Recurso especial improvido.²⁵⁸

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUS. LEGITIMIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO, DO ESTADO E DA UNIÃO. ARTS. 196 E 198, § 1º, DA CF/88. I - É da competência solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde à população, sendo o Sistema Único de Saúde composto pelos referidos entes, conforme pode se depreender do disposto nos arts. 196 e 198, § 1º, da Constituição Federal. II - Recurso especial improvido.²⁵⁹

A justificativa em prol da defesa do princípio da solidariedade é que, além de o texto constitucional ter estabelecido a competência administrativa comum, também determinou nos termos do art. 198, §1º da CRFB que o Sistema Único de Saúde será financiado por recursos de todos os entes públicos.

²⁵⁸ STJ. 1ª Turma. REsp 773.657/RS. Rel.Min. Francisco Falcão. DJ 19/12/2005.

²⁵⁹ STJ. REsp n.507.205/PR. Rel. Min. José Delgado. DJ 17/11/2003

Figueiredo²⁶⁰ é enfática em afirmar que a questão não decorre dessa maneira, pois, segundo ela, ainda que haja competência administrativa comum, o termo “comum” difere do termo “solidariedade”, a qual, em função do disposto no art. 265 do CC, não pode ser presumida, mas somente decorrer da vontade das partes ou de previsão expressa em lei, lecionando Figueiredo:

Reitera-se, desse modo, a orientação aqui proposta no sentido da presunção em favor da vigência do princípio da subsidiariedade na execução das ações e serviços de saúde, inclusive quanto ao fornecimento de prestações materiais, a afastar, por conseguinte, a ideia de solidariedade entre os entes da Federação. Esse entendimento guarda consonância às normas constitucionais que instituíram a forma federativa do Estado brasileiro e a autonomia dos Municípios, ambos resguardados, entre outros, como “cláusulas pétreas” e “princípios sensíveis” do mesmo sistema constitucional.²⁶¹

Adeptos da concepção de que não existe responsabilidade solidária à prestação do serviço de saúde propõem, como solução para o caso, ser necessário responsabilizar algum ente e adotar o critério da materialização pelo princípio da preponderância do interesse, assim, advindo conflito, estabelece-se a competência da União a questões de âmbito nacional, dos Estados às de âmbito regional e do Município às de âmbito local, conforme jurisprudência do STF concernente ao art. 23 da CRFB:

EMENTA: DIREITO AMBIENTAL. CRIAÇÃO DE RESERVA EXTRATIVISTA. PROCEDIMENTO DE INSTITUIÇÃO DESSA UNIDADE DE USO SUSTENTÁVEL. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CONSULTA PÚBLICA (LEI Nº 9.985/2000, ART. 22, §§ 2º E 3º, C/C O DECRETO Nº 4.340/2002, ART. 5º, “CAPUT”). PRECEDENTE DO STF. INSTITUIÇÃO, PELA UNIÃO FEDERAL, DE RESERVA EXTRATIVISTA EM ÁREA QUE COMPREENDE TERRAS PÚBLICAS PERTENCENTES A UM ESTADO-MEMBRO DA FEDERAÇÃO. EXISTÊNCIA DE POTENCIAL CONFLITO FEDERATIVO. INSTAURAÇÃO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO. PRECEDENTES. A QUESTÃO DA DESAPROPRIAÇÃO, PELA UNIÃO FEDERAL, DE BENS INTEGRANTES DO DOMÍNIO PÚBLICO ESTADUAL. POSSIBILIDADE DO ATO EXPROPRIATÓRIO, SUJEITO, NO ENTANTO, QUANTO À SUA EFETIVAÇÃO, À PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL (DL Nº 3.365/41, ART. 2º, § 2º). CONTROLE POLÍTICO, PELO

²⁶⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtine. *Direito fundamental à saúde: Parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 165.

²⁶¹ Id., *ibid.*

PODER LEGISLATIVO DA UNIÃO, DO ATO EXCEPCIONAL DE EXPROPRIAÇÃO FEDERAL DE BENS INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO ESTADUAL. DOCTRINA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO REGULAR PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO, INCLUSIVE COM O RECONHECIMENTO DO DEVER DA UNIÃO FEDERAL DE INDENIZAR O ESTADO-MEMBRO. **PRECEDENTES DO STF. CONFLITO ENTRE A UNIÃO FEDERAL E AS DEMAIS UNIDADES FEDERADAS, QUANDO NO EXERCÍCIO, EM TEMA AMBIENTAL, DE SUA COMPETÊNCIA MATERIAL COMUM. CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE CONFLITO: CRITÉRIO DA PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE E CRITÉRIO DA COLABORAÇÃO ENTRE AS PESSOAS POLÍTICAS. RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE, EM JUÍZO DE DELIBAÇÃO, DO CARÁTER MAIS ABRANGENTE DO INTERESSE DA UNIÃO FEDERAL.** INOCORRÊNCIA, AINDA, DE SITUAÇÃO DE IRREVERSIBILIDADE DECORRENTE DA CONSULTA PÚBLICA CONVOCADA PELO IBAMA. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA.²⁶²

Sob tal perspectiva, a maioria dos conflitos existentes entre o particular em decorrência de problemas no Sistema Único de Saúde acabaria por ser de competência do Município, sendo, por conseguinte, este o ente responsável para figurar no polo passivo de eventuais ações de responsabilidade.

O cerne da questão não gira propriamente em torno da natureza da obrigação, mas das repercussões práticas processuais que, em tese, a natureza da obrigação ocasionaria, pois, se optado pela corrente de que a obrigação de prestar serviço público de saúde importa em obrigação solidária, conseqüentemente, nos termos do art. 264 do CC, cada um dos devedores será obrigado pela dívida toda.

Isto significa que, a despeito de qual ente for indicado para figurar no polo passivo da demanda, ele não poderá alegar que é responsável somente por parte da dívida, sendo obrigado a arcar com toda a obrigação. O mesmo não ocorre na corrente que defende a preponderância de interesses, pois se a questão for de âmbito local, caso demandasse em face do Estado ou da União, estes seriam partes ilegítimas para figurar no polo passivo da demanda.

Vê-se que o cerne deste último argumento é tentar construir tese de defesa processual almejando a extinção do processo sem o julgamento do mérito nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil.

É-se contra este último argumento por questões pragmáticas e jurídicas. Pragmáticas, porque o poder arrecadatório de determinados municípios interioranos não é suficiente para, de forma autônoma, arcar totalmente com as despesas de

²⁶² STF. MC em AC n.1.255/RR. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 22/06/2006. Grifos nossos.

saúde local. Eis o porquê de haver repasses mínimos vinculados nos termos do art. 198, §2º, III da CRFB.

Mesmo após o repasse destinado a manter o funcionamento do SUS no Município, os custos do sistema ainda são elevados, fazendo com que, no momento da “ponderação” para permitir a convivência do direito fundamental à saúde com os outros direitos, como à educação, a materialização do direito à saúde dependa de ajuda de outro ente para mostrar-se eficaz.

Quando se estabeleceu que o sistema de saúde seria único e que a competência administrativa seria comum, objetivou-se, justamente, assegurar a ajuda aos moldes neoconstitucionais, ou seja, não apenas colocando o direito fundamental em um trilho possível, mas permitindo existência desse trilho mesmo que fosse necessário a redução proporcional do âmbito do direito à saúde caso este viesse a conflitar com outros direitos fundamentais.

Quando se diz que a responsabilidade não é de todos os entes envolvidos, pode-se até com muito esforço, valendo-se de fundamentos embasados em “normas dirigentes”, permitir a materialização do direito à saúde no presente, mas retira-se dele a característica que define o espírito neoconstitucional da constituição brasileira, que é a “garantia prospectiva”.

Concorda-se com Figueiredo no sentido de que se deve respeitar o pacto federativo de autonomia político-administrativo-financeira dos entes públicos, inclusive adicionando em prol disto o argumento de que, pela teoria da responsabilidade, quem materializa administrativamente ou se omite a materializar é quem deve arcar com o cumprimento da obrigação, não devendo, em regra, a União ou o Estado arcar com eventual omissão por parte do Município.

Também se concorda que a obrigação solidária somente pode advir de lei ou do contrato entre as partes, não sendo a obrigação dos entes públicos solidária, pois não existe norma definindo-a expressamente, defendendo-se que “competência comum” não é o mesmo que “competência solidária”.

No que diz respeito à prestação de saúde por intermédio de um sistema único onde participam todos os entes da federação, denominado de Sistema Único de Saúde, ou seja, cuja unicidade está tanto na finalidade quanto no nome, o dever de administrar a saúde no âmbito local (ex: surto de dengue) quanto no âmbito nacional (ex: campanha nacional de prevenção à CIDA) pertence a todos os entes, trazendo à baila a excepcionalidade da questão.

Mas o fato de pertencer a todos os entes por si só não significa que um será responsável pela conduta dos outros de forma solidária, e, a princípio, apenas diz que todos participarão da ação como um todo, cada qual sendo responsável pela parcela administrativa que lhes competir, podendo somente ser acionados judicialmente por tais parcelas, e até este ponto concorda-se com os argumentos defendidos pelos não solidaristas.

Sucedem que os envolvidos somente serão responsáveis por parcelas se existirem parcelas passíveis de responsabilização a serem divididas, retornando à questão da natureza da obrigação. Diz-se que, de fato, não se trata de olhar o problema tendo em conta que a obrigação é solidária, mas levando em consideração que a prestação é indivisível, nos termos do art. 258 do CC:

CC - Art. 258. A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico.

Pereira doutrina que "o que é divisível ou indivisível não é a obrigação, mas a prestação; por metonímia, entretanto, fala-se em divisibilidade ou indivisibilidade da obrigação"²⁶³. Venosa exemplifica a respeito do que seriam as obrigações indivisíveis pela natureza jurídica da prestação:

Ademais, a indivisibilidade pode ser jurídica. Normalmente, todo imóvel pode ser dividido, mas, por restrições de zoneamento, a lei pode proibir que um imóvel seja fracionado abaixo de determinada área. Está aí, portanto, a indivisibilidade por força de lei.²⁶⁴

As prestações de serviços de saúde devem ser realizadas por inteiro, não de forma fracionada pelo Estado, como determina o art. 198, II da CRFB, o qual, ao dizer que o serviço público de saúde é organizado com a diretriz do "atendimento integral" não quis referir-se somente quanto à extensão no sentido de que todos os problemas de saúde seriam tratados, mas também quanto à profundidade, no sentido de que o problema de saúde tratado pelo SUS seria cuidado totalmente.

²⁶³ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. v.2.6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 66.

²⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. V. 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 122.

Esse dever de cuidado integral quanto à profundidade é o que fundamenta dizer neste trabalho que não há prestação parcial de cuidados à saúde, o Estado deve buscar os meios possíveis para proporcionar a cura total da doença.

Não pode o Município restringir-se a diagnosticar que o segurado do SUS contraiu determinada doença e abster-se da responsabilidade, alegando que em decorrência da complexidade do caso o problema agora será do Estado ou da União.

Tao pouco pode a União realizar operação complexa de transplante de órgão e depois abster-se do período pós-operatório alegando que compete ao Estado ou ao Município a prestação do serviço. A prestação de serviços de saúde por qualquer dos entes deve ser integral.

Todos os entes são responsáveis desde a atividade preventiva, passando pelo diagnóstico, chegando ao tratamento e finalmente, se possível, alcançando a cura.

Assim, pela natureza da obrigação, o ente envolvido não pode prestá-la de forma parcial, mas em virtude de a competência ser comum, pelo disposto no art. 23, II da CRFB, os demais entes se coobrigam em decorrência do disposto no art. 259 do CC: “Se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda”.

Note-se que não é apenas pela natureza da prestação que a obrigação é indivisível no sentido de “ou se presta serviço de saúde de forma integral ou não se presta”, mas também pela razão determinante do negócio jurídico, consistente na proteção à saúde do segurado do Sistema Único de Saúde.

Ainda que não houvesse a previsão constitucional de que competiria ao ente o dever de prestar a tutela à saúde de forma integral, a razão determinante do negócio jurídico, consistente na cura do segurado, obrigaria o ente a se responsabilizar de forma integral.

O Município, por exemplo, não seria responsável somente pelo fornecimento de medicamentos enquanto o Estado os serviços de internação, por causa da razão determinante, “a cura”, o Município estará responsabilizado de forma integral.

Mas, se assim o é, retorna-se ao pragmatismo apresentado no início do questionamento acerca de quem seria a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde, pois a prestação integral importa em aumento de custo, em consequência, comprometimento da materialização do direito fundamental.

O neoconstitucionalismo de forma prospectiva anteviu o problema de que impor ao Município a tutela da saúde desde a prevenção até a possível cura comprometeria a qualidade do serviço, culminando no não adimplemento da obrigação por parte do Estado.

O constituinte poderia ter determinado de forma expressa a repartição dos serviços, por exemplo, dizendo que a prevenção competiria ao Município enquanto o diagnóstico e tratamento ao Estado, mas assim não o fez, preferiu em decorrência do problema econômico de risco de não prestação integral atribuir competência comum a todos os entes.

A prestação do serviço de saúde também é indivisível por motivos de ordem econômica na perspectiva neoconstitucionalista, sob pena de, ao comprometer o orçamento, a prestação de forma integral não ser materializada no futuro. Torna-se indivisível para que se garanta a integralidade da tutela da saúde ao particular, pois se assim não o fizer, o ente sozinho não conseguirá prestar, evitando-se que o trilho em destino da promoção do bem de todos deixe de existir.

Crítica referente à tutela do direito à saúde por parte do judiciário refere-se ao direito à igualdade, pois em tese, no momento em que o judiciário proferisse sentença para determinar que o Estado prestasse serviço a pessoa “A”, “B”, com o mesmo problema, não receberia a prestação se não fosse ao judiciário.

Esse argumento é tão esdrúxulo que prova a má-fé de determinados administradores, pois se o judiciário determinou prestação de serviço para “A”, em virtude da norma geral criada para os casos concretos, se “B” recorrer ao judiciário também deverá receber a mesma prestação; se o judiciário não o fizer, aí, sim, haverá violação ao direito à igualdade.

Prova-se a má-fé, pois o administrador, mesmo ao saber que o judiciário criou norma geral para os casos concretos, no sentido de que “todos têm direito à prestação ‘X’”, continua a exigir que o direito dos demais na mesma situação só seja materializado por intermédio do pedido de socorro ao judiciário.

A consequência deste argumento é nefasta, pois importa dizer que, em virtude de o direito à saúde possuir dimensão social²⁶⁵, deve-se negligenciar o direito individual do jurisdicionado de ter o direito fundamental resguardado em face da

²⁶⁵ LIMA, George Marmelstein. *Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4666>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

tutela conferida pela constituição, desconsiderando o direito fundamental ao acesso à justiça nos termos do art. 5º, XXXV da CRFB. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de afastar o argumento de violação ao princípio da igualdade:

EMENTA: - Direito à saúde. “Diferença de classe” sem ônus para o SUS. Resolução n. 283 do extinto INAMPS. Artigo 196 da Constituição Federal. - Competência da Justiça Estadual, porque a direção do SUS, sendo única e descentralizada em cada esfera de governo (art. 198, I, da Constituição), cabe, no âmbito dos Estados, às respectivas Secretarias de Saúde ou órgão equivalente. - O direito à saúde, como está assegurado no artigo 196 da Constituição, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. Inexistência, no caso, de ofensa à isonomia. Recurso extraordinário não conhecido.²⁶⁶

O interessante é que a *ratio decidendi*, por criar norma geral, a despeito de, em regra, não ser vinculante, possui dimensão coletiva, mas o procedimento em ações coletivas geraria a criação no dispositivo de “normas individuais” iguais ao mesmo tempo, reduzindo aparência de violação ao direito de igualdade por importar em execuções simultâneas.

Barroso, em virtude desta peculiaridade das ações coletivas, chega a sugerir que o debate da esfera individual deva ser convertido em um debate coletivo:

Pois bem. Penso - e essa é a minha sugestão principal - que, neste caso, o debate deve ser convertido, de um debate individual, para um debate coletivo. A partir deste momento, o que se deve decidir não é se uma pessoa deve merecer o provimento da sua postulação judicial; o que o Judiciário tem que decidir é se todas as pessoas que estão naquela situação merecem ser atendidas, porque, aí, em vez de se atender uma pessoa, cria-se uma política pública para atender àquela necessidade.²⁶⁷

Porém, aparentemente, Barroso esquece-se que o judiciário, no momento da fundamentação, já decide “se todas as pessoas que estão naquela situação merecem ser atendidas”, arrematando Sarlet e Figueiredo:

²⁶⁶ STF, 1ª Turma, RE 261.268/RS, Rel.Min. Moreira Alves. J. em 28/08/2001, DJ 05/10/2001.

²⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Políticas públicas de saúde – integralidade do sistema. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública, convocada em 05 de março de 2009*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma> >; Acesso em: 20 maio 2010.

Com todo o respeito à fundamentação que embasa tal posicionamento, não se pode deixar de relembrar que o direito à saúde é, antes de tudo (e também), um direito de cada pessoa, visto que intimamente ligado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da própria dignidade inerente a cada ser humano considerado como tal. Isso significa que, a despeito da dimensão coletiva e difusa de que se possa revestir, o direito à saúde, inclusive quando exigido como direito a prestações materiais, jamais poderá desconsiderar a tutela pessoal e individual que lhe é inerente e inafastável. Por outro lado, tais concepções deixam de ponderar que o acesso à jurisdição, aí compreendida como jurisdição eficiente e plena, é também assegurado como garantia constitucional fundamental (art. 5o, XXXV), motivo pelo qual não se pode concordar com a tese que refuta, em termos absolutos, a judicialização das demandas por prestações materiais de caráter individual no âmbito da concreção do direito à saúde. Mais uma vez, reforça-se a necessidade de investigação e análise mais aprofundada das dimensões organizatória e procedimental do direito à saúde, em busca de melhores soluções para as dificuldades de operacionalização prática desse direito, sobretudo como direito a prestações materiais.²⁶⁸

As questões referentes à tutela processual-constitucional do direito fundamental à saúde pelo judiciário – mais especificamente as exceções interpostas concernentes ao pacto federativo²⁶⁹, à separação dos poderes²⁷⁰ e ao princípio da igualdade²⁷¹, almejando-se o não conhecimento da causa pelo judiciário e importando na resolução do processo, nos termos do art. 267, VI do CPC²⁷², como exposto – devem ser desconsideradas, devendo o judiciário, em atenção ao princípio do acesso à justiça, receber a demanda e enfrentar a causa de pedir e o pedido do autor.

A questão referente à reserva do possível, interposta com o objetivo de fundamentar a alegação de “impossibilidade jurídica” do pedido, ainda que seja impróprio, já que, na realidade, configura causa de “impossibilidade fática” fundamentando pedido impossível e, por conseguinte, improcedente nos termos do

²⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública, convocada em 05 de março de 2009*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>; Acesso em: 20 Maio 2010.

²⁶⁹ STF, Tribunal Pleno, MS 25295/DF, Rel.Min. Joaquim Barbosa. J. em 20/04/2005, DJe 05/10/2007.

²⁷⁰ STF, decisão monocrática, Medida Cautelar na ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, J. em 29/04/2004.

²⁷¹ STF, 1ª Turma, RE 261.268/RS, Rel.Min. Moreira Alves. J. em 28/08/2001, DJ 05/10/2001.

²⁷² Acredita-se que a extinção do processo pela impossibilidade jurídica do pedido ou pela ilegitimidade na verdade importa em julgamento do mérito da causa, configurando hipótese de improcedência macroscópica, aos moldes do que ocorre no art.285-A do CPC.

art. 269, I do CPC, deve ser analisada conforme o caso concreto, para que se ateste a existência de recursos, mas uma vez constatado esse fato, ou ao menos não provado que inexistem recursos, é plenamente válido ao judiciário julgar procedente o pedido do autor, caso assim entenda.

4 DEVIDO NEOFORMALISMO PROCEDIMENTAL NO PROCESSO CIVIL

Constatou-se que a alegação de que o judiciário estaria violando a “separação dos poderes” não procede, pois está em exercício de atividade típica, tutelando direitos constitucionais.

Estudou-se, em seguida, que o controle judicial das ações dos órgãos de poder advém da tentativa de auferir a máxima eficácia aos direitos fundamentais, porém, esse controle judicial, somente não gerará a temida arbitrariedade do julgador²⁷³ quando desenvolvido dentro da lógica racional formal, a qual é estabelecida pelo processo.

A legitimação das decisões nos procedimentos de controle judicial das ações dos órgãos de poder, desenvolvida através do discurso racional do julgador, possui como pressuposto atos processuais pautados em balizas constitucionais propícias a permitir a o desenvolvimento da fundamentação.

A nível teórico-constitucional, o neoconstitucionalismo permite o controle judicial dos atos jurídicos emanados de políticas públicas com o objetivo de maximizar a efetivação dos direitos fundamentais, porém, este controle inevitavelmente necessita da atividade processual (civil, trabalhista, penal e constitucional) para se efetivar, sendo o desenvolvimento do processo judicial quem estabelecerá as estruturas do controle.

A arbitrariedade da decisão é combatida pela fundamentação racional, mas para que ocorra o surgimento da fundamentação é necessário que o processo propicie a estrutura formal, estabelecendo caminho ao julgador para que gere, de forma satisfatória, a fundamentação e a consequente autoinibição. Questiona-se se o formalismo procedimental é o caminho para a segurança jurídica no controle judicial das ações dos órgãos de poder.

Para responder, aborda-se a respeito do processo, do processo devido, do formalismo e da segurança jurídica, para, em seguida, analisar o que se entende como requisitos de validade ao exercício do controle judicial das ações dos órgãos de poder, consubstanciados na “cooperação”, “adaptabilidade” e “fundamentação”.

²⁷³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Madri: Trotta, 1995, p. 112.

4.1 O PROCESSO DEVIDO

Canotilho leciona que a capacidade de caminhar da Constituição obtém-se através de instrumentos processuais adequados “possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa e judicial) das mensagens normativas da constituição”²⁷⁴.

O procedimento administrativo, legislativo e judicial é instrumento apto para a imposição de comandos à coletividade, porém, procedimento é termo amplo que consubstancia a série de atos realizados por determinada pessoa.

O padre, ao rezar a missa, realiza o procedimento canônico; o árbitro de partida de futebol realiza o procedimento desportivo; o judiciário realiza o procedimento judicial, e assim por diante. Tais exemplos possuem em comum a sucessão de atos pré-estipulados ou não por determinada pessoa. A essa sucessão de atos dá-se o nome de *procedimento*²⁷⁵.

O que diferencia o procedimento estatal dos procedimentos realizados por outros é a aptidão para a produção de normas com força imperativo-autorizantes, no sentido de estabelecer proibições e permissões e autorizar que o lesado ou o em perigo de ser lesado recorra ao Estado para que este execute ou coaja à execução do comando normativo.

Nesse sentido, os procedimentos desenvolvidos pelo Estado são destinados à produção de normas que repercutem na esfera jurídica do particular e, por serem destinados à produção normativa, devem guardar ampla consonância com a fonte positiva de qualificação referente à Constituição.

O procedimento, a sucessão de atos, realizado pelo Estado deve refletir o comando a este estipulado pela norma constitucional e, conseqüentemente, estar em consonância com os direitos fundamentais nela presentes.

A força normativa dos direitos fundamentais repercute no procedimento desenvolvido pelo Estado por intermédio da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conceituando-a Andrade:

²⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 1163

²⁷⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.I. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 73.

Por outro lado, a dimensão objectiva também é pensada como estrutura produtora de efeitos jurídicos, enquanto complemento e suplemento da dimensão subjectiva, na medida em que se retiram dos preceitos constitucionais efeitos que não se reconduzem totalmente às posições jurídicas subjectivas que reconhecem, ou se estabelecem deveres e obrigações, normalmente para o Estado, sem a correspondente atribuição de “direitos” aos indivíduos.²⁷⁶

A adequação procedimental citada por Canotilho, apta a permitir a materialização de direitos fundamentais no presente e de forma prospectiva, é aquela estruturada por intermédio de direitos fundamentais processuais como o contraditório, previsto no art. 5º, LV, que dita que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A respeito, leciona Marinoni:

[...] O contraditório é a expressão técnico-jurídica do princípio da participação, isto é, do princípio que afirma que todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação, ou que sabe que todo poder, nas democracias, é legitimado pela participação.²⁷⁷

Processo para este trabalho consubstancia-se no procedimento qualificado pela materialização do contraditório, ou seja, processo estatal é a produção normativa pela sucessão de atos realizados em contraditório, sendo o processo judicial aquele feito no âmbito do judiciário com insuscetibilidade de controle externo e aptidão para coisa julgada; lecionando Didier Jr:

[...] processo é categoria que pertence à teoria geral do direito, e consiste no método de que o Direito se vale para produzir normas jurídicas; daí que se pode falar em processo legislativo, administrativo negocial e jurisdicional.²⁷⁸

O processo judicial estruturado por direitos fundamentais (dimensão objetiva do direito fundamental) é essencialmente finalístico, servindo como instrumento para a pacificação social das questões levadas a juízo. As estruturas processuais são

²⁷⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2001, p. 111.

²⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 317.

²⁷⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 98.

totalmente postas a favor da materialização de direitos subjetivos das partes, consubstanciados em posições jurídicas de vantagem²⁷⁹.

Chiovenda doutrina que todo direito subjetivo pressupõe a “relação entre duas ou mais pessoas, regulada pela vontade da lei e formada pela verificação de um fato”²⁸⁰; em seguida, ao conceituar o processo civil, leciona que este “é o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”²⁸¹.

A conceituação de Chiovenda estabelece que o procedimento²⁸² está em função da certificação do comando normativo previamente estabelecido, pois, segundo ele, “essa vontade já se formou como vontade concreta anteriormente ao processo”²⁸³. O procedimento, para o autor, certifica comando normativo prévio ao processo, comando este que, se existente, é efetivado pelo recebimento ou, se inexistente, pela recusa.

Ainda para o autor, a função do processo é meramente “certificatória”. Assim, o legislador produz a norma, advindo fato que se amolde à norma, surge o que se chamou de “vontade concreta da lei”, caso se pretenda um bem da vida fundamentado em vontade concreta da lei insubsistente, ter-se-á “uma vontade concreta da lei em virtude da qual essa pretensão deve receber-se, declarar-se e tratar-se como destituída de fundamento”, à qual chamou de “vontade concreta negativa da lei”²⁸⁴.

O posicionamento de Chiovenda não desentoe da proposta estabelecida neste trabalho, no sentido de que, no processo judicial, o juiz desenvolve atividade criativa e normativa, pois, no momento em que o judiciário julga, o faz adaptando as balizas do sistema ao caso concreto, restringindo a norma “para todos” em “para o particular”.

Para restringir o âmbito da norma para o caso concreto, o judiciário primeiramente certifica a incidência desta no âmbito material pré-processo, em seguida, pós-processo, adapta as balizas do sistema.

²⁷⁹ DIDIER JR., Fredi. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. v.1.9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 28.

²⁸⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.I. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 19.

²⁸¹ Id. *Ibid.*, p. 56.

²⁸² Id. *Ibid.*, p. 73.

²⁸³ Id. *Ibid.*, p. 19.

²⁸⁴ Id. *ib.*

Como lecionado por Cappelletti²⁸⁵, o juiz tem o dever mínimo de apoiar a argumentação no direito, não em vagos critérios de valoração. Assim, ao analisar a causa, certifica o comando geral e abstrato da norma amoldada ao caso concreto, para só então exercer a criação normativa a nível interno.

A título de exemplo, o art. 199, §2º da CRFB determina que é vedada a destinação de recursos públicos para entidades privadas de assistência à saúde com fins lucrativos.

Suponha-se que o Município destine verba à entidade privada desatendendo o disposto naquele artigo. Caso o faça e a questão seja levada ao judiciário, este então certifica que o Município infringiu norma constitucional, em seguida cria na fundamentação norma geral para os casos concretos que estão na mesma situação dizendo: “toda vez que um Município subsidiar entidade de assistência à saúde com fins lucrativos estará infringindo a norma do art. 192, §2º da CRFB”, e por fim cria a norma particular do caso concreto restringindo ainda mais, no sentido de que “o Município X infringiu a norma do art. 192, §2º da CRFB”.

Note que ocorre a certificação prévia da existência do direito, ou seja, da incidência da norma do art. 192, §2º da CRFB, para, somente tendo isto em conta, ser realizada a produção normativa pelo judiciário. Isto se dá, sobretudo, porque a produção normativa judicial é pós-fato.

Carnelutti concebe como objetivo do processo a justa composição da lide. Chiovenda contesta isto afirmando, que embora a lide possa estar presente, ela não configura como objetivo imediato do processo, que é, enfatiza, “dizer e atuar a vontade da lei”²⁸⁶.

Quanto a isso, emprega-se o termo lei, em sentido amplo, englobando qualquer documento normativo, posto pelo Estado, apto a ser fonte do direito, incluindo a constituição enquanto fonte de qualificação das demais normas jurídicas²⁸⁷.

Reconhece-se que a lide é acidental para o processo jurisdicional. Existem determinados processos de jurisdição voluntária que não possuem lide, como o de interdição em que o interditando almeja a atividade constitutiva com o objetivo de

²⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 25.

²⁸⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.I. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 19.

²⁸⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 165.

receber benefícios previdenciários. Contudo, há outros em que ela é comumente existente, como o processo de interdição em que os filhos, contra a vontade do pai, almejam interdita-lo por prodigalidade.

A lide é meramente accidental ao processo, pois o real objetivo deste é a pacificação social e o faz por intermédio da materialização de direitos fundamentais, aplicando a norma constitucional como paradigma para as situações jurídicas analisadas.

Assim, retorna-se à afirmação de Canotilho no sentido de que a capacidade de caminhar da Constituição se obtém por intermédio de instrumentos processuais adequados, afirmando que esta capacidade se dá tanto no nível de limitação interna, o de cooperação entre os órgãos do poder, quanto no de limitação externa, referente à materialização de direitos subjetivos.

Primeiro, quanto à limitação interna, o processo é estruturado por intermédio da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, lecionada por Andrade²⁸⁸. As normas processuais são elaboradas e aplicadas para assegurar a cooperação entre os órgãos de poder, a qual possui como finalidade a materialização de direitos fundamentais de forma imediata e prospectiva.

Para a doutrina clássica da separação irrestrita, o judiciário não poderia em nenhuma hipótese influir no outro órgão de poder e isto gerou consequências de criação de meios jurisdicionais alternativos como o *Consiglio di Stato* italiano ou o *Conseil d'État* francês.

No direito brasileiro, porque, em regra, o monopólio jurisdicional da análise de questões de fato é do judiciário²⁸⁹, a doutrina da separação dos poderes repercutiu de forma decisiva na elaboração do procedimento judicial.

O código de processo civil destina seção especial para que o judiciário promova execução por quantia certa contra a Fazenda Pública nos termos dos arts. 730, 731 e 741 do CPC, os quais são totalmente fundamentados no regime especial de execução por quantia certa estabelecido no art. 100 da CRFB, que determina:

²⁸⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2001, p. 111.

²⁸⁹ Pode-se pensar como meio jurisdicional alternativo ao realizado no âmbito do órgão judiciário a arbitragem da Lei n.9.307/96, com a ressalva de que o árbitro não pode executar as sentenças por ele proferidas, e as sanções penais aplicadas pela comunidade indígena contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte, nos termos do art.57 da lei n.6.001/1973.

CRFB – Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

A regra constitucional de que o adimplemento dos títulos executivos judiciais - que condenam a Fazenda Pública ao pagamento de quantia em dinheiro ao particular - deverá ocorrer em ordem cronológica de apresentação, é norma que, almejando respeitar o princípio da “separação dos poderes”, impede que o judiciário penhore bens públicos e os transfira para o particular com o intuito de salvaguardar a dívida²⁹⁰, devendo o particular, caso queira receber o crédito, aguardar a ordem de preferência estabelecida pela Constituição. Nesse sentido leciona Theodoro Júnior:

Prevê o Código de Processo Civil, por isso, um procedimento especial para as execuções por quantia certa contra a fazenda pública, o qual não tem a natureza própria de execução forçada, visto que se faz sem penhora e arrematação, vale dizer, sem expropriação ou transferência forçada de bens. Realiza-se por meio de simples requisição de pagamento, feita entre o Poder Judiciário e Poder Executivo, conforme dispõem os arts.730 e 731.²⁹¹

No mesmo sentido doutrina Wambier e Talamini:

Em regra, os bens públicos não podem ser alienados. Por isso, se existe um crédito contra a Fazenda Pública, desaparece a responsabilidade patrimonial (art. 591), sendo impossível ao credor utilizar o procedimento da execução por quantia certa contra devedor solvente, que pressupõe a possibilidade de constrição judicial dos bens do devedor, para satisfação do crédito. Mesmo nos casos em que bens públicos possam vir a ser alienados, a forma de sua transmissão será regulada por lei, ficando impedida a penhora.²⁹²

Ocorre que, em virtude da teoria da cooperação entre os órgãos de poder, a limitação interna deve ocorrer em função da finalidade de materialização dos ditames constitucionais.

²⁹⁰ Outro fundamento para a impenhorabilidade é a inalienabilidade de determinados bens públicos.

²⁹¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. 2., 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 255.

²⁹² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. V.2.,11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 534,

A separação ou cooperação não é um fim em si mesmo, no momento em que essa separação ou cooperação desvirtua a finalidade para a qual foi posta, então, essa técnica instrumental de garantia deve ser repensada.

A regra existente no art. 100 da CRFB deve conviver com as demais regras existentes nos textos constitucionais e por si ceder aos princípios normativos que regem, fundamentam e servem como balizas interpretativas para as demais normas.

Nesses termos, o art. 100 da CRFB deve ser aplicado sempre com o fim de materializar os fundamentos da república no presente e assegurar que sejam materializados no futuro.

O art. 100 da CRFB, em especial, foi idealizado com o intuito de resguardar o direito fundamental à igualdade, estabelecendo como critério para o pagamento de dívidas por quantia certa a ordem cronológica da apresentação pelo presidente do Tribunal dos títulos executivos judiciais.

Ademais, o artigo tem estrutura essencialmente neoconstitucionalista, pois ao determinar que somente as verbas especialmente destinadas no orçamento são repassadas ao particular para o pagamento do precatório (art. 100, §§ 5º e 6º, da CRFB), assegura que no futuro outros direitos fundamentais também poderão ser materializados.

O artigo 100, §2º da CRFB, em ponderação ao postulado da proporcionalidade, estabelece de forma abstrata critério distintivo, no sentido de que os portadores de doenças graves receberão o crédito com preferência sobre os demais débitos, até o limite do triplo do valor definido em lei como “pequeno valor” (art. 87 do ADCT).

Porém, neste momento retomamos a afirmação de que o judiciário atua pós-fato, adaptando a norma em abstrato ao caso concreto.

Apesar de o art. 100, §2º da CRFB dizer que haverá preferência no pagamento dos créditos de portadores de doenças graves definidas em lei regulamentadora, a qual, ressalte-se, até o momento ainda não foi editada, pode-se, de forma excepcional²⁹³, pensar em hipótese de que, na ordem interna de preferência do pagamento, haja sujeito que a despeito de estar no último lugar da

²⁹³ Importante ressaltar a excepcionalidade que serve somente para confirmar a regra de que o pagamento de precatórios deve ser realizado na ordem cronológica de apresentação do título judicial.

fila (Súmula n.655 do STF) necessite de forma premente o recebimento do pagamento em detrimento do que está no primeiro lugar.

Imagine paciente emergencial, figurando no último lugar da fila de precatório, que necessite fazer operação de elevado custo no período de 24h, sob pena de perder a vida, e quem está em primeiro lugar possui doença grave dependendo do recebimento do valor para a compra de remédios, podendo esperar algumas semanas para comprá-lo.

É razoável que o último lugar da fila receba o valor primeiro, sob pena de tornar inútil o motivo de figurar em fila cronológica especial, ou seja, de defesa da saúde e da vida.

Perceba que a fila especial de pagamento do art. 100, §2º da CRFB foi posta em defesa dos direitos fundamentais à saúde e à vida. Dentro dessa fila especial estabelece-se, em atenção ao princípio da igualdade, ordem própria de pagamento pela ordem cronológica de apresentação dos títulos.

Porém, quando a igualdade formal compromete o fim último da fila especial referente à salvaguarda da saúde, então essa fila deve ser repensada no intuito de atender a igualdade na dimensão material e salvaguardar, de fato, os fins para os quais a fila especial de pagamento de precatórios foi proposta.

O repensar desta fila somente pode ser feito por intermédio da análise efetiva do caso concreto, servindo o judiciário como órgão de poder cooperador para a elucidação da questão.

Tendo em conta o art. 100, §2º da CRFB, o judiciário certifica a incidência desta norma ao fato, em seguida adapta-a às peculiaridades do caso concreto, atuando pós-fato em exercício da competência típica deste, referente a garantir materialmente a força normativa constitucional por intermédio da materialização de direitos fundamentais.

Essa adaptação não viola a “separação dos poderes”, até porque ela não existe de forma absoluta, mas antes promove a cooperação entre os órgãos de poder permitindo que se maximize a eficácia da finalidade da fila especial de pagamento, referente à salvaguarda da vida e da saúde.

Qualifica-se o princípio da igualdade que deixa de ver os integrantes da fila como formalmente iguais e passa a analisar as distorções existentes no caso concreto, assegurando-se a igualdade material.

Pensar de forma diversa seria promover o procedimento inútil, pois se a fila especial foi feita para resguardar o direito à vida, mas a existência da fila não se mostra suficiente e recusa-se a repensá-la promovendo a igualdade material, então que não se faça fila especial, pois é inútil para os fins a que foi proposta, evitando-se mais gastos dos recursos públicos.

O processo de execução contra a Fazenda Pública deve ser constantemente adaptado ao caso concreto em virtude do princípio da cooperação entre os órgãos de poder, permitindo que a estrutura procedimental seja materialmente estruturada nos termos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou de forma específica acerca da questão, devendo, por conseguinte, os argumentos postos neste trabalho serem desenvolvidos e amadurecidos pela construção jurisprudencial dos tribunais inferiores:

Por ocasião do julgamento da ADI 1.662 (Rel. Min. Maurício Corrêa), a Corte decidiu que a ausência de previsão orçamentária ou o pagamento irregular de crédito que devesse ser solvido por precatório não se equiparam à quebra de ordem cronológica ou à preterição do direito do credor (art. 100, § 2º, da Constituição). Naquela assentada, a Corte não ponderou acerca da influência do direito fundamental à saúde e à vida na formação das normas que regem a sistemática de pagamentos de precatório. Portanto, ordem de bloqueio de verbas públicas, para pagamento de precatório, fundada no quadro de saúde do interessado, não viola a autoridade do acórdão prolatado durante o julgamento da ADI 1.662. **Ressalva do Ministro Relator, quanto à possibilidade do exame da ponderação, cálculo ou hierarquização entre o direito fundamental à saúde e a sistemática que rege os precatórios em outra oportunidade.** Reclamação conhecida parcialmente e, na parte conhecida, julgada improcedente.²⁹⁴

Segundo, quanto à limitação externa, o processo é normatizado no sentido de assegurar a máxima eficácia dos direitos subjetivos constantes na análise no mérito da causa. Assim, a estrutura processual, enquanto instrumento, deve assegurar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais²⁹⁵ a ela levados.

Continua-se com o exemplo da execução por quantia certa contra a fazenda pública, constitucionalmente normatizada no art. 100. O processo constitucional de execução, nesses casos, visa assegurar o princípio da igualdade e, de forma

²⁹⁴ STF. Rcl 3.982. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. em 19/11/2007, D.J. de 14/12/2007. Grifos nossos.

²⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180.

prospectiva, a salvaguarda de outros direitos fundamentais no sentido de que se preverá dotação orçamentária para o pagamento do precatório, “economizando” o valor excedente para outros fins.

Porém, no que concerne ao direito fundamental à igualdade, este convive com outros direitos fundamentais de igual importância, com peso determinado de acordo com o caso concreto²⁹⁶.

Reconhece-se que o disposto na norma do art. 100 da CRFB, referente ao fato de que a execução de quantia contra a fazenda pública realizar-se-á “exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos”, possui natureza de regra, submetendo-se à lógica do “tudo ou nada” e não colidindo com princípios por estarem em planos diferentes.

Aplicado o constitucionalismo tradicional, em virtude de o disposto no art. 100 ser norma estabelecida pelo constituinte originário com natureza de regra, esta deve valer de forma absoluta somente se submetendo a critérios de validade.

Ainda no exemplo do paciente com urgência em fazer cirurgia no prazo de 24h, se aplicada a regra do art. 100 da CRFB de forma absoluta, tendo em conta que não existe normas originárias inconstitucionais na Constituição, em abstrato, o art. 100 será plenamente válido, devendo o paciente esperar a ordem de preferência do pagamento.

Contudo, o neoconstitucionalismo acrescenta como requisito de validade extrínseco, a capacidade de eficácia prospectiva da materialização dos fundamentos da República traz o que era analisado no plano da eficácia para o plano da validade.

Justamente no momento em que o juízo analisa a validade prospectiva é que se valerá da utilização da outra categoria de normas com todos os postulados interpretativos a ela inerentes. No momento da análise da validade prospectiva da regra o intérprete se valerá dos princípios.

Por estar a realizar a ponderação entre princípios, dependerá da existência do caso concreto para que, no caso de colisão, possa utilizar o postulado da proporcionalidade aplicando o princípio preponderante na maior medida possível.

A regra originária constitucional existente no art. 100, no exemplo dado, não se mostra suficiente para que de forma prospectiva, o direito à saúde do paciente seja resguardado – aliás, não se mostra suficiente para resguardar no caso concreto

²⁹⁶ Id., *ibid.*, p. 90.

exemplificado nenhum outro direito fundamental, pois passadas as 24h o paciente estará morto e, por conseguinte, deixará de ser titular de qualquer categoria de direitos.

Aberra que o formalismo exacerbado possa comprometer a finalidade mor do direito que é a pacificação social, comprometendo a vida de membro da sociedade. Mas, a despeito desse argumento de cunho valorativo, a questão é passível de ser resolvida na dogmática por intermédio da função correccional de cunho prospectivo do neoconstitucionalismo.

Eis o porquê do exposto de que no neoconstitucionalismo há a constante preocupação de transformar o que não deve ser com a pretensão de corrigir aquilo que racionalmente pode ser aperfeiçoado, apostando-se nos princípios para a viabilização do sistema que analisa o direito como “poder ser”.

Para o que se está a afirmar é necessário refletir acerca de quem tem o poder de reforma constitucional no caso concreto, tendo como base o que se estudou neste trabalho acerca da separação dos órgãos de poder.

Diz-se que a reforma normativa constitucional em abstrato e em concreto é feita somente pelo Estado, logicamente tendo em conta alterações sociais e políticas, mas somente a este é dada a alteração do ordenamento positivo.

Em abstrato, o Estado, por intermédio do órgão Congresso Nacional, nos termos do art. 60 da CRFB, possui o poder de reformar de forma positiva a constituição mediante a proposta de legitimados específicos, mas, ainda em abstrato, o Estado, por intermédio do órgão judiciário, possui o poder de reformá-la de forma negativa, desconstituindo a validade da emenda constitucional por intermédio da decretação da invalidade desta, tendo como parâmetro a norma originária constitucional, nos termos do art. 102, I, “a” da CRFB.

Em concreto, a função típica de reforma positiva da norma constitucional é do Estado por intermédio do órgão judiciário, que deverá certificar a validade da norma e adaptá-la às peculiaridades da causa. A atividade de adaptação da norma previamente adequada pelo constituinte é produção positiva da norma constitucional, nesses termos, note que o judiciário acaba por ser órgão de poder constituinte reformador em concreto.

Vai-se além para dizer que, admitido o judiciário como órgão de poder reformador, este acaba por estar também submetido a todas as limitações materiais de reforma – tidas como cláusulas pétreas e existentes no art. 60, §4º da CRFB:

CRFB – Art. 60 [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

O controle constitucional dessa reforma, tendo em conta que a própria constituição auferiu ao judiciário o poder de dar a última palavra acerca do texto constitucional, seguirá a lógica da contenção interna, por intermédio da autolimitação pela estrutura procedimental, estabelecendo a possibilidade de reanálise por diversos órgãos internos, através de recursos e da obrigatoriedade da fundamentação.

Reafirma-se que a produção normativa pelo judiciário é procedimentalmente diferente da do legislativo, pois atua pós-fato e está limitada a balizas constitucionais – no caso, as cláusulas pétreas estabelecidas no art. 60, §4º da CRFB.

No que concerne ao precatório, a análise do caso concreto exacerba-se, pois é fundamentada na análise acerca da efetividade da execução de sentença judicial transitada em julgado, considerando os fins prospectivos alheios ao disposto no título executivo judicial.

Assim, no caso concreto do paciente que precisa da quantia para se operar em 24h, sob perigo de morte, o judiciário pode adaptar a norma do artigo 100 da CRFB para que, de forma plena, possa concretizar os anseios de materialização prospectiva dos direitos fundamentais.

Como leciona Didier Jr., Braga e Oliveira, existem dívidas pecuniárias que não se submetem ao precatório justamente em função de não atender à finalidade para a qual ele foi criado, no sentido de permitir o planejamento das contas da Fazenda Pública para que possa, de forma prospectiva, materializar direitos fundamentais:

Ademais, há dívidas pecuniárias do Poder Público, oriundas de decisão judicial, que não se submetem ao regime de precatórios: a) as dívidas de pequeno valor (art. 100, §3º, CF/88); b) os créditos provenientes de sentença de mandado de segurança, relacionados a parcelas vencidas após o ajuizamento da ação (§2º do art. 1º da Lei Federal n. 5.021/1966); c) dívidas contratuais (só há contratação com o Poder Público se houver previsão orçamentária para tanto, sendo precedida a execução contratual de fornecimento ao contratado de uma nota de empenho, em que parcela do orçamento já está “empenhada” para o cumprimento da obrigação) ou já previstas no orçamento, como as dívidas salariais: se o sistema de precatório é uma técnica criada para o Poder Público programe-se para adimplir

uma dívida inicialmente não prevista, não há justificativa constitucional para que uma sentença que determine o pagamento de salário, por exemplo, ou o cumprimento de uma obrigação contratual, em valor já empenhado, ambas as dívidas já previstas no orçamento, se submeta ao sistema de precatórios.²⁹⁷

Para as demais espécies de execução contra a Fazenda Pública que não envolvam o pagamento de quantia, ou seja, aquelas referentes às obrigações de fazer, não fazer e dar coisa diferente de dinheiro, segue-se o procedimento comum do art. 461 e 461-A do CPC, não aplicando a disposição do art. 100 da CRFB, conforme leciona Wambier e Talamini:

Apenas as dívidas pecuniárias (excetuadas as “de pequeno valor” – v.adiante) são executadas pelo regime especial, tanto que o art. 730 expressamente alude a “*execução por quantia certa* contra a Fazenda Pública”. Outras espécies de obrigações são executadas pelos meios respectivos (execução para a entrega de coisa, execução de obrigação de fazer ou não fazer, tutela ex arts. 461 e 461-A etc.)²⁹⁸

Nesse sentido, posiciona-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à CF. Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes.²⁹⁹

Essa questão constitucional tem repercussão direta na norma infraconstitucional, pois a sua hierarquia inferior importa na derrotabilidade em concreto da norma, tendo em conta as peculiaridades do caso concreto. Como exemplo, tem-se o caso da antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública que de forma geral é regulamentada pelo art. 1º da Lei n.9.494/97, que dita:

Lei n. 9.494/97- Art. 1º - Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e

²⁹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Direito Probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. V.2., 2. ed.* Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 671.

²⁹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil. v.2.11. ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 533.

²⁹⁹ STF. Primeira Turma. AI 553.712-AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. em 19/5/2009, DJe de 05/06/2009.

seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Acerca do artigo em comento, pode-se dizer que ele não estabelece qualquer previsão para as obrigações que tenham como objeto a entrega da coisa (art. 461-A do CPC) ou obrigações de fazer (art. 461 do CPC) e que as leis n. 4.348/64, n. 5.021/66, relativas ao mandado de segurança foram revogadas pela lei 12.016/2009, sem que esta estabelecesse qualquer remissão transitória para a Lei n. 9.494/97.

Acredita-se, neste trabalho, que essa lei perdeu a eficácia parcial pela revogação das referidas leis, subsistindo somente o impedimento derivado da lei n.8.437/92, destinada aos processos cautelares.

Contudo, a despeito disso, antes da revogação parcial, arguiu-se a inconstitucionalidade da referida lei, em virtude de esta, em abstrato, negar direito constitucional de acesso à justiça, criando impedimento genérico para a efetividade da tutela jurisdicional, conforme leciona Benucci:

No que diz respeito à constitucionalidade das normas restritivas à concessão de liminares, muitos doutrinadores sustentam que tais vedações são inconstitucionais, quer sob o aspecto formal (uma vez que a restrição à concessão de liminares se deu, inicialmente, por meio de medidas provisórias, que não contém os requisitos de urgência e da relevância, quer sob o aspecto material (tendo em vista que tais limitações impedem o amplo acesso à justiça, ferindo o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, onde se busca proteger não apenas a lesão a direito, mas também a “ameaça a direito”, demonstrando que as tutelas de urgência também estão garantidas constitucionalmente.³⁰⁰

O Supremo Tribunal Federal recebeu a matéria na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.4, antecipando os efeitos da tutela do pedido dos requerentes no sentido de suspender as decisões de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública, em dissonância com a lei n.9494/97, assim, em decorrência da decisão vinculante proferida em sede de cognição sumária na ADC n.4, o judiciário está impedido de antecipar os efeitos da tutela contra a Fazenda Pública nos termos da lei n.9.494/97, conforme decisão do STF:

³⁰⁰ BENUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 58.

O Tribunal, por votação majoritária, conheceu do pedido de medida cautelar, por entender possível o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, do poder geral de cautela, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão, que dele não conheciam. Votou o Presidente. Em seguida, o julgamento do pedido de medida cautelar foi adiado por indicação do Ministro-Relator. Plenário, 05.02.98. Decisão : O Tribunal, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia ex nunc e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10/9/97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiam. Votou o Presidente.³⁰¹

O julgamento está paralisado em função de pedido de vistas dos autos por ministro do Supremo Tribunal Federal, contudo, conforme leciona Talamini, a jurisprudência do STF oscila quanto à possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública, tendo em conta as condições econômicas do momento e a composição da corte:

É perceptível, portanto, alguma indefinição do Supremo Tribunal em face das normas proibitivas de tutela urgente. Oscila-se entre a admissão geral a abstrata dessas proibições e a necessidade de exame das circunstâncias de cada caso concreto. E essa indefinição é agravada pelas significativas mudanças de composição por que passou o Supremo nos últimos anos [...].³⁰²

O Ministro Sepúlveda Pertence, contudo, no julgamento da antecipação dos efeitos da tutela existente na ADC n.4, apresenta voto que fundamenta o disposto neste trabalho, no sentido de que a sistemática das normas deve ser adaptada de acordo com o caso concreto, sem que se estabeleçam impedimentos absolutos para a materialização dos direitos fundamentais:

Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame de constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar

³⁰¹ STF. ADC n.4. Rel. Min. Sydney Sanches. J. em 11/02/1998.

³⁰² TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e Fazenda Pública. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 152, p. 55.

aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva.³⁰³

Portanto, conforme leciona Bueno, aplicando-se o postulado da proporcionalidade, o juiz no controle difuso de constitucionalidade poderá, tendo em conta o caso concreto, afastar eventuais impedimentos existentes em normas processuais infraconstitucionais, com o objetivo de salvaguardar os direitos fundamentais de acesso à justiça e à efetividade jurisdicional, previstos no art. 5º, XXXV e LXXVIII da CRFB.

A Constituição estrutura o processo e norteia a forma como o instrumento será aplicado. Imagine o direito fundamental como prego a ser posto na tábua da vida, o processo seria, então, o martelo utilizado para o término da obra, caso o martelo esteja gasto ou haja ferramenta mais eficaz, é óbvio que o marceneiro deve imediatamente trocar a ferramenta, já que o objetivo não é usar o martelo, mas pregar o prego, razão pela qual se concorda com a afirmação de Canotilho posta no sentido de que o caminhar constitucional obtém-se através de instrumentos processuais adequados.

Chiovenda³⁰⁴, ao estabelecer que, são objetivos do processo³⁰⁵, dizer e atuar a vontade concreta da lei, leciona que estes são alcançados pelo complexo de atos vinculados em virtude do objetivo comum, estabelecendo uma unidade³⁰⁶. Em seguida, arremata que essa unidade não deflui apenas do objetivo comum, mas do fato de o processo ser “uma empresa jurídica, entre outros termos, uma relação jurídica”³⁰⁷.

Então, o processo possui dúplice pilar: o primeiro, posto em função da certificação do direito, como diz Chiovenda, ou, como se prefere neste trabalho, em função da efetivação do direito com fins de pacificação social; o segundo, embasado na própria relação jurídica estabelecida no processo.

Pode-se dizer, inclusive, que o primeiro pilar, o posto em função das partes, é aquele relacionado com a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, que cria situações jurídicas ativas e passivas, permitindo ao titular recorrer ao judiciário para a execução do comando normativo.

³⁰³ STF. ADC n.4. Rel. Min. Sydney Sanches. J. em 11/02/1998.

³⁰⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.I. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 71.

³⁰⁵ Id., *ibid.*, p. 71.

³⁰⁶ Id., *ibid.*, p. 72.

³⁰⁷ Id., *ibid.*, p.77.

O segundo estaria mais voltado à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, referentes à forma como o procedimento é criado e desenvolvido, bem como os postulados interpretativos nele presentes.

Os dois pilares são interligados e, por vezes, se confundem, mas, estando os dois presentes, pode-se, então, falar em unidade processual.

Bülow³⁰⁸ foi, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco³⁰⁹, quem originariamente estabeleceu o contraste de autonomia entre a relação jurídica processual e a substancial, a lecionar que a relação jurídica processual se distingue da processual pelos sujeitos, objeto e pressupostos.

Chiovenda estabelece a relação jurídica processual como complexa e autônoma da relação jurídica substancial, a lecionar que há para as partes “deveres para com o juiz, e direitos e deveres entre si”³¹⁰. Nesses termos, integra o processo como sujeitos da relação processual o Estado-juiz e as partes, aquele exercendo poder sobre estas, a quais, por seu turno, estão em situação de sujeição em relação ao Estado-juiz.

A relação de poder e sujeição estabelece série de posições jurídicas ativas e passivas emanadas de direitos e deveres recíprocos, tanto entre as partes quanto entre estas e o Estado-juiz³¹¹.

O poder do Estado-juiz sobre as partes aufere a atividade substitutiva, que, nos dizeres de Chiovenda, configura na “substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia”³¹².

Essa substituição emana da soberania do Estado posta em favor da “organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral”³¹³, a qual é realizada nos limites e de acordo com os objetivos da Constituição brasileira.

Na relação jurídica presente na estrutura processual é onde se desenvolve a justificação para o controle judicial das ações dos órgãos de poder. Nela, em relação às partes, é estabelecido o contraditório como manifestação do direito de

³⁰⁸ BÜLOW, Oscar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2. ed. Campinas: LZN, 2005.

³⁰⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 300.

³¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 80.

³¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 310.

³¹² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.I. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 17.

³¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p.8.

participação, corolário da democracia, e, em relação ao judiciário, imputa-se o dever de fundamentação e publicação das decisões, ambos também decorrentes da natureza do Estado democrático

O processo judicial é criado por direitos fundamentais para a materialização de direitos fundamentais. Estrutura-se o procedimento com contraditório e embasado no princípio da publicidade para que, de forma correta, se possa materializar, por exemplo, o direito fundamental à saúde.

Essa estrutura interna criada por direitos fundamentais para a materialização eficaz de outros direitos fundamentais é o que possibilita a autolimitação adequada e a cooperação proporcional do judiciário com os demais órgãos de poder.

A estrutura adequada para o desenvolvimento válido da relação processual, servindo como meio autolimitador, é aquela integrada pelo complexo de direitos fundamentais processuais, todos inseridos no macroprincípio fundamental ao devido processo legal.

A tutela jurisdicional das liberdades e do patrimônio, nos termos do art. 5º, LIV da Constituição brasileira, deve ocorrer de acordo com o devido processo legal, o qual se refere à relação jurídica e ao complexo de atos estruturados com o objetivo comum de certificar e executar a vontade normativa, qualificados pelo adjetivo “devido”.

Canotilho leciona que processo devido em direito “significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade”³¹⁴, o que coaduna com a teoria do processo devido por qualificação, ao ditar que “uma pessoa privada dos seus direitos fundamentais da vida, liberdade e propriedade tem direito a exigir que essa privação seja feita segundo um processo especificado na lei”³¹⁵.

Canotilho, em seguida, apresenta a “value-oriented theory”, a qual, a basear-se na ideia material do processo justo, dita que o processo não deve somente ser legal, mas deve ser legal, justo e adequado³¹⁶, sendo o formalismo procedimental qualificado por valores de justiça material.

³¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 493.

³¹⁵ Id., *ibid.*, p. 494.

³¹⁶ Id., *ibid.*, p. 494.

Diz-se, quanto a isso, que não se trata de qualificar o processo devido por valores de justiça, mas de fazê-lo atribuindo fins de materialização no presente e de forma prospectiva de direitos fundamentais.

O processo devido não é apenas aquele que segue a série de atos procedimentais pré-estipulados, mas que o faz em atenção aos fins postos para a existência de tais atos.

O processo é estruturado por normas procedimentais preestipuladas em adequação abstrata aos direitos fundamentais processuais existentes na Constituição, tanto que somente será considerado processo se estiver presente o direito fundamental ao contraditório. Caso não exista haverá mero procedimento.

Mas, além do contraditório, outros princípios fundamentais servem para estruturar as normas procedimentais preestipuladas que regem o formalismo processual, como o direito à efetividade, à inexistência de dilações indevidas, à igualdade, à amplitude da defesa, à adequação e adaptabilidade procedimental, à instrumentalidade, à cooperação, dentre outros³¹⁷.

O formalismo, por ser estruturado por direitos fundamentais, é posto como técnica instrumental decisiva para que o devido processo legal integre, de forma adequada, o pilar da relação jurídica e, sucessivamente, possibilite, de forma válida, a criação do pilar de materialização eficaz de direitos fundamentais pela atividade de certificação do direito quando possível (arts. 267, X e 269 do CPC) e, posteriormente, quando for o caso, permita a execução do título executivo (arts. 475-N e 585 do CPC).

Tal materialização de direitos fundamentais por intermédio do processo devido é feita no âmbito da limitação externa ao Estado, tratada na seção anterior deste trabalho.

Para que esse formalismo se desenvolva, possibilitando a atividade de limitação interna do Estado pela autolimitação das atividades do judiciário, assegurando a cooperação válida entre os órgãos de poder, é imprescindível que o procedimento seja feito com a cooperação das partes da relação processual com o judiciário, adaptando a norma ao caso concreto por intermédio do controle difuso de constitucionalidade e que seja realizado com o judiciário sempre fundamentando publicamente as razões da decisão.

³¹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. V.1, 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 27 e ss.

Somente por intermédio do formalismo qualificado por fins de materialização de direitos, posto em procedimento estruturado por direitos fundamentais e para a materialização de direitos fundamentais, é que se pode dizer que existe processo devido para permitir o caminhar constitucional.

4.2 O FORMALISMO

O formalismo apto à realização do controle judicial das ações dos órgãos de poder corresponde à previsibilidade normativa da organização do procedimento como um todo.

Não se confunde com a forma do ato processual isolado, doutrinando Oliveira que o formalismo diz respeito à totalidade formal do processo compreendendo “a delimitação dos *poderes, faculdades e deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”³¹⁸.

O processo, onde atua o formalismo, é produto do homem, decorre de seus valores adquiridos na história, é produção cultural que possui lógica social, não é arbitrário e tem finalidades próprias, logo, não se resume a mero complexo de atos de cunho exclusivamente técnico, conforme doutrina Oliveira:

Por isso mesmo mostra-se totalmente inadequado conceber o processo, apesar do seu caráter formal, como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário. A estrutura mesma que lhe é inerente depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial.³¹⁹

O formalismo é fenômeno cultural imbuído de valores enquanto a técnica é neutra a respeito da questão axiológica. Ele é de extrema importância por assegurar o direito de não surpresa das partes no processo, delimitando as fronteiras da ingerência estatal e as regras necessárias para o desenvolvimento válido.

³¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto de. O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In: DIDIER Jr., Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 125-126.

³¹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto de. Op. cit., p.128 -129.

Dinamarco doutrina que ao reduzir as opções de comportamento de cada sujeito do processo “o direito evita a situação de extrema complexidade que geraria incertezas e faria perigar a própria integridade dos direitos e obrigações da ordem substancial e a fidelidade do processo aos seus objetivos”³²⁰.

O formalismo estabelece o âmbito de atuação do juízo, impede arbítrios do órgão estatal e assegura o desenvolvimento da marcha processual, permite a solução uniforme de situações fáticas semelhantes atendendo ao direito fundamental à igualdade, presente no art. 5º, *caput*, da Constituição brasileira. Leciona Theodoro Júnior que:

Para exercer a função jurisdicional, o Estado cria órgãos especializados. Mas estes órgãos encarregados da jurisdição não podem atuar discricionária ou livremente, dada a própria natureza da atividade que lhes compete. Subordinam-se, por isso mesmo, a um *método* ou *sistema* de atuação, que vem a ser o processo.³²¹

A igualdade formal garantida pelo formalismo no Estado Constitucional impede que o sujeito do processo se sobreponha ao outro, equilibrando os poderes a eles conferidos e assegurando o exercício igualitário destes, doutrinando Oliveira:

O justo equilíbrio presta-se, portanto, para atribuir às partes, na mesma medida, poderes, faculdades e deveres, de modo a que não seja idealmente diversa sua possível influência no desenvolvimento do procedimento e na atividade cognitiva do juiz, faceta assaz importante da própria garantia fundamental do contraditório. Embora cuide aqui de postulado lógico, não se pode deixar de reconhecer que sua realização é garantida apenas pela forma em sentido amplo.³²²

Ressalte-se a lição de Oliveira para quem se dado ao juízo o dever de determinar as regras procedimentais adequadas em cada litispendência, haveria desperdício de tempo e inutilização do “tesouro da experiência colhida da história do direito processual”³²³.

³²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 252.

³²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 42. ed. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 41.

³²² OLIVEIRA, Carlos Alberto de. O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In: DIDIER Jr., Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 127.

³²³ Id., *ibid.*

O formalismo constitui elemento de efetividade e segurança. A primeira em virtude da capacidade de organizar o procedimento e, a segunda, por assegurar a igualdade e a inexistência de arbítrios estatais.

O direito processual, assim, torna-se o direito constitucional aplicado, a ser instrumento de materialização de atos jurídicos baseados em políticas públicas direcionadas a determinada finalidade governamental, por intermédio do formalismo processual.

O processo, quando efetiva o direito material, realiza a justiça e a pacificação social, a doutrinar Marques Neto que “é o modo pelo qual, no Estado Democrático de Direito, se exerce o poder estatal com vistas a cumprir alguma das atribuições reservadas pela Constituição ao ente Estado”³²⁴.

O formalismo tem como finalidade a organização do processo justo e seguro, solucionado de forma efetiva em tempo razoável, onde a eventual colisão de direitos fundamentais processuais deve ser solucionada pela adequada ponderação proporcional dos valores analisados.

A segurança do processo e, por conseguinte, o combate à arbitrariedade, deflui da elaboração de leis claras, acessíveis, previsíveis e eficazes, que protejam direitos adquiridos, não retroajam e estabilizem as relações jurídicas, doutrinando Oliveira:

Advirta-se, porém, que o jurista deve observar a ordem jurídica, atento ao valor da segurança jurídica, sem confundi-la com a manutenção cega e indiscriminada do *status quo*. Cumpre não identificar, outrossim, o valor da segurança jurídica com a “ideologia” da segurança, que tem por objetivo o imobilismo social. Não se trata, também, de identificar o Estado com a ordem, e a lei com a justiça, subprodutos do positivismo, com o que se impediria o acolhimento de qualquer direito não-estatal, bem como a absorção dos reclamos de justiça do povo, a menos que com expresse beneplácito do legislador.³²⁵

A segurança deve ser ponderada com os demais direitos fundamentais estruturantes do processo, sempre com o objetivo de materialização no presente e

³²⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio Sobre o Processo como Disciplina do Exercício da Atividade Estatal. In: DIDIER Jr., Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 266.

³²⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto de. O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In: DIDIER Jr., Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p.132-133.

de forma prospectiva dos fundamentos da República, sem que comprometa os direitos fundamentais das partes litigantes.

A ponderação da segurança deve ocorrer, principalmente, nas causas que envolvem o controle judicial das ações dos órgãos de poder, em virtude de envolver interesses públicos e privados, ganhando muitas vezes dimensão coletiva.

A defesa cega do formalismo desvirtua a finalidade processual de defesa do direito material ameaçado ou já violado. A defesa do direito material como fim processual impõe a mudança de perspectiva à segurança jurídica e à clássica doutrina da separação dos poderes.

A deixar a segurança jurídica de ser apenas a subsunção estática às leis procedimentais impostas pelo legislador infraconstitucional, ganha aspecto dinâmico relacionado à preservação do direito à igualdade material. O direito seguro sob esta ótica passa a ser o que busca a materialização de direitos. Segundo Oliveira:

Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz a mudança, a movimento, na medida em que ela está a serviço de um objetivo mediato de permitir a efetividade dos direitos e garantias de um processo equânime. [...] Dentro dessas coordenadas o aplicador deve estar atento às circunstâncias do caso, pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias peculiares da espécie, o processo pode se apresentar injusto e conduzir a um resultado injusto.³²⁶

Veja o exemplo do paciente necessitando receber a quantia monetária de forma premente para possibilitar o pagamento de operação em 24h, sob risco de morte, mas que se encontra em último lugar na fila especial do precatório.

A morte do paciente ocorreria se aplicado o formalismo desvinculado dos fins para o qual ele foi posto, gerando a inutilidade do próprio sistema especial de precatório estipulado em favor do paciente, criado como exceção à regra do *caput* do art. 100 da CRFB para resguardar a saúde do titular do crédito.

O formalismo, assim como a “separação dos poderes”, não é um fim em si mesmo, mas posto em função de uma finalidade maior referente à materialização atual e prospectiva dos direitos fundamentais.

Caso o procedimento comprometa a materialização dos direitos fundamentais constitucionais, o judiciário pode, por intermédio do controle de constitucionalidade,

³²⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto de. O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In: DIDIER Jr., Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 135.

julgar no caso concreto, de forma incidente, a inconstitucionalidade da norma ou realizar a técnica de interpretação conforme a Constituição, adaptando o procedimento para atender aos fins constitucionais.

O formalismo é a previsibilidade normativa da organização do procedimento como um todo, devendo estar em consonância com os valores de segurança jurídica, correspondente àquela apta a assegurar a força normativa da Constituição.

4.3 A COOPERAÇÃO

A atividade judicial para construir o processo seguro deve primar pelo princípio da cooperação, incentivar o diálogo entre os sujeitos da relação processual com o intuito de dar seguimento adequado à marcha processual.

O juiz coopera com as partes assegurando o contraditório (formal e substancial) e primando pela saúde do processo, sempre na busca da proteção efetiva do direito material. As partes cooperam com o juiz e entre si, não litigando com má-fé, não interpondo recursos meramente protelatórios, garantindo a marcha processual e a ampla cognição do órgão judicial, a fim de que este possa proferir decisões justas. Estabelece-se, assim, a isonomia processual pela cooperação.

O princípio da cooperação é essencial para que haja segurança jurídica no processo e, de forma simultânea, garante o contraditório, o qual é imprescindível para que exista segurança jurídica substancial – a que busca a justiça do caso concreto –, legitimando o controle judicial dos atos do legislativo e executivo sob o fundamento de defesa de direitos fundamentais, conforme lecionado por Capilongo³²⁷.

Oliveira³²⁸ doutrina que se revela inegável “a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na mesma base do diálogo judicial e da cooperação. A sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo”. No mesmo sentido, afirma Marinoni:

³²⁷ CAPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 42.

³²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto de. O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In: DIDIER Jr., Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 135.

A ideia de legitimidade do exercício do poder pressupõe a de efetividade da participação e, essa última, a consideração de aspectos sociais, *que fazem parte da vida da pessoa que vai a juízo*, designados pela doutrina que se preocupou com a questão do acesso à justiça como obstáculos sociais que podem comprometer a efetividade do direito de acesso à ordem jurídica justa.³²⁹

A cooperação é essencial para a segurança, fim imediato do formalismo, permitindo a prolação de decisões que resguardem o direito material, fim mediato. Torna-se direito fundamental advindo do direito ao processo devido. Nesse sentido, podemos dizer que o controle judicial das ações dos órgãos de poder, para que seja executado de forma válida, necessita do princípio da cooperação.

O formalismo-cooperativo deve estruturar-se em prol da materialização de direitos fundamentais. Atos procrastinatórios decorrentes do abuso de direito podem trazer demora irrazoável, que acaba por impedir a efetiva e tempestiva proteção dos direitos ameaçados. A decisão tardia e a não decisão do mérito tornam a atuação estatal inútil, mera sucessão burocrática sem finalidade, conforme leciona Marinoni:

[...] a mesma neutralidade do conceito de relação jurídica processual ou o seu desligamento da vida concreta, caracterizando uma espécie de dissolução de qualquer preocupação valorativa em relação às partes, retira do legislador – na instituição das normas processuais – e do juiz – quando da sua aplicação – qualquer responsabilidade em relação à idoneidade da participação das partes perante o Estado-Juiz, obrigando-lhes, na verdade, ignorar os obstáculos sociais e políticos que impedem que a relação jurídica processual tenha um mínimo de legitimidade.³³⁰

No que concerne ao controle judicial das ações dos órgãos de poder deve-se ter em conta que quando a relação processual é formada, no mínimo dois polos processuais são integrados pelo Estado.

A parte propõe a demanda em face do Estado-juiz que cita para integrar a relação processual o legislativo, o executivo ou até mesmo o próprio judiciário, conforme jurisprudência dos Tribunais:

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA - PROVA DISCURSIVA -VÍCIO NA CORREÇÃO DO RECURSO - ILEGALIDADE DO ATO

³²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. In: DIDIER Jr., Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 543.

³³⁰ Id., *ibid.*

ADMINISTRATIVO - INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, VINCULAÇÃO AO EDITAL, MOTIVAÇÃO, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO - CONCESSÃO DA LIMINAR - APROVAÇÃO NAS ETAPAS POSTERIORES - APLICAÇÃO DA TEORIA DO ATO CONSUMADO - ORDEM CONCEDIDA.³³¹

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO DA BAHIA. EXCLUSÃO DE CANDIDATO. HOMOLOGAÇÃO DO RESULTADO FINAL. PERDA DO OBJETO. NÃO-OCORRÊNCIA. ATIVIDADE JURÍDICA. NÃO-APLICABILIDADE DA SÚMULA 266/STJ. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO EDITAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Havendo o candidato obtido aprovação em todas as fases do certame, não pode ser prejudicado no seu direito de buscar a tutela mandamental em razão do fato de que a ciência dos motivos de sua exclusão deu-se após a homologação do resultado final. Inexistência de perda de objeto do mandado de segurança. Interesse processual que persiste.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em relação aos concursos públicos para ingresso na magistratura, não se aplica a Súmula 266/STJ. Por conseguinte, prevalece a compreensão segundo a qual é legítima a exigência de comprovação da atividade jurídica antes da data da posse do candidato, ou seja, no decorrer do certame.

3. O recorrente não logrou demonstrar, por meio de indispensável prova pré-constituída, que preencheu os requisitos exigidos no tocante à atividade jurídica, conforme Edital 1/02 -JS/TJBA, que disciplinou o Concurso Público para Provimento do cargo de Juiz de Direito Substituto do Estado da Bahia. Há flagrante divergência entre os documentos que instruíram o presente feito e aqueles apresentados à banca examinadora.

4. Recurso ordinário improvido.³³²

A construção da norma gerada no processo nas ações contra a Fazenda Pública deve contar com a ampla cooperação desta, pois ela não atua em interesse particular, mas no interesse público estando vinculada ao dever de promover o máximo possível a materialização dos ditames constitucionais.

O norte de atuação da Fazenda Pública em juízo deve atender ao postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais, razão pela qual ela não deve adotar postura no sentido de negar com veemência determinados pedidos fundamentando, dentre outros motivos, na inexistência de recursos.

A Fazenda Pública em juízo deve adotar postura conciliatória, e isto significa dentre outras coisas na mudança de mentalidade dos sujeitos da relação processual

³³¹ TJMS. MS n.32981. Rel. Des. Tânia Borges. J. em 17/12/2008, DJ de 13/01/2009.

³³² STJ. 5ª Turma. RMS n.20983/BA. Rel. Min. Arnaldo Lima. J. em 09/05/2007, DJ de 28/05/2007, p. 372.

como um todo, pois implica em sede de contestação evitar dizer “não é possível” para que se prefira dizer “até onde não é possível”.

Esta afirmação coaduna-se com o postulado da máxima efetividade, no sentido de que em sede de direito fundamental à saúde o juízo deve buscar o máximo das possibilidades fáticas de materialização somente reduzindo proporcionalmente no caso concreto para evitar a supressão de direitos fundamentais no presente e assegurar a existência destes no futuro.

Este postulado incide sobre todos os órgãos estatais, não apenas ao Estado-juiz, deve-se com isto evitar a mentalidade privatista em peças processuais de defesa da Fazenda Pública, reconhecendo que a procedência do pedido do autor não importa em derrota material pelo Estado, mas em vitória deste ante a natureza contributiva de materialização de direitos fundamentais.

A postura da Fazenda Pública em juízo não deve ser de litigância, mas a dela, mais do que a das partes privadas, deve ser de cooperação justamente porque esta cooperação deflui da própria estrutura da “separação dos poderes”.

Eis o porquê atos procrastinatórios da Fazenda Pública quando realizados com dolo de obstar a materialização do direito fundamental importam em litigância de má-fé, conforme jurisprudência dos Tribunais:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – NULIDADE DA CDA – PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA – ÔNUS DA PROVA – TAXA SELIC – APLICABILIDADE – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – OCORRÊNCIA – HONORÁRIOS – ENCARGO LEGAL – 1. A certidão de Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez que só pode ser elidida através de prova a cargo da parte executada, não havendo que se perquirir acerca de inversão do ônus probatório, nos termos do art. 3º da LEF. 2. De acordo com o art. 13 da Lei nº 9.065/95, a partir de 1º de abril de 1995, os tributos não pagos no prazo previsto terão seus valores atualizados por meio da aplicação da taxa SELIC. 3. Não procede a alegação de que a utilização da SELIC fere o disposto no art. 161, §1º, do CTN, pois esse prevê que a taxa de 1% de juros ao mês somente será aplicada "se a Lei não dispuser de modo contrário" e há expressa disposição legal prevendo a aplicação da SELIC. 4. A limitação dos juros a 12% a.a. (art. 192, §3º da CF) não se aplica aos créditos tributários, não existindo vedação legal ao anatocismo, em relação aos juros moratórios tributários. 5. **A atitude maliciosa da embargante, afirmando reiteradamente inexistir marco interruptivo da prescrição, quando era conhecedora da ocorrência de tal situação, tendo inclusive instruído seu pedido inicial com cópia do processo administrativo em que apresentou defesa, deixa clara sua intenção de induzir o julgador em erro, devendo ser mantida sua condenação como litigante de má-fé. 6. O Decreto-Lei nº 1.025-69,**

em seu art. 1º, prevê a incidência de um encargo de 20%, que compõe o débito exequendo e é sempre devido nas execuções fiscais da Fazenda Nacional, substituindo a condenação do devedor em honorários advocatícios. Precedentes da Corte. 7. Apelação parcialmente provida.³³³

Retorna-se à questão da legitimidade da produção normativa pelo judiciário, note deve-se conceder a possibilidade de ampla cooperação às partes interessadas da relação processual, a participação destas contribuindo com a produção normativa é essencial para a máxima eficácia da finalidade prospectiva da norma, lecionando Härbele:

A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade (*...in der Öffentlichkeit und Wirklichkeit di Verfassung interpretiert*). Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial. A garantia da independência dos juízes somente é tolerável, porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista (*pluralistische Öffentlichkeit*) fornecem material para a lei (*...Material "zum" Gesetz liefern*)

Ainda que a Fazenda Pública adote erradamente a postura de litigância, acredita-se que esta cooperação seja possível. Não se espera que uma parte defenda os interesses da outra, ainda que, de certa forma, a Fazenda Pública o faça por estar a atuar no interesse público no qual inclui os interesses da outra parte, mas que cada uma junte aos autos material probatório apto a fundamentar a procedência dos interesses levantados. Almeja-se que o particular junte provas para fundamentar as alegações destes e a Fazenda Pública junte provas para refutar as alegações do particular, com isto, acaba-se por ocorrer a construção da marcha processual pela "litigância".

Eis o porquê de se dizer que a prova adere ao processo em função do princípio da aquisição processual, não importa quem a trouxe e no interesse de quem ela foi produzida, uma vez juntada aos autos processuais ela perde a "parcialidade", passando a servir como meio para a produção imparcial da norma

³³³ TRF4. 2ª Turma. AC 2003.04.01.050960-5/PR. Rel. Des. Fed. Fábio Rosa. DJU de 04/02/2004, p. 459.

através da cognição exauriente sobre a questão. Barbosa Moreira Leciona neste sentido:

E basta pensar no seguinte: se a prova for feita, pouco importa sua origem. Nenhum juiz rejeita a prova do fato constitutivo, pela simples circunstância de ter sido ela trazida pelo réu. Nem rejeita a prova de um fato extintivo pela circunstância de, porventura, ter sido ela trazida pelo autor. A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo seu adversário. A isso se chama o “princípio da comunhão da prova”: a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência. E quando digo que pouco importa sua proveniência, não me refiro apenas à possibilidade de que uma das partes traga a prova que em princípio competiria à outra, senão também que inclua aí a prova trazida aos autos pela iniciativa do juiz.³³⁴

Chiovenda³³⁵ vai além e diz que não é somente as provas que aderem ao processo, mas os atos processuais como um todo, e concorda-se com o posicionamento do autor, pois cada peça processual, cada manifestação, cada ato de boa ou má-fé, serve para contribuir ou atrapalhar na produção da norma pelo judiciário.

Reafirma-se que o controle judicial das ações dos órgãos de poder somente será plenamente eficaz com a seriedade administrativa por parte do Estado em geral por intermédio do aparelhamento das procuradorias e dos tribunais de contas, iniciando-se movimento sério a favor da transparência das contas públicas, não apenas as referentes à saúde, mas das contas públicas em geral em virtude da otimalidade de Pareto.

A transparência das contas públicas posta nos autos por intermédio da cooperação da Fazenda Pública é o que assegurará a materialização eficaz de direitos fundamentais pelo judiciário sem ocasionar distúrbios no sistema.

Caso a Fazenda Pública não adote postura cooperativa, mas litigante, e não forneça aos autos prova legível e transparente da destinação dos recursos públicos, sabendo acerca da existência suficiente destes para assegurar a máxima efetividade do direito à saúde do particular, então quem perderá não será o particular ou o

³³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*. n.35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 181.

³³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii de Diritto Processuale Civile*. Napoli: dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 748 e 749 apud DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 2. ed.v.2. Salvador: JusPodivm, 2008, nota n. 29, p. 32.

Estado, mas a sociedade em geral em função da inexistência de transparência e postura inconstitucional do Estado no sentido de embaraçar a materialização de direitos fundamentais.

O princípio da cooperação é imprescindível na estrutura formal do processo para viabilizar a legitimidade jurídica do controle das ações dos órgãos de poder.

4.4 A ADAPTABILIDADE

A adequação constitucional da norma geral e abstrata da cooperação dos órgãos de poder, ao adaptar-se com pretensões de correção ao caso concreto, materializa a harmonia estabelecida no art. 2º da Constituição brasileira.

O judiciário veste-se com a norma da cooperação entre os poderes e a reflete na forma pela qual exerce a soberania do Estado, que é por intermédio de atos jurisdicionais emanados pelo processo.

O processo por seu turno adapta de forma concomitante o procedimento judicial para que se torne instrumento útil ao direito fundamental a que protege, refletindo a adequação do princípio da cooperação entre os órgãos de poder no âmbito do judiciário.

O processo por refletir procedimentalmente o princípio da cooperação entre o órgão de poder, permite por parte do judiciário o controle procedimental sobre os atos jurídicos emanados de políticas públicas, o qual por fim é legitimado pela cooperação, adaptabilidade e fundamentação racional, a lecionar Oliveira que:

Por essa via, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, assim como o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade.³³⁶

O constituinte não pode prever todas as hipóteses do caso concreto, por este motivo atribui a abstratividade e generalidade à norma, a fim de que ela possa solucionar a maior quantidade de litígios possíveis. A inconstância fática concede ao

³³⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto de. O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In: DIDIER Jr., Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 137-138.

jugador alta carga cognitiva em virtude da necessidade de adequar o caso concreto à norma abstrata.

Carnelutti leciona que em virtude do constante movimento da vida social a formação ou a transformação do direito objetivo estará necessariamente em atraso com respeito às transformações da sociedade, a justificar a margem de casos e conflitos não expressamente regulados, lecionando que nestes termos “apresenta-se o chamado problema das lacunas da ordem jurídica que é por sua vez problema lógico e político”³³⁷.

No que concerne às normas classificadas como gerais o referido autor³³⁸ leciona que existe a previsão tácita para todos os casos não expressamente previstos por intermédio da existência do princípio geral, em seguida auferido digressão a respeito das normas particulares expondo sobre a impossibilidade de solução lógica acerca da possibilidade da extensão ou não desta para outros casos, a lecionar que:

É lícito concluir que as tentativas lógicas para resolver os problemas das lacunas fracassaram, que não existe nenhuma necessidade de lógica de que o ordenamento jurídico esteja limitado e seja completo, e que a solução do problema há de ser buscar no terreno político³³⁹.

Leciona-se que a existir a suposta lacuna interpreta-se em busca do princípio formador da regra a fim de que se possa auferir se ela está formulada de forma completa ou não³⁴⁰, e somente então, conforme o caso optar pela técnica da analogia ou do argumento a contrario, a chamar-se isto de processo de autointegração.

A respeito do processo que chama-se de heterointegração, a consubstancia-se na regulação pelo uso ou pela equidade do caso não previsto, a prevalecer a justiça, a qual conceituou como “a conformidade com regras que vivem na consciência da generalidade dos cidadãos”³⁴¹.

Carnelutti³⁴², ao estudar o ordenamento italiano, afirma que a auto-integração é a regra, e a heterointegração a exceção, todavia em virtude de nele estabelecer-se

³³⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 183.

³³⁸ Id., *ibid.*, p.182-186.

³³⁹ Id., *ibid.*, p. 186.

³⁴⁰ Id., *ibid.*

³⁴¹ Id., *ibid.*, p. 187.

³⁴² Id., *ibid.*, p. 188.

que as lacunas serão cobertas pela analogia, acaba por gerar a exclusão lógica dos costumes e da equidade como fonte do direito.

Ele ao analisar a analogia³⁴³, conclui que a aplicação desta não se dá em virtude de o caso julgado ser semelhante ao caso expressamente previsto na regra, mas a justificativa da aplicação analógica é porque o caso semelhante integra o princípio geral da regra que disse menos do que pretendia o legislador.

Advertindo por fim o referido autor que embora na teoria a solução legislativa e a solução judicial estejam em planos diametralmente opostos, na prática, em virtude da utilização dos princípios gerais, tendem “senão a confundir-se, a aproximar-se e quando o juiz proceder por analogia, termina com muita frequência por atuar segundo a equidade”³⁴⁴

Sucedendo que Carnelutti adota o positivismo como teoria do direito não entendendo o princípio como norma em si, mas apenas como “o pensamento [do legislador] cuja formulação representa a norma”³⁴⁵, a não ser o princípio integrante da fonte de qualificação³⁴⁶ a qual é para o positivismo somente a lei, servindo aquele somente como fonte interpretativa, a explicar a coerência ideológica na afirmação de que a análise do problema das lacunas por intermédio dos princípios gerais, integra o terreno político.

Correto é o pensamento de Carnelutti acerca irradiação dos princípios nas normas procedimentais do processo civil, porém refina-se o pensamento deste com a doutrina de Alexy³⁴⁷ que, ao tratar dos direitos fundamentais, estabelece ao lado das regras o princípio como espécie de norma jurídica, complementando-se com a doutrina de Dworkin que estabelece a distinção entre princípios e política:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...] Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.³⁴⁸

³⁴³ Id., *ibid.*, p. 190.

³⁴⁴ Id., *ibid.*, p. 191.

³⁴⁵ Id., *ibid.*, p. 186.

³⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 166.

³⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

³⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36.

A irradiação principiológica no plano do formalismo processual não se trata de atividade política ou arbitrária do juiz, mas configura a aplicação da norma jurídica, a estar o Estado-juiz em exercício típico da função judicial.

Concorda-se com a afirmação de que as normas gerais possuem comando tácito de integração por intermédio dos princípios e que no caso das normas particulares, não existe na lógica da subsunção estrita do fato à regra a possibilidade lógica de extensão destas a outros casos devendo a questão ser solucionada por intermédio de princípios.

O que se discorda juntamente com a doutrina de Dworkin é acerca da afirmação de que o judiciário ao realizar a cognição valendo-se de princípios, estaria no campo da política e não dos direitos, sob a justificativa de que atos políticos são baseados na conveniência e na oportunidade, enquanto atos jurídicos são estritamente vinculados às normas como o são os atos analisados pelo judiciário.

A integração da norma que tutela os conflitos não expressamente regulados, realizada com o intuito de permitir que o direito acompanhe as transformações da sociedade e, por conseguinte, assegurar o caminhar constitucional proposto por Canotilho³⁴⁹, não é problema lógico-político, mas estritamente lógico-jurídico.

Estabelecida esta premissa, resta saber como se dá a atividade integrativa do sistema, que preferimos chamar de adaptação por ter significado mais amplo do que simplesmente “completar”, “integrar” a vontade do legislador, a servir a norma produzida no judiciário como verdadeiro instrumento de “acomodação”, de “adaptação” da Constituição ao caso concreto.

Marinoni³⁵⁰ leciona que a teoria da relação jurídica processual é capaz de demonstrar o que acontece quando o litigante vai em busca do juiz em face daquele que resiste à pretensão, porém ignora a necessidade das partes e as diferentes realidades dos casos concretos.

Porém acredita-se que esta afirmativa serve somente para o formalismo clássico da teoria da relação processual, pois como exposto o formalismo não é um fim em si mesmo, ele estrutura o procedimento com fins específicos de

³⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 1.163.

³⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. In: DIDIER Jr., Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 542.

materialização de direitos fundamentais sempre com intuito de materialização, no presente e de forma prospectiva, dos fundamentos constitucionais.

Para que o faça necessita da interação com a relação jurídica processual, e ao fazer isto aborda justamente a necessidade das partes e as diferentes realidades do caso concreto.

Existindo situação fática que mereça tutela pela ordem jurídica, o legislador previamente elabora a norma, trata-se, pois, da adequação prévia da norma às hipóteses abstratas que atingem de forma geral os que se submetem à soberania do Estado.

Advindo o fato tutelado, há a incidência da hipótese normativa tornando-o fato jurídico, gerando a relação jurídica com situações jurídicas ativas e passivas. Quando levado à apreciação do judiciário o juiz adapta a norma ao fato jurídico amoldando-a as peculiaridades da causa.

Didier Jr.³⁵¹ adota a terminologia no sentido de que a adequação é feita considerando a hipótese fática abstrata, enquanto a adaptabilidade é feita considerando a hipótese fática concreta.

O legislador, ao elaborar a norma procedimental, deve observar as peculiaridades do direito para o qual ela servirá de instrumento, faz a ponderação previa dos valores que serão discutidos em juízo e legisla o procedimento para que abstratamente englobe o maior número de situações concretas possíveis de maneira adequada.

A adequação do procedimento deriva do direito fundamental à inafastabilidade da tutela jurisdicional e do devido processo legal³⁵², neste sentido doutrina Marinoni:

A parte, além de ter o direito de participar do processo, possui o direito ao procedimento adequado à tutela do direito material. Esse direito incide sobre o legislador, obrigando-o a instituir procedimentos idôneos, assim como sobre o juiz, especialmente em razão das normas processuais abertas, que dão à parte o poder de estruturar o procedimento segundos [sic.] as necessidades do direito material e do caso concreto [...] O processo, nessa perspectiva, exige mais um

³⁵¹ DIDIER Jr., Fredie Souza. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed.v.1.Salvador: JusPodivm, 2008, p. 51.

³⁵² Id., *ibid.*, p. 51.

plus em relação à fria e neutra concepção de relação jurídica processual³⁵³.

Após realizada a adequação da norma procedimental pelo legislador, o judiciário adapta a norma geral ao caso concreto para que através do procedimento se consiga a tutela jurisdicional adequada e efetiva, a lecionar Marinoni que:

A compreensão desse direito depende da adequação técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade requer a adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial.³⁵⁴

A adequação deve ser feita atendendo a critérios subjetivos, objetivos e teleológicos³⁵⁵. Os critérios subjetivos levam em consideração características especiais das pessoas que integram o procedimento, motivando a realização deste de forma diferenciada a fim de que os direitos sejam tutelados de maneira efetiva.

A adequação objetiva dá-se em virtude da natureza do direito material, da forma como este se apresenta no processo e da situação processual de urgência na defesa deste direito³⁵⁶. A adequação objetiva deve está concatenada com o juízo de razoabilidade a respeito da ponderação de valores dos direitos fundamentais envolvidos, doutrinando Marinoni:

É que a necessidade de tutela do direito material – e assim a adequação procedimental nessa perspectiva – pode se mostrar dúbia quando não relacionada com os direito fundamentais e com os princípios constitucionais de justiça [...] A legitimidade material dos procedimentos diferenciados, particularmente dos procedimentos delineados pelo legislador mediante restrições às afirmações que o réu poderia fundar no direito material, é dependente dos direitos fundamentais materiais.³⁵⁷

³⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. In: DIDIER Jr., Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 544.

³⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 204.

³⁵⁵ DIDIER Jr., Fredie Souza. Op. cit., p. 52.

³⁵⁶ Ibid. Ibidem

³⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. In: DIDIER Jr., Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 545.

Ocorre adequação teleológica quando se legisla o procedimento com o intuito de atender às funções predominantes, assim, a fase de conhecimento apresenta cognição diferenciada da fase de execução. Leciona Didier Jr. que “Há adequação teleológica também quando o procedimento é adaptado aos valores preponderantes em cada caso. Assim, por exemplo, o procedimento dos Juizados Especiais é adequado aos valores celeridade e efetividade, que presidiram a sua criação.”³⁵⁸

Adequado o procedimento pelo legislador, cabe ao magistrado continuar na empreitada da adequação normativa, adaptando às especificidades do caso concreto, aplicando o princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação judicial do procedimento, lecionando Didier Jr.:

Nada impede, entretanto, antes aconselha, que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material. Também se deve permitir ao magistrado que corrija o procedimento que se revele inconstitucional, por ferir um direito fundamental processual como o contraditório (se um procedimento não previr o contraditório, deve o magistrado determiná-lo, até mesmo *ex officio*, como forma de efetivação desse direito fundamental).³⁵⁹

Considerada as especificidades do caso concreto, quando a norma em abstrato violar direitos fundamentais em concreto, ela deve ser afastada pela inconstitucionalidade em relação ao caso específico, doutrinando Didier Jr. que “Se a adequação do procedimento é um direito fundamental, cabe ao órgão jurisdicional efetivá-lo, quando diante de uma regra procedimental inadequada às peculiaridades do caso concreto”³⁶⁰.

O processo civil foi originariamente estruturado para a solução de lides entre particulares, porém o procedimento civil é utilizado para ações de ressarcimento contra a Fazenda Pública, execução de créditos tributários inscritos na dívida ativa, análise de impugnações contra o procedimento de desapropriação realizado pelo Estado, entre outros.

A percepção da existência do Estado como ente “anômalo” em um dos polos do processo obrigou o legislador no ato de elaboração do código a realizar a adequação subjetiva do procedimento do código de processo, estabelecendo para a

³⁵⁸ DIDIER Jr., Fredie Souza. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed.v.1. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 52.

³⁵⁹ Id., *ibid.*, p. 53.

³⁶⁰ Id., *ibid.*, p. 54.

Fazenda Pública o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (art. 188 do CPC), a remessa necessária (art. 475 do CPC), dispensa de depósito prévio em ações rescisórias (art. 488, p.u., do CPC), a dispensa de preparo (originário caput do 511 do CPC), entre outros.

Esta adequação subjetiva é deveras controvertida, pois suscita alegações de violação desproporcional ao princípio da igualdade material³⁶¹ bem como pode significar embaraços de duvidosa constitucionalidade ao acesso à justiça como no caso das leis que impedem a antecipação dos efeitos da tutela.

A adequação subjetiva, como exposto, visa assegurar que o procedimento especial tenha em conta as características de determinada parte no processo, no caso das prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo estas são elaboradas com o intuito de compensar a suposta precariedade dos órgãos públicos em estruturar as procuradorias destes, permitindo que por intermédio de “compensações” o Estado possa igualar-se materialmente ao particular.

Cediço que esta adequação em abstrato realizada pelo legislativo deve ter como base a premissas fáticas da incapacidade da Fazenda Pública em defender-se corretamente, como efetivamente acontece em determinados Municípios de orçamento reduzido.

Contudo o desenvolvimento do Estado tem paulatinamente caminhado no melhor aparelhamento das procuradorias, a procuradoria da república, por exemplo, é integrada por bacharéis em direito selecionados da nata da ciência jurídica por intermédio de um dos concursos públicos mais concorridos realizados no Brasil, ademais, disponibilizou-se para a procuradoria da República para o exercício de 2011 a dotação orçamentária no valor de R\$ 2.363.562.510,00 (dois bilhões trezentos e sessenta e três milhões quinhentos e sessenta e dois mil e quinhentos e dez reais)³⁶².

Isto demonstra que em determinadas situações concretas as prerrogativas da Fazenda Pública podem ao invés de promover a igualdade material, criar extrema situação de desvantagem para o particular em relação aquela, como se demonstra

³⁶¹ CANTOÁRIO, Diego Martinez Fervenza. *Os benefícios da Fazenda Pública em juízo e a garantia da isonomia no processo civil*. [S.l.]: Fiscolex, 2007. Disponível em: < http://www.fiscolex.com.br/doc_1139416_OS_BENEFICIOS_PROCESSUAIS_FAZENDA_PUBLICA_JUIZO_GARANTIA_ISONOMIA_PROCESSO_CIVIL.aspx >; Acesso em: 15 abr. 2010.

³⁶² MPF. Programa Orçamentário do MPF. *Portal Transparência*. [S.l.s.e], 2011. Disponível em: < <http://www.transparencia.mpf.gov.br/orcamento-e-financas/programacao-orcamentaria> >; Acesso em: 21 FeV. 2011.

no julgamento da medida cautelar da ADI 1910, cujo mérito ainda pende de julgamento pelo STF:

Ação rescisória: argüição de inconstitucionalidade de medidas provisórias (MPr 1.703/98 a MPr 1798-3/99) editadas e reeditadas para a) alterar o art. 188, I, CPC, a fim de duplicar o prazo para ajuizar ação rescisória, quando proposta pela União, os Estados, o DF, os Municípios ou o Ministério Público; b) acrescentar o inciso X no art. 485 CPC, de modo a tornar rescindível a sentença, quando “a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial”: preceitos que adoçam a pílula do edito anterior sem lhe extrair, contudo, o veneno da essência: medida cautelar deferida. 1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa: razões da medida cautelar na ADIn 1753, que persistem na presente. 2. Plausibilidade, ademais, da impugnação da utilização de medidas provisórias para alterar a disciplina legal do processo, à vista da definitividade dos atos nele praticados, em particular, de sentença coberta pela coisa julgada. 3. **A igualdade das partes é imanente ao procedural due process of law; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais:** parece ser esse o caso na parte em que a nova medida provisória insiste, quanto ao prazo de decadência da ação rescisória, no favorecimento unilateral das entidades estatais, aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a conseqüência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo. 4. **No caminho da efetivação do due process of law - que tem particular relevo na construção sempre inacabada do Estado de direito democrático - a tendência há de ser a da gradativa superação dos privilégios processuais do Estado, à custa da melhoria de suas instituições de defesa em juízo, e nunca a da ampliação deles ou a da criação de outros, como - é preciso dizê-lo - se tem observado neste decênio no Brasil.**³⁶³

A decisão do plenário do STF acerca da medida cautelar na ADI 1910 apresenta a excepcionalidade das prerrogativas, postas em função da adequação do

³⁶³ STF. MC na ADI 1910. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ n.39 de 27/02/2004.

processo às peculiaridades da Fazenda Pública, demonstrando que o caso concreto, ou seja, a análise do quão aparelhada é a procuradoria, poderá fundamentar a inconstitucionalidade da prerrogativa por violação da igualdade material das partes.

A decisão da MC na ADI 1910, ao fim afirma que o dever do Estado não deve ser no sentido de aumentar o número de normas procedimentais ampliando as prerrogativas, mas de garantir que a igualdade formal entre o Estado e o particular se materialize por intermédio do aparelhamento das procuradorias.

A parte final da decisão trata-se de *obiter dictum* que desperta a curiosidade, pois apresenta ideologia prospectiva da materialização do direito fundamental à igualdade formal, demonstrando de forma nítida que a ideologia do neoconstitucionalismo esteve presente no momento da cognição para a elaboração da decisão.

No que concerne à adaptabilidade da norma ao caso concreto afirma-se que se o juízo constatar que a lei processual infraconstitucional está a violar a igualdade de armas dos sujeitos da relação processual, atentando contra o princípio da igualdade, ele não só pode como deve jogar a lei inconstitucional afastando a prerrogativa da Fazenda Pública, inclusive de ofício, conforme jurisprudência:

EXECUÇÃO FISCAL - TRIBUTO - INCONSTITUCIONALIDADE - DECLARAÇÃO DE OFÍCIO - CONTROLE DIFUSO - POSSIBILIDADE - Ao magistrado é permitida a declaração, de ofício, de inconstitucionalidade de tributos municipais em sede de controle difuso.³⁶⁴

Porém, acredita-se que esta posição restritiva das prerrogativas da Fazenda Pública advém da postura de litigância desta.

É evidente que se a mentalidade dos órgãos de poder estatais for no sentido de desenvolver atividade cooperativa com as partes da relação processual, no uso do postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais, tais prerrogativas perdem a dimensão de “vantagens de defesa” para ganharem a de “instrumentos de promoção de direitos dos particulares”.

O prazo em quadruplo auferido à Fazenda Pública para contestar, a título de exemplo, pode inclusive ser aumentado se isso puder promover a melhor cognição pelo magistrado, ainda que se acredite, a princípio, que isto seja desnecessário, já

³⁶⁴ TJMG. AP 103130824349340011/MG. Rel. Des. Carreira Machado. J. em 11/11/2008. DJ de 18/11/2008.

que a despeito do prazo a maior, a Fazenda Pública pode juntar documentos a qualquer tempo e solicitar provas periciais para trazer dados técnicos mais apurados, complementando alegações simples realizadas na contestação, mas ainda assim, se a postura for cooperativa, persiste a possibilidade.

A adaptabilidade subjetiva dependerá das características da parte da relação processual, e a característica da Fazenda Pública é a atuação constante em prol do interesse público e da máxima efetivação dos direitos fundamentais.

Talvez a distorção não esteja no processo ou no Estado, mas na mentalidade dos agentes que encaram as prerrogativas sob a perspectiva privada de litigância, desvirtuando os fins para os quais elas foram postas fazendo com que elas, ao invés de contribuir para a materialização de direitos, sirvam para comprometê-los.

Outra questão interessante diz respeito à adaptabilidade subjetiva processo em relação ao autor da demanda e objetiva em relação ao direito fundamental à saúde

As causas que enfrentam questões relacionadas ao direito à saúde frequentemente deparam-se com problemas que demandam soluções emergenciais para que assegure-se o resultado útil ao fim do processo.

A mentalidade antiga do formalismo procedimental do processo civil era no sentido de que atos executórios somente poderiam ocorrer após o advento do trânsito em julgado³⁶⁵, o fundamento disto advém da mentalidade do Estado liberal no sentido de que o Estado somente poderia realizar atos executórios, ingerindo na propriedade do particular, após cuidadosa cognição exauriente.

Isto primeiro ocasionou extrema carga de depreciação da importância das questões tratadas no primeiro grau, fundamentando a mentalidade de que a decisão importante seria somente a proferida em última instância, já que uma vez lá poder-se-ia alterar tudo e somente lá a sentença estaria apta para estar na situação jurídica da coisa julgada.

Segundo diminuiu a carga de efetividade da tutela de direitos levada ao judiciário, pois este estaria amarrado ao esgotamento de todo o procedimento - que de forma necessária possui um longo lapso temporal - para que pudesse realizar atos executórios de antecipação imediata do pedido.

³⁶⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Execução. São Paulo: Bestbook Editora Dis, 2003, Passim.

O judiciário, quando muito, por intermédio do esgotamento do procedimento cautelar, poderia assegurar que, ao fim do processo principal, o bem da vida litigado pelas partes existiria, mas jamais executar diretamente o pedido do autor antecipando-o antes do trânsito em julgado, por intermédio do poder geral de cautela.

A título de exemplo, caso duas pessoas brigassem por uma caneta e a caneta estivesse na posse do réu, o judiciário poderia no máximo tomar medidas protetivas para que ao fim do processo a caneta existisse e estivesse apta para ser entregue ao vencedor da ação, mas jamais entregar a caneta ao autor para que ele a usasse antes do trânsito em julgado, ainda que a vida do autor dependesse urgentemente disso e estivesse posto nos autos a extrema probabilidade do direito dele sobre a caneta.

Cediço que neste exemplo hipotético, como a vida do autor depende de forma urgente da caneta, ao fim do processo a prestação judicial seria inútil, porque não existiria mais autor, pois estaria morto.

A justiça tardia não é justiça, mas sucessão burocrática de atos com fins em si mesmos que de nada servem para a promoção de direitos, apenas contribuem para a perpetuação da violação destes.

Não é à toa que a constituição foi emendada em 2004 por intermédio da emenda constitucional n.45, incluindo no rol dos direitos fundamentais expressos a razoável duração do processo por intermédio do dispositivo do art. 5º, LXXVIII, que dita que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O instituto da antecipação dos efeitos da tutela surgiu infraconstitucionalmente com o intuito de corrigir essa disfunção. Trata-se de expressão do sincretismo processual, técnica processual que almeja a execução dentro de uma fase de atos teleologicamente adequados para outra fase, com o objetivo de auferir maior efetividade ao procedimento.

Por intermédio do instituto da antecipação dos efeitos da tutela, a exemplo da prevista no art. 461, §3º do CPC, o judiciário está apto a realizar atos executórios antecipando o pedido do autor ainda dentro da fase de conhecimento, sem a necessidade de esperar o trânsito em julgado da decisão.

A hipótese comum estabelecida pelo art. 273 do CPC é que, para que se antecipem os efeitos da tutela, é necessário a existência de prova inequívoca que

conduza a juízo de verossimilhança das alegações, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e exista a possibilidade de reversibilidade dos efeitos do provimento, pois, nesta última hipótese, caso quem se beneficiou da antecipação dos efeitos da tutela perca, será obrigado a restituir o valor que antecipadamente lhe foi concedido, conforme jurisprudência do Tribunal Federal da 2ª Região:

TRATIVO. TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR. RETINOSE PIGMENTAR. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE LIMINAR. Cassada liminar deferida em sede de mandado de segurança, por sentença transitada em julgado, impõe-se a restituição aos cofres públicos da importância despendida com o tratamento oftalmológico realizado no exterior.³⁶⁶

Em determinadas ações que tratam de questões de saúde o dano irreparável é de fácil demonstração, a prova inequívoca que conduza a juízo de verossimilhança das alegações dependerá do caso concreto e de quanto material probatório a parte já produziu, suscetível de demonstrar que está a sofrer violação do direito à saúde; quanto à reversibilidade do provimento esta também dependerá do caso concreto, porém é em relação a esta que se almeja reflexão acerca da adequação objetiva.

Os requisitos do art. 273 do CPC somente são aplicáveis para obrigações de pagar quantia, pois para as obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa a antecipação dos efeitos da tutela seguirá regramento próprio do art. 461, §3º do CPC, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Outorga de escritura definitiva de imóvel. Antecipação dos efeitos de tutela. Natureza do provimento antecipado. Perigo de irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada. Juízo de probabilidade. Tutela específica. Requisitos. Arts. 273 e 461 do CPC. - O provimento antecipado, consistente na outorga de escritura definitiva do imóvel não é de natureza irreversível. - Quando o § 2.º do art. 273 do Código de Processo Civil alude à irreversibilidade, ele se refere aos efeitos da tutela antecipada, não ao provimento final em si, pois o objeto de antecipação não é o próprio provimento jurisdicional, mas os efeitos desse provimento. - O perigo da irreversibilidade, como circunstância impeditiva da antecipação dos efeitos da tutela, deve ser entendido cum grano salis, pois, não sendo assim, enquanto não ultrapassado o prazo legal para o exercício da ação rescisória, não poderia nenhuma

³⁶⁶ TRF2. AC 20025101010127659/RJ. Rel. Des. Fernando Marques. J. em 07/10/2009. DJU de 16/10/2009, p. 141.

sentença ser executada de forma definitiva, dada a impossibilidade de sua desconstituição. - É sob a ótica de probabilidade de êxito do autor quanto ao provimento jurisdicional definitivo que o julgador deve conceder ou não a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. - Em se tratando de tutela específica que tem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, prevista no artigo 461 do CPC, a lei processual não exige, para a concessão da tutela liminar, os requisitos expressamente previstos no artigo 273. Basta, segundo prescreve o parágrafo 3.º, do artigo 461, que o fundamento da demanda seja relevante e haja justificado receio de ineficácia do provimento final. Recurso especial não conhecido.³⁶⁷

Assim, os julgamentos de impossibilidade de antecipação dos efeitos da tutela de pagar quantia, fundamentados no perigo de reversibilidade do provimento, ocorrem quando o autor da ação não tem condições financeiras de, ao fim da demanda, ressarcir o prejuízo da Fazenda Pública, caso esta saia vitoriosa.

Em termos simples, significa que quem é pobre não pode se beneficiar da antecipação dos efeitos da tutela contra a fazenda pública em nenhuma hipótese, já que, ao fim do processo, por não possuir dinheiro, seria incapaz de ressarcir o dinheiro empregado no tratamento de saúde.

Por outro lado, em decorrência do princípio da universalidade do Sistema Único de Saúde, pessoa abastada não poderia ser impedida de pleitear ajuda do SUS e como possui condições financeiras para devolver a quantia financiada pelo Estado, não incidiria no impedimento existente no art. 273, §2º do CPC.

O Sistema Único de Saúde foi desenvolvido para permitir o amplo acesso dos brasileiros ao tratamento de saúde, independente de que classe social provenha, porém, em especial, visa garantir que aqueles que não possuem capacidade para custear o tratamento possam beneficiar-se de sistema que, além de universal e público, é gratuito.

A primeira violação deste no caso concreto é em relação ao princípio da igualdade material, pois estabelece a condição financeira do beneficiado como requisito para a concessão do benefício, somente concedendo-o a quem possui reservas financeiras aptas a servir como garantia real ou fidejussória em juízo. Para garantir a concessão do benefício é necessário que se tenha dinheiro ou seja amigo de alguém que o tenha.

³⁶⁷ STJ. 3ª Turma. REsp 737.047/SC. J. em 15/02/2006, DJ de 13/03/2005, p. 321.

A segunda violação refere-se ao próprio direito fundamental ao acesso a justiça, pois se nega o provimento jurisdicional tempestivo àqueles que sem condições monetárias podem arcar com os custos da garantia para a antecipação dos efeitos da tutela.

O artigo, de forma geral, está bem intencionado, porque visa garantir à parte que sofreu atos executórios antes da cognição exauriente sobre a questão que, caso eventualmente ela esteja com a razão, não venha a sofrer prejuízos maiores do que aqueles ocasionados pelo desconforto de ter sido demandada injustamente.

Mas, no que concerne ao direito à saúde de pessoas sem condições financeiras, tendo em conta o postulado da proporcionalidade – leia-se processo devido substancial –, a norma infraconstitucional deve ceder à sobreinterpretação constitucional por intermédio da técnica da interpretação conforme ou pela da derrotabilidade normativa no caso concreto.

O requisito infraconstitucional do perigo de irreversibilidade da medida deve ser afastado no caso de tutela de direito à saúde de pessoas pobres, adaptando subjetivamente o comando normativo para que este possa estar em consonância com os direitos fundamentais à igualdade e ao acesso à justiça de pessoas sem condição financeira.

Ato contínuo, a adaptabilidade da norma pelo judiciário deve ocorrer de forma objetiva, amoldando a questão à natureza do direito à saúde discutido em juízo, pois, a depender do caso concreto, no desenvolvimento do processo devido substancial (princípio da proporcionalidade), a não antecipação dos efeitos da tutela pode significar na impossibilidade de provimento útil ao fim da demanda pela irreversibilidade do quadro clínico ocasionada pela demora do provimento ou até mesmo pela morte do autor, conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

MANDADO DE SEGURANÇA - SUS - LEGITIMIDADE DO FILHO PARA, EM NOME PRÓPRIO, ATUAR PELA MÃE, SE ESTÁ ELA IMPOSSIBILITADA DE FAZÊ-LO - NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO - ATRIBUIÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO - SEGURANÇA DEFERIDA. - O filho, em nome próprio - e não como representante - pode atuar em defesa da mãe, se está ela, por problemas de saúde, impossibilitada de exercer esse direito. - Antígona define magistralmente esses direitos morais, que independem de um fundamento legal. "Não há necessidade de fundamento para legitimar certos atos morais". Trata-se apenas de não ser indigno do que a humanidade faz de nós. "A condição

humana basta para inferir a legitimidade do ato". - **Se é necessário o procedimento cirúrgico e a internação em CTI - e na ausência de vagas no Sistema Único de Saúde - SUS - o Estado deve custear o tratamento realizado por hospital particular, até o surgimento de vaga, em vista do caráter relevante do direito constitucionalmente protegido. Se o tratamento não foi fornecido no tempo adequado, vindo o paciente a falecer, a conta do tratamento deve ser custeada pelo Estado.**³⁶⁸

Quanto às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, acredita-se que em abstrato a norma mostra-se adequada para tutelar o direito à saúde em sede de antecipação dos efeitos da tutela, porque, nesses casos, o art. 461, §3º do CPC estabelece como requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela apenas a necessidade de demonstrar o relevante fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final.

Nos casos de antecipação dos efeitos da tutela das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa diferente de dinheiro não há a exigência da demonstração da inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, sendo o art. 461 do CPC passível de aplicação sem ressalvas nas causas que versam acerca do direito à saúde, inclusive no que concerne à tutela do resultado prático equivalente, estabelecida no art. 461, §5º do CPC, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SUS. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. MOLÉSTIA GRAVE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461 DO CPC. 1. A Constituição Federal excepcionou da exigência do precatório os créditos de natureza alimentícia, entre os quais incluem-se aqueles relacionados com a garantia da manutenção da vida, como os decorrentes do fornecimento de medicamentos pelo Estado. 2. É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com princípios e normas constitucionais, sendo permitido, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos. 3. Recurso especial não-provido.³⁶⁹

³⁶⁸ TJMG. MS 1.0000.06.436720-4/000(1). Rel.Des.Wander Marotta. J. em 16/08/2006. DJ de 11/10/2006. Grifo nosso.

³⁶⁹ STJ. 2ª Turma. REsp 824.164. Rel. Min. João Otávio de Noronha. J. em 04/05/2006. DJ de 28/06/2006, p. 253.

O problema da demonstração da inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado foi excluído do projeto de lei que versa acerca do novo código de projeto civil (PL n. 166/2010 – Senado), requerendo-se de forma expressa no art. 283 do projeto somente que se evidencie a plausibilidade do direito e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação:

PL n. 166/2010 – Senado – Art. 283 – Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Porém, tanto no que concerne ao art. 273, 461 e 461-a do CPC quanto ao art. 283 do PL n. 166/2010, é importante deixar claro que, neste trabalho, o posicionamento não é no sentido de que a questão acerca da “demonstração da inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento” não deva nunca ser enfrentada.

Ao contrário, acredita-se que esta questão deve sempre ser objeto da cognição do juízo já que o acesso à justiça é via de mão dupla, assim, se de um lado existe a necessidade de avaliar a tutela antecipatória, que como muito bem lecionam Marinoni e Mitidiero é fundamentada na demora da prestação jurisdicional, de outro lado existe a necessidade de avaliar a tutela cautelar que versa acerca do “perigo de infrutuosidade da tutela jurisdicional do direito”³⁷⁰.

O que se afirma é que essa questão não pode ser tratada *ope legis*, ou seja, de forma geral e abstrata pelo legislador, sob o risco de gerar violações a direitos fundamentais, como exposto no caso do art. 273, §2º do CPC, quando relacionado ao direito à saúde deve ser tratada *ope iudicis*, pelo judiciário analisando o caso concreto.

Quanto à credibilidade das decisões de primeiro grau, o próprio instituto da antecipação dos efeitos da tutela apresenta técnica de mitigação no art. 520, VII do CPC, pois altera a sistemática dos recursos, permitindo que a despeito da executabilidade imediata ocorrida antes do trânsito em julgado, eventual recurso interposto contra sentença de primeiro grau que confirme a antecipação, seja recebido somente no efeito devolutivo, não se suspendendo os efeitos executivos da tutela de urgência.

³⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

A mudança de mentalidade no sentido de que o juízo de primeiro grau não é mero órgão burocrático a exercer atividade inútil, apenas digna de eficácia quando tutelada pelos tribunais superiores, tem imposto mudanças mais amplas ao processo civil, a fundamentar que o legislador no projeto do novo código de processo civil viesse a estabelecer no art. 908 que “Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão”, que importará, na prática, a mudança do paradigma do descrédito.

4.5 A FUNDAMENTAÇÃO CONSEQUENCIALISTA

A subsunção da norma nos “casos fáceis” é feita sem problemas pelo julgador; todavia, quando este se depara com “casos difíceis”, em que não há previsão legislativa explícita ou em que a subsunção literal afronta a justiça no caso concreto, faz-se necessária a adequação normativa com o intuito de proteção do bem da vida discutido.

O Estado-juiz então, conforme doutrina Chiovenda³⁷¹, diz e atua a vontade concreta da lei, cuja teoria, quando aplicada junto com neoconstitucionalismo teórico, importa em estabelecer que o Estado-juiz diz e atua a vontade concreta da norma constitucional de forma imediata e prospectiva.

Como o juiz possui suas próprias paixões, a adaptação não pode ser feita advinda do mero subjetivismo do magistrado, sob pena de ela própria atentar contra a justiça. Tornando-se “achismo”, viola a igualdade e traz o arbítrio e a insegurança lecionada por Zagrebelsky³⁷², já que, conforme a mudança de julgador, mudar-se-ia a decisão para o caso concreto.

A solução é adequar a decisão ao sistema. O magistrado olha para o sistema a fim de ver as normas que o estrutura e, dentro das balizas normativas (princípios e regras), inova trazendo a justiça para o caso concreto.

O romancista, ao elaborar o romance, olha o que torna aquele gênero literário romance, em seguida, dentro dos fundamentos colhidos, inova; caso tente criar o romance nas balizas da comédia, gerará mau livro. No mesmo sentido, o

³⁷¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.I. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 19.

³⁷² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 112.

magistrado para gerar a boa decisão, deve adequar a norma às balizas do sistema³⁷³.

A ponderação de valores dentro das balizas do sistema garante a adaptação da norma e a aplicação do Direito ao caso concreto, como afirma Oliveira:

Nessa perspectiva, o juízo de legalidade constata as características essenciais e comuns, enquanto o juízo de equidade ocupa-se com a compreensão das características acidentais e particulares da hipótese individual verificada, mas sempre levando em conta o sistema em que inserido.³⁷⁴

A fundamentação da adaptação normativa pelo judiciário é imprescindível para a adequada consideração das alegações produzidas, defendendo Marinoni que “Não basta qualquer decisão. É preciso que a decisão se funde em critérios objetivadores da identificação do conteúdo do direito fundamental e que se ampare em uma argumentação racional capaz de convencer”³⁷⁵.

A fundamentação demonstrará que a adaptação gerará boa decisão por estar amparada em argumentos reconhecidos como bons argumentos pelas pessoas amparadas pela Constituição.

A Constituição no art. 93, IX determina que todos os julgamentos realizados pelo judiciário serão públicos e fundamentados, podendo a lei estabelecer limites quando não houver prejuízo ao interesse público à informação:

CRFB – Art. 93 [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

A Constituição, além de estabelecer o dever de que as decisões devem ser fundamentadas, diz de forma expressa que a finalidade da existência desse ato processual é permitir que o público possa exercer o direito à informação.

³⁷³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 217-249.

³⁷⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto de. O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In: DIDIER Jr., Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 137-138.

³⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. In: DIDIER Jr., Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial* Salvador: JusPodivm, 2008, p. 568.

O direito à informação é corolário do princípio da publicidade dos atos emanados do poder público. Divide-se na dimensão formal, referente ao direito de acesso à informação, e na material, correspondente ao direito de informação clara³⁷⁶. O direito à informação possui finalidade inerente, referente a permitir a possibilidade de controle social dos atos emanados pelo poder público.

Nesses termos, o ato processual de fundamentação das decisões, por estar diretamente relacionado ao direito à informação, tem como finalidade mediata permitir o controle da sentença judicial pelos envolvidos na relação jurídica processual, pois a norma específica do caso concreto pode influir diretamente no patrimônio ou liberdade dos envolvidos, enquanto a norma geral dos casos concretos pode ser estendida a outras demandas levadas ao judiciário.

A constatação de que a norma geral dos casos concretos transcende os limites subjetivos da demanda é importante para justificar a “abstrativização do controle concreto”, mencionada na seção três deste trabalho. Faz prova de que a norma geral dos casos concretos transcende os limites subjetivos da demanda o disposto no art. 543-A, §6º do CPC.

No controle concreto de constitucionalidade, para que a parte leve a demanda ao Supremo Tribunal Federal por intermédio do Recurso Extraordinário é necessário que ela demonstre que o mérito do processo possui “repercussão geral”, consubstanciada na existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (Art. 543-A, §1º do CPC).

Nessas hipóteses, para a demonstração da repercussão geral, é permitida a manifestação de terceiros alheios à relação processual, nos termos do art. 543-A, §6º do CPC, os quais ganham o estado de “amigos da corte” (*amicus curiæ*), ajudando na formação da decisão.

Tais terceiros não adentram no processo como *amicus curiæ* para ajudar no êxito do pedido do autor, que configura no projeto inicial do dispositivo da decisão, mas o fazem para ajudar a embasar a causa de pedir do autor ou do réu, pois

³⁷⁶ O Relatório de Impacto Ambiental existente no Estudo de Impacto Ambiental (Res n.01/86 – CONAMA) é demonstração da dimensão material do direito à informação por almejar tornar os dados técnicos existentes no estudo de impacto legível aos leigos.

servirá como projeto da elaboração das normas gerais dos casos concretos na fundamentação³⁷⁷.

A repercussão prática da existência da norma geral dos casos concretos é que basta a admissão de uma demanda para as que possuem a mesma causa de pedir sejam sobrestadas, caso negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados serão automaticamente inadmitidos.

Se o STF julgar o mérito do recurso extraordinário, os tribunais inferiores, nas outras causas semelhantes, poderão inclusive retratar-se da decisão se ela for contrária ao STF, e, se assim não o fizer, esta decisão poderá ser cassada pelo STF (art. 543-B, §4º do CPC).

Note que o julgamento de constitucionalidade incidente em processo que discute o caso concreto tem poder de influenciar no resultado de outros processos, e isto se dá por intermédio da formação da norma geral dos casos concretos.

A formação desta norma geral encontra-se na fundamentação da sentença, eis o porquê da importância da fundamentação como controle da decisão para as partes e para toda a sociedade.

A fundamentação, por decorrer do direito de informação, precisa ser acessível e clara. No que diz respeito à clareza, o Código de Processo Civil estabelece norma preliminar no art. 156 determinando que devem ser redigidas em língua portuguesa, lecionando Ceneviva:

O direito é uma disciplina cultural, cuja prática se resolve em palavras. Direito e linguagem se entrelaçam e se confundem. Algumas vezes – infelizmente, mais do que o necessário – os profissionais da área jurídica ficam tão empolgados com os fogos de artifício da linguagem que se esquecem do justo e, outras vezes, até da lei. Nas acrobacias da escrita jurídica, chega-se a encontrar formas brilhantes nas quais a substância pode ser medida em contagotas. O defeito – também com desafortunada frequência – surge mesmo em decisões judiciais que atingem a liberdade e o patrimônio das pessoas.³⁷⁸

Mas, vai além, é importante que a decisão seja lógica. O princípio da congruência interna determina que a decisão judicial seja inválida quando da

³⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.3. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 662.

³⁷⁸ CENEVIVA, Walter apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. V.2, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 306.

narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão. Deve existir coerência entre o relatório, a fundamentação e o dispositivo da sentença e dentro de cada um deles a coerência nos argumentos postos pelo juiz também deve existir.

Assim, o juiz não pode decidir pela extinção do contrato e determinar, ao mesmo tempo, que a obrigação seja cumprida. Deve existir uma conexão lógica em cada palavra posta na estrutura da sentença, lecionando Didier Jr., Braga e Oliveira:

[...] Alguns doutrinadores afirmam que a decisão representa um verdadeiro silogismo, segundo o qual o magistrado, em sua motivação, deve fundar-se numa premissa maior (a norma jurídica) e, a partir dela, analisar os fundamentos de fato (premissa menor), chegando, no decisório, a uma conclusão. A ideia já se mostra superada, na medida em que, bem se sabe, normalmente o magistrado simplesmente *intui* a solução a ser dada ao caso concreto e busca, a partir dela, uma justificação racional no ordenamento jurídico e nas provas produzidas nos autos. Mas, ainda assim, a teoria da decisão como um *silogismo* é importante para demonstrar a coerência que deve existir entre a solução e a justificação expostas pelo julgador no ato decisório.³⁷⁹

Acredita-se que a lógica existente na fundamentação não deve ser arbitrária, mas realizada por técnicas próprias de hermenêutica. A Constituição, enquanto documento normativo, possui superioridade hierárquica sobre as demais normas, permitindo a utilização dos critérios interpretativos propostos por Savigny em relação às demais normas. Ocorre que ele não pode ser aplicado de forma isolada ante as peculiaridades da norma constitucional em relação às demais (textura aberta, predominância de princípios conflitantes, entre outras).

Didier Jr., Braga e Oliveira aparentam apresentar conhecimento pragmático no sentido de que o juiz intui primeiro a solução para, após, procurar argumentos de justificação no sistema, mas se o fazem de forma exclusiva, não é válido.

Viehweg³⁸⁰, no seu método interpretativo tópico-problemático das normas constitucionais, determina que o juiz deva ter a compreensão prévia do problema, dando prioridade à discussão acerca deles, para, então, procurar argumentos justificadores da solução. A permissividade disso estaria no sistema aberto das normas constitucionais, lecionando Canotilho;

³⁷⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. V.2 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 307.

³⁸⁰ VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. In: BRASIL. *Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo*. V.1. Brasília: Departamento de Imprensa nacional, 1979, p. 34.

[...] é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e <<capacidade de aprendizagem>> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <<verdade>> e da <<justiça>>. ³⁸¹

Os problemas desse método é que não apresenta investigação jurisprudencial profunda, leva a um casuismo ilimitado e desconsidera que a interpretação deva partir da norma para a solução do problema, e não o inverso. Quando aplicado isoladamente gera verdadeira insegurança jurídica e violação ao direito fundamental à igualdade, pois prevalece não a interpretação correta, mas a que for mais convincente, o que é criticado por Dworkin, que pugna que os direitos devam ser levados a sério.

Reconhece-se que a constituição não é sistema concluído e uniforme que apresenta hierarquia fechada de valores ³⁸², mas a completude dá-se partindo da norma constitucional, especializando-a as peculiaridades do caso concreto por intermédio da adaptação judicial, não o inverso, conforme propõe o método hermêutico-concretizador de Hesse ³⁸³.

A questão, no neoconstitucionalismo, é que as normas constitucionais trazem o resultado prospectivo, analisado no plano da eficácia, para que seja interpretado sob critérios de válido/inválido no plano da validade. Para isso, acredita-se que a teoria de argumentação consequencialista proposta por MacCormick ³⁸⁴ pode servir para elucidar como ocorre a abordagem da questão na fundamentação.

Leciona o referido autor que a argumentação pública é atividade conduzida de acordo com cânones normativos vagos ou definidos, de forma implícita ou explícita, cuja distinção entre os argumentos aceitáveis ou não aceitáveis de determinada controvérsia jurídica somente é possível em virtude de existir critérios de aceitabilidade, sendo o estudo da argumentação jurídica a tentativa de encontrar tais critérios ³⁸⁵.

³⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.1159.

³⁸² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 61.

³⁸³ Id., *ibid.*

³⁸⁴ Cf. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³⁸⁵ Id., *ibid.*, p.15.

A função da argumentação jurídica é “atingir um público específico com o intento de convencê-lo a fazer algo”³⁸⁶, sendo, de fato, uma possibilidade a falta de sinceridade em processos judiciais, porém, conforme leciona, a insinceridade é ainda mais reveladora que a sinceridade³⁸⁷, pois, não obstante a argumentação esconda interesses não revelados, ela somente é acatada em virtude de ser boa argumentação nos termos do sistema³⁸⁸, lecionando Cappelletti:

[...] também é verdade, contudo, que o juiz, vinculado a precedente ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na equidade ou em análogos e vagos critérios de valoração.³⁸⁹

Reconhece-se que é mais comum a honradez e honestidade dos juízes na busca pela imparcialidade, cuja prática jurídica fez “mais para desenvolver hábitos de imparcialidade do que muitos dos que os acusam com maior estridência”³⁹⁰, porém, seja ela efetivamente presente ou meramente aparente, a argumentação de justificativa³⁹¹ da decisão sempre deverá tecer razões de justiça, lecionando MacCormick que:

Para dizer o mínimo, são portanto fortes as pressões – aparentemente pressões muito eficazes – sobre os juízes para que pareçam ser o que supostamente devem ser. Logo, as razões que divulgam ao público para suas decisões devem ser razões que (desde que levadas a sério) façam com que eles aparentem ser o que se espera que sejam: em suma, razões que demonstrem que suas decisões garantem a “justiça de acordo com a lei”, e que sejam pelo menos nesse sentido razões justificatórias.³⁹²

MacCormick³⁹³, acerca do processo cognitivo envolvido na argumentação, doutrina que a razão está associada à visão de que algumas coisas são certas por natureza e outras são meramente por convenção ou legislação.

³⁸⁶ Id., *ibid.*, p.17.

³⁸⁷ Id., *ibid.*, p.19.

³⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 217 e ss.

³⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 25.

³⁹⁰ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 22.

³⁹¹ Neil MacCormick leciona que se deve estudar o processo de argumentação como processo de justificação, não como um processo de descoberta, a ser para ele a justificação de determinado ato demonstrar que é certo e justo realizar este ato. Cf. MACCORMICK, Neil. *Op. cit.*, p. 93.

³⁹² Id., *ibid.*, p.21.

³⁹³ Id., *ibid.*, p.1.

Hume contesta ao afirmar que a nossa capacidade de raciocinar somente consegue funcionar mediante a existência de premissas, tendo a lógica papel secundário, pois somente pode operar com provas já fornecidas pelas impressões sensoriais, a ser a razão escrava das paixões e a estar aquela impossibilitada de determinar o que “deveria ser” a partir do que “realmente é”, lecionando que:

Esse argumento é de dupla vantagem para nosso presente propósito. Porque prova diretamente que as ações não derivam seu mérito da conformidade com a razão; nem derivam sua falha da contrariedade a ela; e prova a mesma verdade de maneira *indireta* ao nos mostrar que, como a razão jamais pode impedir ou produzir de imediato alguma ação, contradizendo-a ou aprovando-a, ela não pode ser a fonte do bem e do mal moral, que, segundo se considera, têm essa influência. As ações podem ser louváveis ou censuráveis, mas não podem ser razoáveis ou irrazoáveis; louável e censurável, portanto, não são o mesmo que razoável e irracional.³⁹⁴

Reid³⁹⁵ concorda com Hume no que concerne em afirmar que as premissas morais fundamentais são necessariamente associadas a disposições dos afetos e da vontade. Porém, afirma que elas também são aprendidas pela razão, por serem nesse sentido racionais, concluindo que a razão não é escrava das paixões.

Sob tais premissas, MacCormick depara-se com o problema acerca de até que ponto “a determinação da ordem nas relações humanas é uma questão de razão”³⁹⁶.

A iniciar o estudo da teoria da argumentação jurídica por ele elaborada, admitiu que há premissas normativas fundamentais que não são produto da cadeia de raciocínio lógico, mas de questões afetivas, muitas vezes moldadas pelo aspecto social, as quais justificam a existência de divergências morais fundamentais, doutrinando:

Até esse ponto, acompanho o pensamento de Hume na suposição de que um fator determinante em nossa concordância com um outro princípio normativo esteja em nossa natureza afetiva, em nossos sentimentos, paixões, predisposições da vontade – qualquer que seja o termo adequado.³⁹⁷

³⁹⁴ HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. v. II. In: MORRIS, Clarence. *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 185.

³⁹⁵ REID, Thomas apud MACCORMICK, Neil. Op. cit., p.4.

³⁹⁶ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6.

³⁹⁷ Id., *ibid.*, p.7.

MacCormick reconhece que “os seres humanos não são organismos acionados pela mera reação a estímulos no ambiente”³⁹⁸ por agirem com razões quando executam atos, entendendo como incompleto qualquer estudo acerca do comportamento humano que não faça referências às razões subjetivas pelas quais o ato é realizado, por conseguinte, concluindo que ao “agirmos e julgarmos com base em princípios em vez de por alguma razão *ad hoc*, é nossa natureza racional tanto quanto de fato nossa natureza afetiva que se manifesta nesse ato”³⁹⁹.

Assim, afirma que é *possível* que determinadas decisões judiciais sejam justificadas por argumentos estritamente dedutivos⁴⁰⁰, utiliza o termo possível por acreditar que não é somente o raciocínio dedutivo que está envolvido na justificação em virtude deste possuir determinadas limitações⁴⁰¹.

Utiliza o autor os adjetivos “lógicos” e “ilógicos” no sentido técnico da lógica dedutiva que significa que a argumentação dedutiva será válida se “sua forma for tal que suas premissas de fato impliquem (ou acarretem) a conclusão”⁴⁰², não utilizando no sentido corriqueiro de que a determinada conclusão será ilógica por afrontar algum valor ou política.

Ademais, o referido autor⁴⁰³ pressupõe o que denomina de “a tese da validade” para a aplicação da justificação dedutiva, segundo a qual a norma é presumível como válida no sistema se ocorrer o cumprimento dos critérios estipulados pelo sistema jurídico da norma, desde que tais critérios sejam sustentados pela aceitação da sociedade na qual o sistema se insere.

Os exemplos ilustrativos trazidos por MacCormick⁴⁰⁴ referem-se à análise de a quem cabe o ônus de provar as alegações, cujas regras são eminentemente dedutivas, e a respeito da técnica de subsunção do fato à regra:

Com já foi dito, “os atos não são determinados pela lógica; são determinados pelas escolhas dos agentes”; e isso vale tanto para o ato de um júri que pronuncia um veredicto como para o ato de um juiz ao tomar uma decisão sobre uma ação ou proferir uma sentença.

³⁹⁸ Id., *ibid.*, p.7.

³⁹⁹ Id., *ibid.*, p. 8.

⁴⁰⁰ Neil MacCormick adverte que as normas jurídicas pertencem à categoria de hipóteses abertas, não se encaixando rigorosamente no cálculo das proposições lógicas, todavia afirmando que isto não invalida a princípio a teoria acerca da possibilidade de argumentação jurídica estritamente dedutiva. Cf. *Id.*, *ibid.*, p.35.

⁴⁰¹ Id., *ibid.*, p.65.

⁴⁰² Id., *ibid.*, p.27.

⁴⁰³ Id., *ibid.*, p.79.

⁴⁰⁴ Id., *ibid.*, p.59.

No entanto, qual veredicto é *justificado* que um júri pronuncie? Se for de seu entendimento que X fez A e que, *nos termos da lei*, todos os que fazem A são culpados de B, dificilmente pode ser justificado *dentro da lei* se o júri der qualquer outro veredicto que não seja o de “Culpado”.⁴⁰⁵

Outrossim, poder-se-ia argumentar contra a aplicação do raciocínio dedutivo, valendo-se do exemplo supracitado, que se, em determinado contexto, chegar ao resultado “B” desagrade subjetivamente o juiz, basta para que este se esquive do resultado afirmando que “A” não ocorreu, a racionalizar a questão.

Porém, quanto a esse ceticismo dos fatos, leciona⁴⁰⁶ que ainda que a premissa factual seja errada ou deturpada, o processo utilizado para chegar à conclusão seria por intermédio de raciocínio dedutivo a “demonstrar de modo conclusivo que a justificação por dedução é possível e às vezes ocorre”⁴⁰⁷.

O problema que MacCormick⁴⁰⁸ enfrenta a partir desse ponto é determinar se decisões tomadas com base na “tese da validade” devem ser tidas como suficientemente justificadas. Entende⁴⁰⁹ que há, em determinados casos, a necessidade de outras justificativas e constata que “existem razões justificatórias pressupostas” para aceitar a justificação por dedução, e afirma ser insatisfatório tratá-las como argumentos “ideológicos-mas-não-jurídicos”, pelo simples fato de não se referirem a critérios de validade, não obstante sejam concretamente levantadas em tribunais reais.

A primeira questão posta refere-se ao que MacCormick chama de “problema da interpretação”⁴¹⁰, afirmando que as normas em determinado contexto podem possuir sentido ambíguo, demandando que ela somente seja aplicada depois de a ambiguidade ter sido resolvida e leciona que a “solução para problemas semelhantes transcende, evidentemente, a possibilidade de argumentação dedutiva a partir de normas estabelecidas do direito”⁴¹¹, buscando, para a elucidação, a abordagem do que chama de “problema de pertinência”, o qual objetiva encontrar a norma geral aplicável a todos os casos semelhantes:

⁴⁰⁵ Id. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 44.

⁴⁰⁶ Id., *ibid.*, p.46.

⁴⁰⁷ Id., *ibid.*, p.46.

⁴⁰⁸ Id., *ibid.*, p. 80.

⁴⁰⁹ Id., *ibid.*, p. 83.

⁴¹⁰ Id., *ibid.*, p. 86.

⁴¹¹ Id., *ibid.*, p. 87.

De fato, o problema é saber se no direito é justificável afirmar, ou negar, alguma proposição do tipo *se p, então q*, para qualquer *p* que cubra fatos do caso em foco e qualquer *q* que cubra a específica reparação pretendida.⁴¹²

O que motiva o juiz a solucionar o “problema de pertinência” por intermédio da determinação da norma geral é a coerção advinda dos critérios de justiça formal, os quais pugnam pelo tratamento semelhante dos casos semelhantes e diferente dos casos diferentes, dando a cada qual o que lhe é devido.

A estipulação de alguma proposição pela sentença deve ser aplicável no caso que está a ser julgado como em todos os demais casos semelhantes que vierem a surgir.

Eis porque se diz que no momento da fundamentação da decisão, o juiz realiza norma de caráter geral, pois se o fizesse apenas para aquele caso específico em julgamento, acabaria por violar o direito fundamental à igualdade às demais pessoas na mesma situação.

No entanto, surge a segunda questão referente à possibilidade de a norma geral ser criada de modo arbitrário. Quanto a isso, MacCormick⁴¹³ sugere que a argumentação elucidativa da norma geral, por ele denominada de “justificação de segunda ordem”, deve seguir certos critérios por ele tidos como normativos.

O referido autor leciona que a justificação de segunda ordem, a demandar a escolha entre possíveis deliberações mutuamente contraditórias para a elucidação da norma “universal”, envolve dois critérios, “a argumentação consequencialista e a argumentação que testa deliberações propostas para verificar a coesão e a coerência com o sistema jurídico existente”⁴¹⁴.

MacCormick doutrina que hipóteses são sempre e necessariamente verificáveis na teoria onde façam sentido, assim, “as decisões jurídicas devem fazer sentido no mundo e devem também fazer sentido no contexto do sistema jurídico”⁴¹⁵.

A argumentação consequencialista possui importância em virtude de apresentar o que resultaria da aplicação da escolha (ou não) de determinada proposição na sociedade concreta, ensinando que as deliberações legais são normativas, pois, em vez de relatarem, fixam padrões de comportamento,

⁴¹² Id., *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 89.

⁴¹³ MACCORMICK, Neil. Op. cit., p.128.

⁴¹⁴ Id., *ibid.*, p.137.

⁴¹⁵ Id., *ibid.*, p.131.

apresentando não o modelo **do** mundo, mas o modelo **para** o mundo, como faz o neoconstitucionalismo, concluindo que a argumentação de segunda ordem diz respeito “ao ‘que faz sentido no mundo’, na medida em que ela envolve argumentos *conseqüencialistas* que são essencialmente de caráter *avaliatório* e, portanto, em certo sentido, *subjetivo*”⁴¹⁶.

Doutrina MacCormick que existem fundamentos racionais ou mesmo razoáveis para a escolha entre as proposições possíveis, sendo a subjetividade consequencialista controlada pela ideia de sistema jurídico enquanto corpo coerente e coeso – coeso, no sentido de que a proposição consequencialista não pode ser contraditória com alguma norma válida e de caráter obrigatório do sistema, e coerente, no sentido de que todas as normas devem ser tratadas como manifestações de algum princípio geral obrigando-as a “fazer sentido” quando consideradas em conjunto. De acordo com MacCormick:

[...] Embora isso não queira dizer e não possa querer dizer que eles [os juízes] somente devem proferir decisões diretamente autorizadas por dedução a partir de normas válidas e estabelecidas do direito, em certo sentido e até certo ponto, quer dizer, sim, e deve querer dizer que cada decisão, por mais aceitável ou conveniente por motivos consequencialistas, deve também ser autorizada pela lei como ela é.⁴¹⁷

O referido autor doutrina que os princípios do sistema jurídico são “normas gerais conceitualizadas, por meio das quais seus funcionários [do sistema jurídico] racionalizam as normas que pertencem ao sistema em virtude de critérios observados internamente”⁴¹⁸.

Afirmando que os princípios podem ser modificados pela alteração das normas, MacCormick também os coloca como “razão subjacente” destas. Segundo o autor, na realidade, eles não são “encontrados”, mas criados. Nesse ponto, vai de encontro à tese de Alexy⁴¹⁹, que estabelece a dimensão interpretativa diferente dos princípios em relação às regras, o que MacCormick⁴²⁰ considera exagero, lecionando:

⁴¹⁶ Id., *ibid.*, p. 134.

⁴¹⁷ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.136.

⁴¹⁸ Id., *ibid.*, p. 201.

⁴¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁴²⁰ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.*, p. 201.

Seria, porém, desvantajoso e enganoso levar por demais a sério noções metafóricas do “peso”, ainda menos do peso relativo, de princípios vistos isoladamente ou em concorrência entre si. É a interação de argumentos a partir de princípios e de argumentos consequencialistas que justifica plenamente as decisões em casos exemplares – e mesmo nesse caso ainda precisamos levar em conta a importante questão da “coesão” mencionada anteriormente.⁴²¹

MacCormick⁴²² afirma que a argumentação consequencialista não pode avançar sem que se demonstre o princípio geral que racionaliza todas as situações semelhantes ao caso concreto analisado. Assim, leciona que a avaliação de consequências depende de critérios de justiça, senso comum e de “princípios constitucionais básicos que por sua vez recorrem a pressupostos fundamentais sobre filosofia política e a correta distribuição da autoridade entre os órgãos superiores do Estado”⁴²³, deixando claro que argumentos a partir de princípios ou analogias apenas tornam as decisões legítimas, não obrigatórias para os juízes⁴²⁴, pois:

[...] A aceitação do princípio como a norma dominante pertinente pode apenas oferecer orientação quanto às considerações avaliatórias pertinentes que podem com legitimidade ser usadas em justificação de uma deliberação concreta num sentido ou no outro. O princípio determina a faixa legítima de considerações justificatórias. Ele não produz nem pode ser apresentado como se produzisse, uma resposta conclusiva.⁴²⁵

Nesse ponto, discorda-se de MacCormick, já que quando o judiciário vale-se de princípios ele não está a valer-se de um poder discricionário, mas apelando para padrões jurídicos⁴²⁶. Padrões estes estipulados com tessitura diferente das regras comuns que se submetem à lógica subsuntiva e a critérios de validade de “tudo ou nada”⁴²⁷.

A inclusão da força normativa aos princípios é a única forma, até o momento, de explicar satisfatoriamente a convivência de direitos constitucionais de materialização tão conflitantes quanto aqueles relacionados ao ideal de liberdade

⁴²¹ Id., *ibid.*, p. 252.

⁴²² Id., *ibid.*, p.155.

⁴²³ Id., *ibid.*, p.178.

⁴²⁴ Id., *ibid.*, p.245.

⁴²⁵ Id., *ibid.*, p. 230.

⁴²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Martins Fontes: São Paulo, 2007, p. 36.

⁴²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103.

com o de igualdade⁴²⁸, preservando a unidade constitucional e auferindo força normativa a todas as disposições nela contidas.

No que concerne à controvérsia acerca de os juízes estarem a “legislar”, MacCormick⁴²⁹ afirma que é altamente desejável que seja auferida a possibilidade para os juízes estenderem o sentido da lei com o intuito de englobar situações não expressamente previstas, a ser problema terminológico, não de usurpação dos poderes do legislativo, pois existem limitações implícitas à criação da norma pelo judiciário, pois o “reconhecimento altamente desejável de um poder pertinente ao judiciário para criar leis deve ser restrito pelo reconhecimento de um dever de fazê-lo apenas nos ‘interstícios’”⁴³⁰.

A análise das consequências jurídicas garante a materialização do direito no presente e de forma prospectiva, esta prospecção realizada dentro das balizas do sistema permite que a norma geral, válida para todos os casos semelhantes, não seja criada de modo arbitrário.

As questões constitucionais referentes ao direito à saúde desmistificam a concepção de que a questão processual-constitucional configura simples questão jurídica de aferição de validade da lei em face da Constituição, sendo a comunicação entre a norma e o fato condição da própria interpretação da norma constitucional⁴³¹.

O controle judicial dos atos jurídicos baseados em políticas públicas deve seguir a lógica formalista cujo procedimento deve ser desenvolvido sob a ética do discurso com o objetivo de tutelar normas fundamentais. Eis porque a tutela judicial no controle das ações dos órgãos de poder configura o exercício do Estado de Direito legitimado pela razão pública materializada na fundamentação judicial.

⁴²⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 79 e ss.

⁴²⁹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 245.

⁴³⁰ Id., *ibid.*, p. 244.

⁴³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1176-1177.

5 A QUESTÃO DA APTIDÃO DO JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE DE URGÊNCIA DAS AÇÕES DO ESTADO

O devido formalismo procedimental, quando desenvolvido em função da defesa de direitos fundamentais, é a estrutura legitimadora do controle jurisdicional dos órgãos de poder. Nele o discurso de controle propiciado por procedimento estruturado por e em favor de direitos fundamentais, desenvolve-se com argumentos jurídicos fundamentados na norma constitucional.

A jurisprudência do Tribunal Federal da 1ª Região apresenta vasta apreciação a respeito do controle judicial de atos jurídicos emanados de políticas públicas realizadas pelo Sistema Único de Saúde⁴³². Os julgamentos açambarcam questionamentos acerca da possibilidade do controle judicial de tais atos, porém tais questionamentos limitam-se acerca de se é ou não possível o controle judicial, sem questionar se, superada a questão da possibilidade do controle, o procedimento utilizado mostra-se adequado.

O questionamento acerca da adequabilidade procedimental advém da afirmação de Sunstein⁴³³ acerca da inaptidão estrutural do judiciário para a realização do controle judicial das ações dos órgãos de poder em virtude de o judiciário não se apresentar sensível à necessidade de reformas sociais, possuir inaptidão institucional para debater acerca de problemas que, em virtude da complexidade, só poderiam ser debatidos pelos próprios interessados por intermédio dos representantes no parlamento e possuir limitações no que concerne à distribuição de bens entre os membros da sociedade.

Parte-se da premissa lógica exposta nas seções anteriores de que para enfrentar a questão da existência ou não de adaptabilidade procedimental, é necessário admitir a questão precedente de possibilidade do controle judicial das políticas públicas desde que realizada no procedimento apto a gerar decisão com fundamentação racional.

Enfrenta-se, nesta pesquisa, o problema da adequação procedimental, escolhendo como amostra de pesquisa para o desenvolvimento do tema a questão da tutela de urgência enfrentada nos autos processuais n. 2008.32.00.002517-5, que

⁴³² AC 0035489-11.2006.4.01.3400/DF; AGA 0023459-51.2009.4.01.0000/GO; AC 0034797-03.2001.4.01.0000/RO; AC 1999.38.00.024968-1/MG;

⁴³³ SUNSTEIN, Cass. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 142.

tramitam na 4ª Vara Federal da seção judiciária do Amazonas do Tribunal Federal da 1ª Região.

A escolha da amostra procedimental existente nos autos processuais n. 2008.32.00.002517-5 dá-se em virtude de ser a ação coletiva que versa acerca da tutela do direito à saúde de cinquenta e seis aldeias indígenas, distribuídas em quatorze polos base, todos dentro do território do Estado do Amazonas, regionalizando a pesquisa.

A referida ação possui como objeto a continuidade dos serviços de saúde indígena, tendo em conta que a Funasa suspendeu os repasses de verba à conveniada Associação Saúde sem Fronteiras (ASSF), alegando problemas na prestação de contas desta, comprometendo a continuidade. Ademais, versa acerca da suposta falta de assistência pela Funasa às ações de saúde nas comunidades indígenas, negligenciando a contratação de médicos e odontólogos, bem como não realizando reformas estruturais nos prédios que atendem a comunidade indígena.

O MPF, em síntese, almeja que, em decorrência da suspensão dos repasses, a Funasa, enquanto órgão da União responsável pela saúde indígena, juntamente com o Município de Manicoré, nas aldeias na circunscrição deste, assumam de forma direta as ações de saúde ou tomem providências para que elas sejam prestadas.

A necessidade da escolha da análise de um procedimento que trata de caso concreto advém do fato de que abordagem acerca de princípios não pode ser desvinculada da realidade, pois, como leciona Alexy, a colisão entre princípios não ocorre no plano da abstração, mas nas peculiaridades do caso concreto:

[...] A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, como base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.⁴³⁴

A análise servirá para que se possa avaliar se estão presentes na estrutura do formalismo processual da amostra os princípios da cooperação, adaptabilidade e

⁴³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 96.

fundamentação, sem os quais os argumentos de violação à cooperação entre os órgãos de poder revestem-se de fundamento.

5.1 RELATÓRIO DO PROCESSO EM SEDE DE TUTELA DE URGÊNCIA

Apresenta-se, nesta fase, o relatório dos atos processuais realizados no processo em sede de tutela de urgência com os respectivos fundamentos (causa de pedir, razões da resposta e fundamentação da decisão).

A especificação de cada ato possibilitará verificar se no decorrer da marcha processual o judiciário está a aplicar os princípios da cooperação, adaptabilidade e fundamentação.

Ademais, permitirá ver se ele está a tratar de “atos jurídicos” baseados em políticas públicas ou em políticas públicas propriamente ditas – os primeiros decorrentes de normas imperativo-autorizantes, enquanto as segundas baseadas em critérios de conveniência e oportunidade⁴³⁵, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. [...] 4. Ao Poder Executivo compete analisar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas administrativas”⁴³⁶.

Configura oportunidade para verificar se, na análise da fundamentação dos atos decisórios, o judiciário está a atuar materializando no presente e de forma prospectiva os direitos fundamentais, como preceitua a teoria neoconstitucional.

A importância da especificação da causa de pedir da petição inicial do autor e das razões da resposta do réu, é que estas configuram o projeto da fundamentação da sentença, onde será elaborada a norma geral dos casos concretos, bem como a importância da demonstração dos pedidos, contestações e exceções está no fato de que estes são o projeto do dispositivo da sentença, onde se elaborará a norma individual do caso concreto.

⁴³⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 101.

⁴³⁶ STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 261144/SP. Rel. Min. Paulo Medina. J. em 06/09/2001, DJ de 10/03/2003, p. 143.

5.1.1 PETIÇÃO INICIAL

O Ministério Público Federal (MPF), legitimado nos termos do art. 129, II e III da CRFB, propôs, no dia 23 de maio de 2008, Ação Civil Pública (Lei n. 7347/1985) em face da União, da Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e do Município amazonense de Manicoré, com a petição inicial e os documentos que visam provar as alegações postas na causa de pedir, totalizando 921 folhas.

O MPF alega que a suspensão dos repasses ao convênio celebrado entre a Funasa e a Associação Saúde sem Fronteiras para realização das ações de atenção à saúde indígena na Casa de Saúde do Índio Manaus (Casai Manaus) e no Distrito Sanitário Especial Indígena Manaus (Dsei Manaus) ocasionou danos à saúde indígena e agravou a situação de vulnerabilidade dos membros daquela comunidade indígena.

O MPF explica que a Funasa, em 2006, celebrou convênios com a organização não governamental Saúde sem Fronteiras para que esta executasse ações de atenção à saúde indígena (Convênios n. 2.425/06 e 2.426/06).

Em 19/02/2008 celebrou-se termo aditivo ao convênio n. 2425/06 estabelecendo-se como cronograma de desembolso⁴³⁷:

Parcela	Data de liberação prevista	Valor	Situação SIAFI⁴³⁸
PRIMEIRA	Outubro de 2006	R\$ 409.806,00	Liberada em 05/10/2006
SEGUNDA	Fevereiro de 2007	R\$ 484.313,18	Liberada em 07/02/2007
TERCEIRA	Maio de 2007	R\$ 223.389,82	Liberada em 09/07/2007
QUARTA	Agosto de 2007	R\$ 827.433,26	Liberada em 05/10/2007
QUINTA	Janeiro de 2008	R\$ 253.624,85	Liberada em 18/03/2008
SEXTA	Março de 2008	R\$ 380.437,27	Não liberada
SÉTIMA	Maio de 2008	R\$ 380.437,27	Não liberada

O MPF alega que, por intermédio do ofício n.2473/DEpin/Funasa-MAR, foi informado pela FUNASA acerca da aprovação da prestação de contas da primeira e da segunda parcelas, e que a terceira foi aprovada em 96,27%.

⁴³⁷ Cronograma de desembolso existente no momento da propositura da ação.

⁴³⁸ BRASIL. *Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal*. Disponível em: < <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/siafi/index.asp> >; Acesso em: 18 Ago. 2010.

Afirma-se que a Funasa não se manifestou acerca das prestações de contas da quarta e quinta parcelas, nem acerca da possibilidade de liberação das demais.

Ato contínuo, em 07/03/2008 foi celebrado o 7º termo aditivo ao convênio 2.426/06, estabelecendo-se o seguinte cronograma de desembolso referente às ações deste termo aditivo⁴³⁹:

Parcela	Data de liberação prevista	Valor	Situação SIAFI⁴⁴⁰
PRIMEIRA	Junho de 2006	R\$ 1.759.222,75	Liberada em 05/10/2006
SEGUNDA	Janeiro de 2007	R\$ 1.256.587,69	Liberada em 07/03/2007
TERCEIRA	Agosto de 2007	R\$ 2.003.026,71	Liberada em 22/10/2007
QUARTA	Dezembro de 2007	R\$ 77.485,25	Não liberada
QUINTA	Janeiro de 2008	R\$ 646.375,15	Não liberada
SEXTA	Maio de 2008	R\$ 2.171.581,21	Não liberada

O MPF afirma que, por intermédio do Ofício n. 2473/Depin/Funasa-MAR, foi informado pela Funasa que a primeira parcela teve a prestação de contas aprovada, que a segunda parcela recebeu parecer favorável à aprovação no percentual de 91,90%, razão pela qual a Funasa requereu a devolução da quantia de R\$ 115.582,28 referente a pagamentos de profissionais, que, supostamente, não prestaram serviços.

Alega-se que a Funasa não se manifesta acerca da prestação de contas da terceira parcela, nem acerca da liberação das demais.

O MPF em 06/05/2008 reiterou, por intermédio do ofício n.542/2008/1º OFÍCIO CÍVEL/PR/AM, pedidos de esclarecimento ao Presidente da Funasa, requerendo que este informasse detalhadamente:

- a) quais as irregularidades encontradas nas prestações de contas apresentadas pela conveniada Associação de Saúde sem Fronteiras (Convênio 2425/06 e 2426/06); e b) quais as providências adotadas para garantir a continuidade dos serviços, considerando que em razão da suspensão dos repasses à conveniada Associação Saúde sem Fronteiras (Convênio 2425/06 e 2426/06), os trabalhadores contratados estão há quatro meses sem receber salários e as ações de atenção à saúde indígenas paralisadas (fl.06)

^{439,439} Cronograma de desembolso existente no momento da propositura da ação.

⁴⁴⁰ BRASIL. *Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal*. Disponível em: < <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/siafi/index.asp> >; Acesso em: 18 Ago. 2010.

O MPF diz que a resposta a este ofício ocorreu com atraso e de forma parcial, razão pela qual ele foi reiterado com a ressalva de que:

A resposta encaminhada pelo Departamento de Planejamento e Desenvolvimento Institucional da Funasa, por meio do Ofício n.2.473/Depin/Funasa-MAR, não fornece as informações requisitadas, acima descritas, além de ter sido encaminhada com considerável atraso e sem qualquer justificativa para tanto. (fl.06).

O MPF, em seguida, transcreve a resposta da Funasa, que é no sentido de que está tomando medidas para garantir a continuidade do serviço, como por exemplo, ter publicado portaria estabelecendo critérios para a celebração de convênios que versam acerca da saúde indígena.

Na transcrição realizada pelo MPF a Funasa afirma que já liberou os recursos do convênio n. 2425/06 para assegurar a continuidade do serviço e, no que diz respeito ao convênio n.2426/06, só o fará após a comprovação de que a Associação Saúde sem Fronteiras (ASSF) restituiu o valor supostamente gasto indevidamente com o pessoal.

O MPF alega ter entrado em contato com a ASSF que informou que está a realizar integralmente as ações de saúde indígena, a despeito do atraso no repasse.

A ASSF informou ao MPF que o motivo da reprovação da prestação de contas tinha ocorrido em virtude de a Funasa não ter solicitado previamente a folha de ponto dos funcionários, o que gerou a diferença entre o valor pago e o efetivamente trabalhado, e somente após a notificação da devolução do dinheiro tomou ciência desta exigência, que foi prontamente atendida após o pedido de devolução do dinheiro, contudo, até então, os repasses não vêm sendo efetuados, alegando a ASSF:

A situação vem, a cada dia, ficando insustentável, caminhando para uma suspensão da realização dos serviços, aumentando com certeza a pressão dos indígenas sobre essa Associação e sobre a própria Funasa. [...] Diante dos fatos, estamos caminhando para uma paralisação a partir desta sexta-feira dia 16/05/2008, pois estamos sendo pressionados e ameaçados de invasão por parte dos funcionários e indígenas, pelo que a procuradoria se manifeste junto a FUNASA/BRASÍLIA. (fl.09).

O MPF colheu depoimento pessoal da representante da ASSF, que afirmou que somente os agentes indígenas de saúde estão trabalhando, que os demais

profissionais da equipe multidisciplinar estão parados (médicos, enfermeiros, odontólogos, técnicos de enfermagem etc.) e que não tem como arcar com a devolução do valor quisto pela Funasa.

O MPF afirma que os documentos referentes à contratação e folhas de ponto dos funcionários apresentam inconsistências como falta da assinatura do supervisor nas folhas de ponto ou a assinatura do antigo supervisor no momento em que este não trabalhava mais no Dsei Manaus.

O MPF alega que a Funasa vem tratando a questão de forma exacerbadamente “burocrática, ineficiente e lenta, o que se mostra absolutamente incompatível com a necessidade de respostas céleres e condizentes com a importância da adequada e contínua prestação dos serviços de atenção à saúde indígena” (fl.12 do processo objeto de análise).

Afirma que a interrupção dos serviços consubstanciará na violação do direito à saúde da comunidade indígena. Em decorrência do impasse de liberação da verba somente após a devolução da quantia e da afirmativa da ASSF de que não possui recursos para arcar com a dívida, o MPF requer que a Funasa assuma a execução de forma direta dos serviços de saúde e arque com as prestações já consolidadas referentes ao débito dos funcionários e demais débitos decorrentes do convênio.

O MPF respalda tais alegações na cláusula décima do contrato de convênio que diz: “Na hipótese de paralisação ou de fato relevante que venha a ocorrer a CONCEDENTE assumirá a execução do objeto deste convênio, de modo a evitar a descontinuidade das ações pactuadas” (fl.13 do processo objeto de análise).

Observa que a maior parte dos trabalhadores da atividade fim da Casai Manaus são contratados pela ASSF, sendo a situação do não pagamento de verbas periclitante para a continuidade do serviço.

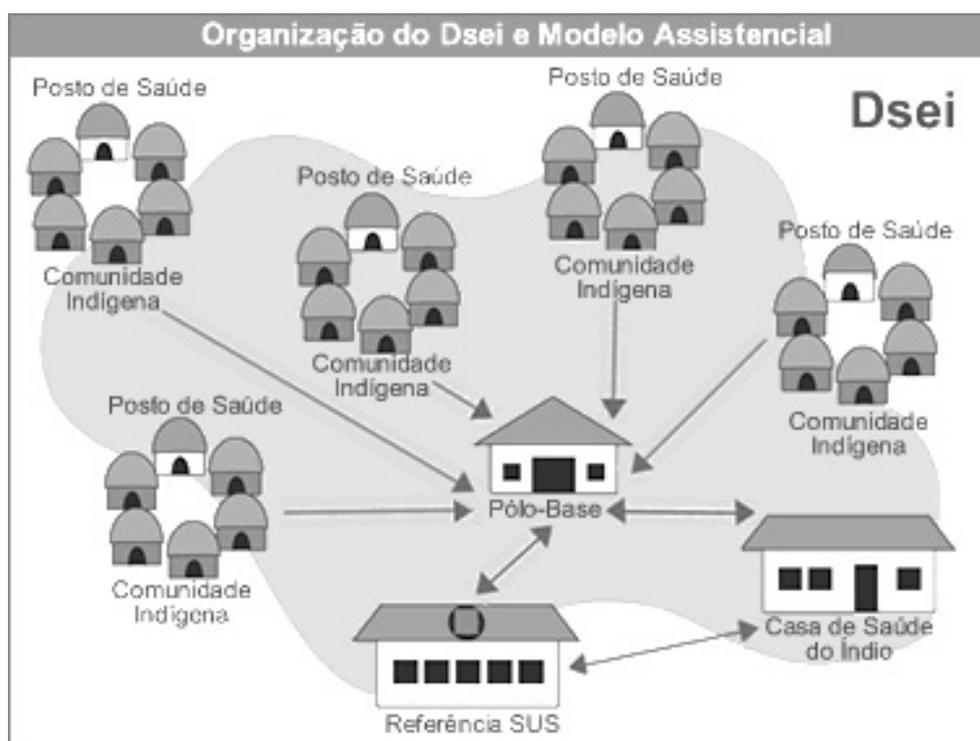
Em seguida, o MPF traz afirmações de que a Casa de Saúde do Índio Manaus (Casai Manaus) possui estrutura inadequada e está superlotada, apresentando o prédio risco de desmoronamento.

Verificou que há violação ao princípio da eficiência, da economicidade e do direito à saúde dos povos indígenas em virtude de a Casai Manaus possuir consultório odontológico equipado, porém sem profissional dentista contratado.

O MPF alega, também, que o Dsei Manaus não observa a composição mínima das equipes multidisciplinares, não possui postos de saúde, de unidades de apoio aos Agentes Indígenas de Saúde (AIS) e Agentes Indígenas de Saneamento

(Aisan), apresentando precária estrutura nos polos base e insuficiência de meios de transporte e de comunicação.

Afirma que, nos termos do art. 1º da Portaria GM n.70/2004, o subsistema de saúde indígena é dividido em Distritos Sanitários (Dsei), constituídos pelos postos de saúde, polo-base e casa de saúde indígena, competindo ao Dsei planejar, coordenar e executar as ações integrais de saúde indígena, bem como controlar a qualidade da assistência à saúde prestada no território deste, trazendo o MPF a seguinte figura representado a estrutura do Dsei:



(Fig.1 – Organização do Dsei e Modelo Assistencial - Disponível em: <http://www.funasa.gov.br/internet/imagens/fluxo_dsei.gif>; Acesso em: 20 Dez 2010)

Diz que a composição mínima das equipes multidisciplinares está prevista no art. 5º, §2º da Portaria GM n.1.163/99 e art. 2º da Portaria GM n.1.088/2004, estabelecendo-se como composição mínima os seguintes profissionais: médico, enfermeiro, odontólogo, auxiliar de enfermagem, auxiliar de consultório dentário, agente indígena de saúde e agente indígena de saneamento.

Ademais, afirma que há falta de estrutura porque Funasa não está atendendo as diretrizes para os “projetos físicos” de estabelecimento de saúde para a comunidade indígena estabelecida na Portaria NR n. 840/2007, que determina a implantação de Unidades de apoio aos AIS e AISAN, postos de saúde indígena,

sede do polo-base indígena, casa de saúde indígena e sede do distrito sanitário especial indígena.

O MPF apresenta que, nos termos do relatório da atividade da coordenação técnica do Dsei Manaus, referente ao período de 23/02/2007 a 22/04/2008, o Dsei Manaus possui:

[...]uma extensão territorial de 235.405 km, com uma população indígena composta de 17.841 índios, distribuídos em 14 polos-base, com 175 aldeias, 22 equipes multidisciplinares de saúde, abrangendo 19 municípios, o quadro de pessoal totaliza 486 profissionais (fl.28).

O polo-base Boca do Jauari atende a 26 aldeias indígenas, distribuídas em onze terras indígenas, enquanto o polo-base Ponta Natal atende a oito aldeias, distribuídas em quatro terras indígenas.

Alega o MPF que, nos termos do ofício n. 44/PGF/PF/FUNASA, todos os trabalhadores dos referidos polos-base são contratados pelos municípios, com repasse da Secretaria de Atenção à Saúde, contudo, a equipe multidisciplinar que atende aos dois polos-base simultaneamente possui apenas:

[...] dois enfermeiros, dois técnicos de enfermagem, dois técnicos de laboratório, doze agentes indígenas de saúde (AIS), dois auxiliares de consultório dentário, dois agentes indígenas de saneamento (Aisan), quatro pilotos fluviais, dois agentes indígenas de microscopia (AIM), um agente administrativo e um fisioterapeuta. Não há nenhum médico e nenhum odontólogo!!! (fl.29)

O polo-base Pantaleão atende a 19 aldeias indígenas, distribuídas em 19 terras indígenas, enquanto o polo-base Murutinga atende a 11 aldeias distribuídas em cinco terras indígenas.

O MPF afirma que quase todos os trabalhadores são funcionários municipais pagos com recursos repassados pela Secretaria de Atenção à Saúde (órgão da União), possuindo apenas três AISs contratados pela ASSF.

Contudo, afirma o MP que compõe a equipe multidisciplinar que responde simultaneamente pelos dois polos-base, correspondendo ao total de 31 aldeias indígenas, somente três enfermeiros, oito técnicos de enfermagem, dois técnicos de laboratório, vinte e dois agentes indígenas, dois auxiliares de consultório dentário

(ACD), um agente indígena de saneamento, um agente indígena de microscopia (AIM), dois odontólogos e nenhum médico.

O polo-base Nossa Senhora da Saúde é composto por sete aldeias indígenas, pertencentes à terra indígena Rio Cueiras, com quase todos os funcionários contratados pela ASSF, a exceção da técnica de higiene dental e da técnica administrativa, que são funcionárias municipais pagas com repasse de recursos da Secretaria de Atenção à Saúde.

Alega o MPF que o referido polo-base é composto por uma enfermeira, três técnicos de enfermagem, sete agentes indígenas de saúde, uma técnica em higiene dental, um agente indígena de saneamento, dois agentes indígenas de microscopia, um piloto fluvial e uma técnica administrativa, sem possuir médicos e odontólogos.

O polo-base de Manacapuru é composto por sete aldeias indígenas, divididas em três terras indígenas, com todos os trabalhadores sendo funcionários municipais pagos com repasse da Secretaria de Atenção à Saúde.

O MPF diz que a equipe multidisciplinar que atende ao polo-base Manacapuru é composta por dois odontólogos, um médico, três técnicos de enfermagem, dois auxiliares de enfermagem, dois enfermeiros, um técnico de laboratório, seis agentes indígenas de saúde, um auxiliar de consultório dentário, dois agentes indígenas de saneamento, um agente indígena de microscopia, um administrador, três auxiliares de serviços gerais, um motorista terrestre e um piloto fluvial.

O polo-base de Beruri atende a 21 aldeias indígenas, distribuídas em três terras indígenas, cuja maioria dos funcionários são contratados da ASSF, com exceção do odontólogo, de dois técnicos de enfermagem, dois AISs e de um Aisam, que são funcionários municipais pagos com repasse da Secretaria de Atenção à Saúde.

Alega o MPF que o referido polo-base conta com um odontólogo, cinco técnicos de enfermagem, dez agentes indígenas de microscopia, um técnico de laboratório, uma cozinheira, um piloto fluvial, um administrador e um auxiliar de consultório dentário, sem possuir nenhum médico.

O polo-base Careiro Castanho cuida da saúde de 23 aldeias indígenas, distribuídas em três terras indígenas, com a maioria dos funcionários contratados pela ASSF, com exceção do odontólogo, dois técnicos de enfermagem, sete AISs, o técnico de laboratório e um auxiliar de consultório dentário.

O polo-base Careiro Castanho, segundo o MPF, possui um odontólogo, uma enfermeira, seis técnicos de enfermagem, treze agentes indígenas de saúde, dois agentes indígenas de microscopia dois técnicos de laboratório, um piloto fluvial, um auxiliar de consultório dentário e nenhum médico contratado.

O polo-base Igapó Açú é integrado por 16 aldeias indígenas distribuídas em cinco terras indígenas, possuindo somente o técnico de enfermagem contratado pelo Município, sendo os demais funcionários municipais pagos com repasse federal da Secretaria de Atenção à Saúde.

A equipe multidisciplinar do polo-base Igapó Açú é composta, segundo o MPF, por um odontólogo, três enfermeiros, doze técnicos de enfermagem, dezessete agentes indígenas de saúde, dois agentes indígenas de saneamento, quatro agentes indígenas de microscopia, uma cozinheira, um piloto fluvial, um auxiliar de consultório dentário, dois auxiliares de serviços gerais e nenhum médico.

O polo-base Makira atende a 14 aldeias indígenas, distribuídas em duas terras indígenas, com a maior parte dos trabalhadores da equipe multidisciplinar composta por trabalhadores da ASSF, a exceção do técnico de enfermagem, de três agentes indígenas de saúde, do auxiliar de consultório dentário, do auxiliar de serviços gerais e do piloto fluvial, que são funcionários municipais pagos com recursos da Secretaria de Atenção à Saúde.

O MPF afirma que esse polo-base é integrado por um enfermeiro, cinco técnicos de enfermagem, treze agentes indígenas de saúde, três agentes indígenas de microscopia, um agente indígena de saneamento, um técnico de laboratório, três pilotos fluviais, um auxiliar de serviços gerais e um auxiliar de consultório dentário, não possuindo nenhum médico ou odontólogo contratado.

O polo-base de Urucurituba atende a duas aldeias indígenas integrantes da terra indígena Trombetas Mapuera, com todos os trabalhadores sendo funcionários municipais pagos pela Secretaria de Atenção à Saúde.

Afirma o MPF que o referido polo-base possui apenas um odontólogo, um enfermeiro, um técnico de laboratório, um auxiliar administrativo, um agente indígena de saúde, um agente indígena de saneamento, um agente indígena de microscopia e nenhum médico contratado.

O polo-base Manaquiri é, nos termos do ofício n. 44/PGF/PF/FUNASA, composto por nove aldeias indígenas distribuídas em três terras indígenas, com uma enfermeira e dois agentes indígenas de microscopia contratados pela ASSF, sendo

os demais funcionários municipais pagos com repasse da Secretaria de Saúde Indígena.

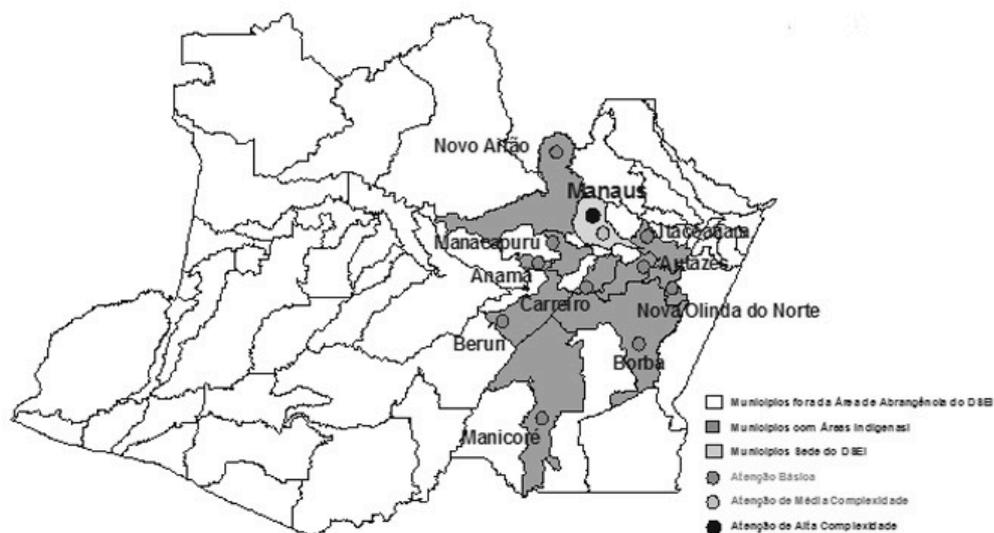
Afirma o MPF que o referido polo-base é composto por um odontólogo, dois enfermeiros, quatro técnicos de enfermagem, oito agentes indígenas de saúde, dois agentes indígenas de saneamento, três agentes indígenas de microscopia, um microscopista, um piloto fluvial, um técnico de laboratório e um auxiliar de serviços gerais, sem possuir nenhum médico contratado.

Por fim, o polo-base Kwatá é composto por 22 aldeias indígenas e o polo-base Laranjal atende a 11 aldeias indígenas, todas integrantes da terra indígena Kwatá-laranjal, possuindo treze agentes indígenas de saúde, um enfermeiro, um agente indígena de microscopia, dois agentes indígenas de saneamento e três pilotos fluviais contratados pela ASSF, sendo os demais funcionários municipais pagos com repasse da Secretaria de Atenção à Saúde.

O MPF afirma que integra a equipe multidisciplinar que atende simultaneamente os polos base Kwatá e Laranjal um odontólogo, dois enfermeiros, seis técnicos de enfermagem, trinta agentes indígenas de saúde, sete agentes indígenas de saneamento, um agente indígena de microscopia, três pilotos fluviais, dois auxiliares de consultório dentário, um auxiliar de serviços gerais, sem possuir nenhum médico contratado.

Quanto aos postos de saúde dentro das aldeias, o MPF alega que em todas as aldeias do Dsei Manaus inexistente a implantação destes pela Funasa.

Para situar o leitor, apresenta-se o mapa de distribuição territorial dos Distritos Sanitários da Saúde Indígena no Brasil, no caso, o Dsei Manaus:



(Fig.2 – Dsei Manaus – Disponível em: < http://portal.saude.gov.br/portal/saude/Gestor/area.cfm?id_area=1766 >; Acesso em: 10 Jan. 2011)

O MPF constata que dos 1046 servidores integrantes da Funasa no estado do Amazonas, 741 estão cedidos ao Estado e aos Municípios para exercer funções não pertinentes às ações de saúde indígena, integrando este rol de cedidos quatro médicos e quatro odontólogos.

Ademais, o MPF alega que, enquanto apenas o polo-base Manacapuru possui médico, há seis médicos lotados na seção de Assistência Integrada à Saúde do Servidor (Seais) na Coordenação Regional da Funasa.

O MPF, em contrapartida, constata que além, do Dsei Manaus possuir apenas um médico lotado em um único polo-base, quatro polos-base não possuem odontólogos, há ausência de radiofonia na sede do Dsei e falta de linha telefônica nas casas de apoio; não existe um programa de manutenção preventiva de equipamentos (barcos, motores de popa e automóveis); falta de previsão de material de manutenção básica; falta de investimentos na construção e reforma dos polos-base, postos de saúde e casas de saúde no interior e a frota de transporte é insuficiente para o desenvolvimento de atividade.

Ato contínuo, o MPF afirma que o Município de Manicoré contratou fisioterapeuta com recursos pagos pela Secretaria de Atenção à Saúde, sob críticas da Coordenação Técnica do Dsei Manaus, pois os polos-base Jauari e Ponta Natal, com sede em Manicoré, não possuem médicos e odontólogos, contudo, nenhuma providência administrativa foi tomada pela Funasa para resolver a questão.

Por fim, o MPF afirma que a Funasa é entidade autárquica da administração indireta federal, permanecendo a União como responsável de forma “subsidiária”, competindo à própria União suprir, por intermédio do Ministério da Saúde, as omissões da Funasa.

Tendo isso em conta, o MPF requer o pedido de citação da União, da Funasa e do Município de Manicoré para, caso queiram, contestar a ação nos termos do art. 285 do CPC e, impropriamente⁴⁴¹, pede a citação da Associação Saúde sem Fronteiras para que tome conhecimento da demanda.

O MPF também fez série de pedidos que merecem ser transcritos de forma literal em virtude do princípio da congruência, que determina que a sentença seja nos limites do pedido, evitando deturpações; ademais, permitirá ver se os pedidos estão relacionados ao controle pelo judiciário de atos de órgão de poder ou não, bem como qual a amplitude desse controle, que também é limitada pelo pedido (com as ressalvas da tutela do equivalente prevista no art. 461 do CPC):

c) a concessão de liminar inaudita altera parte, tendo em vista que não há tempo hábil para o cumprimento no disposto no art. 2º da Lei n.8437/92, para determinar à FUNASA que se manifeste conclusivamente, no prazo de 48 horas, quanto a possibilidade ou impossibilidade de efetuar os repasses previstos nos termos de convênio 2425/06 e 2426/06 e respectivos termos aditivos, celebrados com a Associação Saúde sem Fronteiras, e a efetuar-los, caso conclua pela possibilidade, no mesmo prazo, sob pena de multa pessoal diária de R\$ 10.000,00 a ser suportada pelo patrimônio do Presidente da Funasa.

d) Que seja condenada a FUNASA a assumir a execução do objeto do convênio 2425/06, nos termos de sua cláusula décima, caso a conclusão seja pela impossibilidade de efetuar os repasses, como informado até o momento, seja realizado a contratação temporária dos trabalhadores necessários, com base na autorização expressa da Lei 8745/93, art. 2º, VI, “m”, incluído pela Medida Provisória n.432 de 14 de maio de 2008, ou pelo retorno de servidores da FUNASA cedidos ao Estado do Amazonas ou aos seus Municípios, no prazo máximo de 5 dias.

e) Que seja condenada a FUNASA a assumir as obrigações pendentes efetivamente decorrentes da execução do objeto do convênio e que não puderam ser satisfeitas em razão da suspensão dos repasses.

⁴⁴¹ O correto seria intimar, já que não visa chamar a ASSF para integrar um dos polos da relação processual (art.234 do CPC).

f) Que seja condenada a FUNASA a realizar, no prazo máximo de 30 dias, por intermédio da Divisão de Engenharia de Saúde Pública (DIESP) da Coordenação Regional da Funasa do Amazonas ou por equipe designada pelo Presidente da Funasa, apresentando os relatórios respectivos no prazo máximo de 45 dias.

f.1) avaliação acerca da real capacidade de lotação do CASAI, considerando a estrutura física e a garantia de condições adequadas de permanência para pacientes e acompanhantes, com a apresentação da descrição das instalações necessárias para compatibilidade entre a estrutura que deve ser oferecida e a demanda média atualmente existente.

f.2) avaliação acerca da adequação das instalações da CASAI Manaus às normas da Portaria NR 840 de 15 de agosto de 2007 da Presidência da FUNASA, que “Estabelece as diretrizes para projetos físicos de estabelecimentos de saúde para povos indígenas”.

g) Que seja condenada a FUNASA a realizar as avaliações referidas nos subitens “f.1” e “f.2” em relação às demais CASAI e Sedes de Polos Bases situadas no Estado do Amazonas no prazo máximo de 180 dias, apresentando cronograma respectivo no prazo de 30 dias.

h) Que seja condenada a FUNASA a corrigir as irregularidade e desconformidades encontradas e adequar a capacidade de atendimento à demanda média da CASAI Manaus e nas demais CASAI e sedes Polos Bases situadas no Estado do Amazonas no prazo máximo de 180 dias, a contar do término do prazo para apresentação dos relatórios das avaliações realizadas conforme os pedidos dos itens f) e g).

i) Que seja condenada a FUNASA manter, no mínimo, um odontólogo na CASAI de Manaus, seja por meio de concurso público, contratação temporária dos trabalhadores necessários, com base na autorização expressa da Lei n.8745, art. 2º, VI, “m”, incluído pela Medida Provisória n.432 de 14 de maio de 2008 ou pelo retorno de servidores da FUNASA cedidos ao Estado do Amazonas ou aos seus Municípios, assegurando os materiais e insumos necessários para que possa ser prestado atendimento odontológico aos pacientes e acompanhantes da CASAI Manaus.

j) Que seja condenada a FUNASA a cumprir o planejamento das ações de saúde do DSEI Manaus para o ano de 2008, bem como as ações e metas do plano distrital de saúde do triênio 2008/2010 previstas para serem atingidas no exercício de 2008, devendo a FUNASA adotar todas as medidas necessárias para que a suspensão dos repasses e a aplicação da cláusula décima dos convênios 2425/06 e 2426/06 não obste ao atingimento de tais resultados.

k) Que seja condenada a FUNASA a realizar a lotação de, no mínimo, um médico para cada um dos quatorze polos bases que

integram o DSEI Manaus, salvo se, mediante justificativa técnica expressa um único médico for suficiente para atender mais de um polo base, até o máximo de dois por médico, seja por meio de concurso público, contratação temporária dos trabalhadores necessários, com base na autorização expressa da Lei n.8.745/93.

l) Que seja condenada a FUNASA a realizar a lotação de, no mínimo, um odontólogo nos polos base Boca do Jauari, Ponta Natal, Nossa Senhora da Saúde e Makira, salvo se, mediante justificativa técnica expressa um único odontólogo for suficiente para atender mais de um polo base, até o máximo de dois por odontólogo, seja por meio de concurso público, contratação temporária dos trabalhadores necessários, com base na autorização expressa da Lei 8745/93, art. 2º, VI, "m", incluído pela Medida Provisória n.432 de 14 de maio de 2008 ou pelo retorno de servidores da FUNASA cedidos ao Estado do Amazonas ou aos seus Municípios, assegurando os materiais e insumos necessários para que possa ser prestado atendimento odontológico adequado.

m) Que seja condenada a FUNASA a suprir a ausência de radiofonia na sede do distrito e de linha telefônica nas CASAls e sedes de polos bases situadas nas sedes dos municípios abrangidos pelo DSEI Manaus, no percentual de 30% no prazo de 90 dias, 60% no prazo de 180 dias e 100% no prazo de 270 dias.

n) Que seja condenada a FUNASA a suprir a ausência de um programa de manutenção preventiva dos equipamentos, tais como motores de popa, barcos e automóveis, no percentual de 30% dos polos base do DSEI Manaus no prazo de 90 dias, 60% no prazo de 180 dias e 100% no prazo de 270 dias.

o) Que seja condenada a FUNASA a suprir a ausência de previsão de material de manutenção básica dos polos base do DSEI Manaus, nos seguinte itens: lâmpadas, torneiras, tubos de encanamento, tela para janelas, dobradiças etc., para reparos do polo base; peças de reposição, tais como aranha, vela, junta de cabeçote e palheta, para motor de popa.

p) Que seja condenada a FUNASA a suprir a insuficiência de material e equipamentos para a realização das ações de saúde pelas EMSI⁴⁴².

q) Que seja condenada a FUNASA a suprir a insuficiência de transporte para a EMSI em área, mediante a aquisição de frota suficiente (embarcações e automóveis) para o desenvolvimento das atividades.

r) Que seja condenada a FUNASA a suprir a inexistência de comunicação direta e contínua via rádio, da sede do distrito com as aldeias/polos base (a qual inviabiliza o suporte técnico às EMSI em

⁴⁴² Equipe Multidisciplinar de Saúde Indígena

permanência em área, dificulta a comunicação dos indígenas com o distrito e atrasa a comunicação de remoções de urgência e emergência), no percentual de 30% das aldeias/polos base do DSEI Manaus no prazo de 90 dias, 60% no prazo de 180 dias e 100% no prazo de 270 dias.

s) Que seja condenada a FUNASA a construir, no mínimo, postos de saúde em 20% das aldeias no prazo máximo de 12 meses, em 40% das aldeias no prazo máximo de 24 meses, em 60% das aldeias no prazo máximo de 36 meses, em 80% das aldeias no prazo máximo de 48 meses, em conformidade com as normas previstas na Portaria NR 840 de 15 de agosto de 2007 da Presidência da FUNASA, que “Estabelece as diretrizes para projetos físicos de estabelecimento de saúde para povos indígenas.”

t) Que seja condenado o Município de Manicoré a contratar Médico ou Odontólogo, no lugar do fisioterapeuta atualmente contratado.

u) Que seja condenada a UNIÃO FEDERAL, por intermédio do Ministério da Saúde, a responder subsidiariamente por todos os pedidos veiculados na presente ação civil pública em face da FUNASA.

v) a intimação da FUNASA, da União e do Município de Manicoré para se manifestarem sobre os pedidos de antecipação de tutela, exceto com relação ao pedido do item c), nos termos do art. 2º da Lei 8437/92

w) a ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA *IN LIMINE* para determinar à FUNASA que dê cumprimento aos pedidos veiculados nos itens “d” a “s”, sob pena de multa pessoal diária de R\$ 5.000,000 a ser suportada pelo Presidente da Funasa, nos termos do art. 461, §4º do CPC e dos arts.11 e 12 da Lei 7347/85.

x) a ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA *IN LIMINE* para determinar ao Município de Manicoré que dê cumprimento aos pedidos veiculados nos item “t”, sob pena de multa pessoal diária de R\$ 5.000,00 a ser suportada pelo Prefeito de Manicoré, nos termos do art. 461, §4º do CPC e dos arts.11 e 12 da Lei 7347/85.⁴⁴³

Por fim, o MPF pede a condenação dos requeridos ao pagamento dos ônus da sucumbência, postulando pela isenção de custas e despesas processuais, bem como pela produção de todos os meios de provas admitidos em Direito, especialmente documental, testemunhal e pericial.

⁴⁴³ TRF1. 4ª Vara. ACP 2008.32.00.002517-5, p. 50-55.

5.1.2 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE NATUREZA CAUTELAR

O juízo federal em relação aos pedidos de antecipação dos efeitos da tutela de forma liminar, no dia 27 de maio de 2008, decidiu⁴⁴⁴ que, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa, iria reservar-se para apreciá-los após a manifestação da Funasa e da União, determinando o prazo de 72h para que estas se manifestassem acerca da tutela de urgência. O mandado foi juntado aos autos no dia 28/05/2008.

5.1.3 RESPOSTA DA UNIÃO ACERCA DA TUTELA DE URGÊNCIA

A União responde às questões relacionadas à antecipação dos efeitos da tutela afirmando que a concessão da medida apresenta o perigo de constranger precipitadamente os direitos da Requerida, violando os direitos fundamentais à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal.

Afirma que não há perigo advindo da demora da sentença nem verossimilhança das alegações, por conseguinte não atendendo aos requisitos do art. 273 do CPC. Alega que a concessão da medida seria incompatível com a regra do “reexame necessário”, prevista no art. 475 do CPC e com a decisão proferida na ADC n. 4/DF.

A União diz que os pedidos de antecipação dos efeitos da tutela feitos pelo Requerente seriam supostamente incompatíveis com a legislação em virtude de que o objeto da lide “somente poderia ser concedido após uma cognição exauriente que a situação enfrentada requer”⁴⁴⁵.

Diz que a União deve responder subsidiariamente, pois nos termos do Decreto n.3.156/1999, a execução do serviço teria sido transferida para a Funasa:

Decreto n. 3.156/1999 – Art. 3º - O Ministério da Saúde estabelecerá as políticas e diretrizes para a promoção, prevenção e recuperação da saúde do índio, cujas ações serão executadas pela Fundação Nacional de Saúde - FUNASA

Por fim, postula que o juízo se restrinja aos limites do pedido, afirmando que isso está supostamente inserido no princípio da inércia posto no art. 262 do CPC.

⁴⁴⁴ TRF1. 4ª Vara. ACP 2008.32.00.002517-5. Juíza Marília Sales. J. em 27/05/2008, p. 927.

⁴⁴⁵ TRF1. 4ª Vara. ACP 2008.32.00.002517-5, p. 934.

5.1.4 RESPOSTA DA FUNASA

A Funasa, por intermédio de seus procuradores federais, afirma que há impossibilidade jurídica para que o judiciário analise o pedido de antecipação dos efeitos da tutela feitos pelo MPF, pois, segundo ela, isso importaria na violação da separação dos poderes pelo judiciário, o que acabaria por interferir na gerência da Administração em relação às “políticas públicas” desenvolvidas pela FUNASA, dizendo:

Portanto, não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir da tarefa típica do Executivo, impondo ordem para executar medida afeta ao critério da oportunidade e conveniência, como determinar a inclusão de previsão de despesa na proposta orçamentária ou determinar onde devem ser lotados os servidores, como quer o *Parquet*. Incumbe ao Poder Executivo aplicar as verbas disponíveis, segundo critérios de conveniência e oportunidade, devendo prestar contas anualmente, da aplicação desses recursos⁴⁴⁶.

Alega a Funasa que os recursos públicos são finitos frente à infinidade de demandas sociais, razão pela qual se faz necessário que se estabeleça critérios administrativos, não critérios judiciais, para a utilização de tais recursos, dizendo que:

Como visto, o pedido vertido na exordial atenta contra diversos princípios constitucionais, além do que não há direito subjetivo, oponível em face do Poder Público, com o fito de contra ele demandar medida ou ação dependente de prévia deliberação política do Poder Executivo e dependente de previsão orçamentária.⁴⁴⁷

Afirma que a Lei n. 7.347/85 é destinada à responsabilização de agentes públicos que atentem contra os bens protegidos pela lei, não servindo a ação civil pública para a implementação de atos concretos pela Administração.

A Funasa alega que não há os requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela do art. 273 do CPC. Diz que não existe a “verossimilhança das alegações” do MPF em função de não ter agido com descaso, ineficiência ou lentidão, pois apenas suspendera os recursos em atenção à Instrução Normativa 01/97 da Secretaria do Tesouro Nacional, que impossibilita a transferência de recursos até que seja analisada e aprovada a prestação de contas parcial.

⁴⁴⁶ TRF1. 4ª Vara. ACP 2008.32.00.002517-5, p. 945.

⁴⁴⁷ Id., *ibid.*, p. 947.

A despeito disso, afirma que, com relação ao convênio n. 2426/06, após os esclarecimentos prestados pela ASSF prestados depois de esta ter sido notificada para a devolução do dinheiro, a Funasa considerou no parecer técnico n. 004/2008 que as contratações ocorreram regularmente, estando apenas a aguardar a “conclusão” do parecer técnico, para efetuar o pagamento que ocorreria no dia 02/06/2008.

Em relação ao Convênio n. 2425/06, afirma que o atraso se deu em função da demora da ASSF em enviar a prestação de contas da parcela final do 3º repasse e da parcela integral do 4º repasse, não havendo qualquer irregularidade.

Alega que não existe o *periculum in mora* em virtude da necessidade da análise correta das prestações de contas, que demanda zelo para que ocorra a correta aplicação dos recursos públicos.

A Funasa diz que o judiciário não pode determinar que ela execute atos referentes à lotação de servidores e à realização de concursos, pois somente a Administração tem a capacidade de analisar a demanda pelo serviço e a possibilidade de realização deste. Ademais, afirma que:

De outra forma, ou seja, disponibilizando recursos sem a devida fonte de custeio e previsão na lei orçamentária, a União, fatalmente, estará transferindo recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa, o que é vedado pelo art. 167, VI, da CF, configurando um desequilíbrio fiscal dificilmente reparável.

Defende-se se valendo do disposto no art. 48, X da Constituição, no sentido de que compete ao Congresso Nacional dispor acerca da criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, não ao judiciário.

A Funasa, em seguida, diz que não é possível a antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública em função das disposições da Lei n.9.494/97 e da Lei n. 8.437/92, completando os argumentos de ausência dos requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela como pretendido pelo MPF.

A Funasa, após essas alegações, traz considerações acerca das consequências de uma decisão favorável ao MPF, dizendo que isso, além de comprometer o equilíbrio entre os poderes, ocasionaria grave lesão à ordem pública.

Segundo a Funasa, admitir que um órgão julgador determine a contratação de servidores públicos federais permitirá que, com fundamentos diversos, se passe a exigir o mesmo em relação a outras categorias, dizendo:

Não é difícil antever, nesse passo, que órgãos do Ministério Público passe a demandar em juízo a nomeação de mais juízes ou a abertura da [sic.] mais Varas Judiciárias, em nome do recentemente criado direito constitucional à celeridade processual (art. 5º, LXXVIII; ou, ainda, o provimento urgente de todas as vagas existentes para Advogados Públicos, em nome da defesa do erário, estabelecendo também quando e onde deverão começar a exercer suas funções.⁴⁴⁸

5.1.5 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA “I” ACERCA DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

O juízo federal da 4ª Vara Federal do Tribunal Federal da 1ª Região, no que diz respeito ao pedido “x” proposto pelo MPF no sentido de antecipar os efeitos da tutela liminarmente, determinando o Município de Manicoré a contratar médico ou odontólogo no lugar do fisioterapeuta contratado, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 a ser suportada pelo Prefeito, constatou que não foi dada a oportunidade do Município se manifestar acerca da questão.

Assim, em atenção ao princípio do contraditório, reservou-se para apreciar o pedido após a manifestação de Manicoré no prazo de 72 horas.

Quanto às alegações trazidas aos autos pelo MPF e pela Funasa e União, tece considerações acerca do âmbito cognitivo das decisões baseadas em tutela de urgência, afirmando que cingirá a questão à verificação *periculum in mora* (que entende como a perecividade do direito) e do *fumus boni iuris* (que alude ser a relevância jurídica do pedido).

O juízo federal, no que concerne à questão do controle jurisdicional dos demais órgãos de poder, manifesta-se no sentido de que o judiciário não pode adentrar na conveniência e oportunidade do ato administrativo, merecendo transcrição literal:

Entendo oportuno destacar que perfilho o entendimento de que **não cabe a interferência do Poder Judiciário** em assuntos

⁴⁴⁸ TRF1. 4ª Vara. ACP 2008.32.00.002517-5, p. 959.

relacionados à conveniência e oportunidade do ato administrativo, vez que não há como pretender que o Judiciário substitua sob pena de se comprometer, irreversivelmente, o Estado de Direito que tem, na separação das funções soberanas do Estado, um dos seus mais importantes pilares (Precedente: TRF^a Região, AC – 327228, 7^a T. Esp. Rel. Sérgio Schwartzer, DJU:25/05/2007, p.300).⁴⁴⁹

Em seguida, parte para a análise das provas juntadas nos autos dizendo que ambos os convênios estabelecem na cláusula terceira o dever de prestar contas pelo Conveniente ao Concedente, estabelecendo-se na cláusula quarta que, caso se constate alguma irregularidade ou inadimplência na apresentação da prestação de contas parcial, o ordenador das despesas poderá suspender a liberação dos recursos, e que, no mesmo sentido, dispõem a instrução normativa n. 01/97-STN e o art. 116, §3º da Lei n. 8.666/93.

Constata que as partes são uníssonas em admitir que o cronograma de repasses não foi cumprido, havendo divergência somente quanto à regularidade da negativa do repasse.

Conclui que o atraso se deu por culpa da ASSF que demorou em prestar contas, não devendo ser imputada à Funasa a culpa da questão, razão pela qual acredita não ser razoável imputar à Administração atos que supram os andamentos normais dos trâmites internos em virtude de a demora não ter sido culpa desta, afirmando que:

Em outras palavras, apesar dos evidentes prejuízos aos indígenas que em nada contribuíram para o desalinho entre conveniente e conveniado, **não se pode esperar que a Administração transfira recursos** sem respaldo em prestação de contas prévia e regular, máxime porque em assim agindo pode o agente público da conveniente responder administrativa, civil e penalmente.

O juízo reconhece a existência do *periculum in mora*, mas entende ausente o *fumus boni iuris*, dizendo:

Apesar de translúcido e patente o *periculum in mora*, diante da necessidade de ser regularizado o repasse e a prestação do serviço à população indígena na forma devida; tenho como ausente a plausibilidade jurídica (*fumus boni iuris*), na medida em que depende a FUNASA da tempestividade e devida prestação de contas por parte da conveniada para poder repassar os valores acordados, não

⁴⁴⁹ TRF1. 4^a Vara. ACP 2008.32.00.002517-5. Juíza Marília Sales. J. em 17/06/2088, p. 1000. Grifo nosso.

podendo ser persuadida a agir *contra legem*, circunstância que neste momento inviabiliza o deferimento do pleito liminar, nos moldes pretendidos.⁴⁵⁰

Quanto aos pedidos de antecipação dos efeitos da tutela formulados pelo MPF, o judiciário manifesta-se por intermédio da seguinte decisão:

Mercê de todo o exposto, e com fundamento nas ponderações deduzidas no bojo deste *decisum*, **INDEFIRO** o pedido de liminar deduzido pelo MPF, quanto à imposição da liberação dos recursos relacionados aos convênios n.2425/06 e 2426/06, *acaso a FUNASA conclísse por sua possibilidade*, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária.⁴⁵¹

5.1.6 AGRAVO DE INSTRUMENTO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA “I” PELO MPF

O MPF não interpôs embargos de declaração da decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara do TRF1, seção Amazonas, com o intuito de suprir eventual omissão ou contradição.

Em contrapartida, interpôs, nos termos do art. 522 do CPC, o recurso de agravo de instrumento, alegando que a decisão recorrida é equivocada porque, ao afirmar a inexistência de *fumus boni iuris*, baseia-se na “falsa premissa de que a única solução possível e pleiteada é a liberação de recursos para a conveniada” além de “desprezar de forma incompreensível o direito à saúde das populações indígenas, que é o bem jurídico cuja tutela é perseguida na ação civil pública”.

Reafirma as alegações de que a paralização do serviço importa em violação ao direito à saúde, consagrado nos arts. 5º,§1º, 6º, 23, II e 196 da Constituição, sendo a saúde indígena tutelada pela Lei n.9.836/99, determinando que o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena integre o Sistema Único de Saúde.

Traz alegações novas no sentido de que a terceirização feita pela Funasa é ilegal, a questão está sendo tratada em ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, sob o n. 0751.2007.018.10.00-4.

Diz que a contratação de mão de obra para a execução da atividade fim importa em violação ao art. 37, II da CRFB, concluindo que esta situação ao invés

⁴⁵⁰ TRF1. 4ª Vara. ACP 2008.32.00.002517-5. Juíza Marília Sales. J. em 17/06/2088, p. 1005.

⁴⁵¹ Id., *ibid.*, p. 1005.

de contribuir administrativamente, acaba por tornar-se mais um empecilho os direitos do jurisdicionado:

O que tem feito a FUNASA diante das suspensões acarretadas por comportamentos irregulares das entidades conveniadas?? Lamentavelmente, a questão tem sido tratada pela FUNASA, assim como o foi pelo Juízo *a quo*, como se ao invés de um convênio estivéssemos diante de contratos, em que os interesses são contrapostos e que a única interessada na regular execução do objeto do convênio é a entidade conveniada e para a FUNASA fosse indiferente. Suspendem-se os repasses e aguarda-se indefinidamente quanto tempo for preciso para que a situação se “resolva”, afinal o que a FUNASA tem a ver com isso? A culpada é a entidade conveniada que faz o papel de vilão no odioso “faz de conta” que se tornou o funcionamento do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.⁴⁵²

O MPF é enfático ao dizer que o judiciário fechou as portas da justiça para a população indígena, por ter “lavado as mãos” frente às omissões da Funasa, dizendo que é a decisão do juízo *a quo* de esperar o Estado-administração a tomar providência que fere o juízo de razoabilidade, concluindo que tal omissão, primeiro por parte do Estado-administração e segundo por parte do Estado-juiz, é passível de pedidos de providências junto à Unidade de Povos Indígenas e Minorias do Alto Comissariado da ONU.

Afirma que a Funasa foi indiferente à questão, pois se ocorreu o atraso da prestação de contas, deveria saber que ocorreria o atraso do repasse, contudo, ficou por mais de seis meses apática sem tomar qualquer atitude até o ajuizamento da ação civil pública, deixando os trabalhadores da saúde indígena sem salário e não tomando qualquer medida substitutiva para assegurar a continuidade do serviço. Conclui o MPF:

Este teatro, a farsa da Saúde Indígena, desenvolve-se mais ou menos da seguinte forma há quase dez anos. A FUNASA delega para terceiros não capacitados e não estruturados as atribuições da UNIÃO que lhe foram delegadas pelo Ministério da Saúde. Por óbvio, em se tratando de dinheiro público, a existência de irregularidades nas prestações de contas impede as transferências previstas e os repasses, quando ocorre, são feitos com muito atraso [...] A população indígena fica sem as ações de saneamento e assistência à saúde ou estas são realizadas de maneira extremamente precária, mas os recursos destinados ao atendimento de tais finalidade são gastos, apesar de frustrados os objetivos. A FUNASA culpa as

⁴⁵² TRF1. 4ª Vara. ACP 2008.32.00.002517-5, p. 1025.

entidades conveniadas, mas não rescinde os convênios nem assume a execução de seu objeto, apesar de manifesta a ineficácia do instrumento adotado para a consecução de objetivos que não consubstanciam mero interesse da conveniada, mas própria missão institucional da FUNASA.⁴⁵³

Requer-se que a Funasa assuma as responsabilidades que lhe foram delegadas pela União, as quais decorrem das normas constitucionais referentes ao direito fundamental à saúde e culminam na cláusula décima do convênio, que determina que “Na hipótese de paralisação ou de fato relevante que venha a ocorrer a CONCEDENTE assumirá a execução do objeto deste convênio, de modo a evitar a descontinuidade das ações pactuadas”.

Alega que ao contrário do disposto na decisão do juízo *a quo*, determinar que a Funasa cumprisse o seu dever não seria ato *contra legem*, mas *pro legem*, já que o direito à saúde dos índios é constitucionalmente previsto e infraconstitucionalmente açambarcado na lei n. 9.836/99, dizendo que a atitude omissa do Estado-juiz e do Estado-Administração são contrárias ao disposto nas recomendações do Conselho de Direitos Humanos da ONU.

O documento da ONU A/HRC/WG.6/1/BRA/4, apresentado em 15 de abril de 2008, nas Nações Unidas, em Genebra, recomenda no item n. 5 que os países devem “Dar mais consideração às violações de direitos humanos contra os povos indígenas”.

Ademais, a Convenção n.169 da OIT dita no art. 25, inciso 1, que:

Convenção 169 – OIT – Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.

A Declaração da ONU acerca dos povos indígenas dita no art. 24, inciso 2, que:

Art. 24, inciso 2 – Os indígenas têm direitos a desfrutar igualmente do maior nível de saúde física e mental. Os Estados tomarão as medidas que sejam necessárias a fim de lograr progressivamente a plena realização deste direito.

⁴⁵³ TRF1. 4ª Vara. ACP 2008.32.00.002517-5, p. 1029.

O MPF diz que, concernente aos pedidos “c”, “d”, “e” e “j”, inexistiu pedido de liberação de recursos à entidade irregular ou inadimplente, mas determina que a Funasa cumpra com suas obrigações delegadas pela União por intermédio do Ministério da Saúde (Lei n.9.836/99), dizendo que o não oferecimento de tais recursos impede o atingimento das finalidades visadas pela Funasa, ocasionando violação ao direito de saúde das populações indígenas.

O MPF, no que concerne aos pedidos “f” a “i” e “k” a “l”, afirma que solicita os meios para o funcionamento minimamente adequado do Dsei Manaus e da Casai Manaus, sem que tais pedidos tenham sido expressamente indeferidos, mas alega poderem ser “inferidos” da afirmativa de que o juízo de primeiro grau entende que o judiciário não pode controlar as ações do executivo.

Afirma que alegações de intangibilidade dos atos praticados no exercício de competência discricionária de forma absoluta são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição da República de 1988, devendo ser veementemente rechaçadas pelo judiciário, trazendo como exemplo precedente do STF acerca da “discricionariedade” na implantação de normas de eficácia programática:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - **O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.** - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização

federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.** - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE:** UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. **MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER.** - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.⁴⁵⁴

Por fim, renova o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, feitos na petição inicial.

Até a data da conclusão deste trabalho, 30/03/2011, o Tribunal Federal não se manifestou acerca desse recurso, estando a tramitar no TRF1 sob o n. 2008.01.00.033839-2/AM.

⁴⁵⁴ STF. AgRg no RE 393.175/RS. J. em 11/12/2006. D.J. de 02/02/2007, p.140. Grifo nosso

5.1.7 RESPOSTA DE MANICORÉ

O Município de Manicoré foi citado no dia 17 de julho de 2008, manifestando-se no sentido de que não tem nada a opor quanto ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela feitos pelo MPF, em virtude de o fisioterapeuta já ter sido exonerado. Ademais, no que concerne à contratação do médico ou do odontólogo, afirma que está em fase de seleção, mas está paralisada em decorrência do período eleitoral.

5.1.8 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA “II” ACERCA DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

O juízo reaprecia as alegações feitas pelo MPF, pela Funasa e agora pelo Município de Manicoré, expondo que a decisão em sede de antecipação dos efeitos da tutela ocorre antes da convicção definitiva do julgador.

Em seguida, o juízo apresenta os requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela nos termos do art. 273 do CPC, afirmando que deve ser cristaliname demonstrado o perigo que possa justificar a ocorrência de dano irreparável.

Reafirma o posicionamento acerca de que não cabe ao judiciário adentrar em assuntos relacionados à conveniência e oportunidade do ato administrativo, substituindo o executivo, sob pena de comprometer a separação dos órgãos de poder, decidindo em prestígio do princípio da independência dos poderes e da autonomia administrativa, bem como em respeito à lei n. 9.494/97, indeferir os pedidos “i” a “s”.

A seguir, tece considerações acerca do que seria “convênio”, conceituando que são acordos firmados entre entidades públicas ou entre estas e particulares para a realização de objetivos comuns, diferenciando-se do contrato, pois neste predomina o interesse “oposto” entre os contratantes.

Constata que não há previsão nos contratos de convênio juntados nos autos de contraprestação por parte da ASSF, somente por parte da Funasa, afirmando:

Ao reverso, tenho que a circunstância retratada revela total *desvirtuamento* do instituto do convênio administrativo, eis que transparece a possível violação de uma série de princípios que

regem a atividade administrativa, haja vista que os ajustes em destaque propiciam a contratação de pessoa, **diretamente e sem concurso público**, para executar as atividades-fim da FUNASA⁴⁵⁵.

Observa que número significativo de servidores da Funasa encontra-se cedido, que, nos termos do art. 2º, p.u., da Lei n. 4.050/2001, o servidor pode ser cedido pelo prazo de um ano, podendo tal prazo ser prorrogado no interesse dos órgãos ou da entidade cedente e cessionária.

Afirma que, nos termos dos arts. 95 e 96 da Lei n. 8.112/90, a cessão de servidor público tem natureza de ato discricionário, configurando afastamento de caráter temporário e precário, que pode ser revertido a qualquer momento.

Reanalisa as cláusulas terceira e quarta do convênio, referentes ao dever da Conveniente em prestar contas mensalmente à Cedente, acerca dos recursos recebidos, e a possibilidade de o Cedente suspender o pagamento se constatadas irregularidades ou inadimplências.

Mantém o posicionamento no sentido de que não se pode esperar que a Administração transfira recursos públicos sem respaldo em prestações de contas regulares.

Porém, pela primeira vez, enfrenta a matéria relacionada ao direito à saúde da comunidade indígena, entendendo que a população indígena não deve ficar a mercê da harmonia entre a Funasa e a ASSF, afirmando que o fato de a ASSF estar continuamente prestando contas incorretas ou intempestivas compromete a prestação do serviço, já que esta não possui recursos próprios, o que está “repercutindo reflexa e negativamente na qualidade da prestação dos serviços de saúde aos indígenas”⁴⁵⁶.

Afirma que a Funasa deve arcar com a cláusula décima do convênio no sentido de que “Na hipótese de paralisação ou de fato relevante que venha a ocorrer a Concedente assumirá a execução do objeto deste convênio, de modo a evitar a descontinuidade das ações pactuadas”.

Acrescenta que a Funasa deve paulatinamente assumir as atividades desempenhadas pela ASSF, apresentando em juízo cronograma de atividades com plano de trabalho e metas a ser cumprido no prazo de 90 dias, ressalvando que:

⁴⁵⁵ TRF1. 4ª Vara. ACP 2008.32.00.002517-5. Juíza Marília Sales. J. em 06/08/2008, p. 1084. Grifos no original.

⁴⁵⁶ Id., ibid., p. 1092.

Em todo o caso, no livre exercício de sua *autonomia administrativa*, DEVE a FUNASA observar a necessidade de prestação regular, digna e satisfatória dos serviços de saúde à população indígena; o caráter precário e temporário que reveste a cessão de servidores públicos; e, ainda, a possibilidade de contratação temporária de pessoa, desde que em harmonia com a previsão orçamentária, necessidade e conveniência administrativa.⁴⁵⁷

Assinala o prazo máximo de 60 dias para que a Funasa apresente relatórios acerca da real capacidade de lotação da Casai Manaus e avaliação acerca da adequação das instalações.

Assinala o prazo de 180 dias para a Funasa apresentar os mesmos relatórios referentes às demais Casais situadas em todo o Estado do Amazonas.

Estabelece o prazo de 30 dias para que a Funasa apresente em juízo as providências tomadas para desencadear as determinações feitas pelo juízo.

Entende necessário constatar a qualidade dos serviços de saúde e instalações postos à disposição da comunidade indígena, deferindo os pedidos “f” e “g” do MPF, postergando a análise do pedido “h” para após a juntada dos documentos produzidos em decorrência dos itens deferidos.

Quanto ao Município de Manicoré, diz que, como não foi juntado aos autos a Portaria n. 1163/99 conferindo a destinação dos recursos repassados ao Município pela Funasa, acautela-se quanto à apreciação do pedido “t”.

Mas, considerando que Manicoré recebe a quantia de R\$ 1.660.547,00, por cautela determina que ele seja obrigado a comprovar a destinação dos recursos “eventualmente” recebidos para fins de contratação de profissional da saúde, no prazo de 30 dias.

Estabelece a multa diária de R\$ 500,00, incidindo diretamente no patrimônio dos administradores, fundamentando no art. 14 do CPC.

5.1.9 AGRADO DE INSTRUMENTO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA “II” PELO MPF

O MPF interpõe agravo de instrumento nos termos do art. 522 do CPC irresignando-se contra o novo indeferimento dos pedidos “i” a “s”.

⁴⁵⁷ TRF1. 4ª Vara. ACP 2008.32.00.002517-5. Juíza Marília Sales. J. em 06/08/2008, p. 1094. Grifos no original.

Demonstra que o direito subjetivo à saúde das populações indígenas advém de imposição constitucional e de normas internacionais referentes à Convenção n.169 da OIT e à Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas.

Diz que se constatou a existência de um consultório odontológico recém-instalado na Casai Manaus, mas sem nenhum odontólogo. A despeito disso, a Funasa possui cinco odontólogos cedidos ao governo do Estado.

Afirma que, como a Funasa dispendeu recursos públicos para a criação do consultório, deve, então, contratar dentista para nele trabalhar em atenção à finalidade para o qual o recurso público destinado à compra do material odontológico foi posto, dizendo:

O que temos, portanto, não são escolhas discricionárias de qual é o melhor gasto público, mas sim desperdício de recursos públicos, DANO AO ERÁRIO, e negligência na prestação de serviços de saúde que consubstanciam direitos fundamentais dos indígenas atendidos pela CASAI Manaus e pelo DSEI Manaus. E o que tem a FUNASA a nos dizer sobre isso??? Qual a explicação para tamanho desgoverno, tamanha falta de planejamento??? Apenas repete a velha e ultrapassada cantilena da impossibilidade de interferência do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas.⁴⁵⁸

Confirma o pedido de no mínimo um médico e um odontólogo por polo-base, vez que isso configura os recursos humanos mínimos para a atenção à saúde indígena, afirmando que apenas um dos quatorze polos-base possui um único médico.

Diz que, a despeito da falta de médicos e odontólogos no Dsei Manaus, dos 1046 servidores da Funasa, 741 estão cedidos ao Estado e aos Municípios, dentre eles, cinco odontólogos e quatro médicos, apresentando a listagem nominal e alegando que isso viola o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Alega que os pedidos “m” a “s” correspondem aos recursos mínimos para o adequado funcionamento do Dsei Manaus e da Casai Manaus, sem os quais é impossível que atinjam a finalidade para o qual foram criados, enfatizando que em todas as aldeias indígenas não existe um único posto de saúde construído, que, nos termos da Portaria NR 840/2007 da Funasa, tem as seguintes finalidades:

4.2.1 recepção ao usuário; 4.2.2 ações de educação em saúde e de educação ambiental; 4.2.3 realização de procedimentos médicos e

⁴⁵⁸ TRF1. 4ª Vara. ACP 2008.32.00.002517-5, p. 1126

de enfermagem; 4.2.4 atendimento de urgências básicas; 4.2.5 ações coletivas de saúde bucal; 4.2.6 atendimento odontológico individual; 4.2.7 vigilância nutricional; 4.2.8 vacinação; 4.2.9 monitoramento dos pacientes crônicos; 4.2.10 acompanhamento dos tratamentos de longa duração; 4.2.11 atenção integrada às doenças prevalentes na infância e o controle das doenças imunopreveníveis; 4.2.12 ações básicas de controle das doenças crônico-degenerativas; 4.2.13 ações básicas do Programa de Saúde da Mulher, envolvendo atendimento ginecológico e obstétrico; 4.2.14 ações básicas do Programa de Saúde Mental; 4.2.15 ações básicas do Programa de DST/AIDS; 4.2.16 ações básicas do Programa de Hepatites Virais; 4.2.17 ações básicas do Programa de Tuberculose; 4.2.18 ações básicas do Programa de Hanseníase; 4.2.19 ações básicas do Programa de Dermatologia Sanitária; 4.2.20 coleta de material para exame; 4.2.21 armazenagem e dispensação de medicamentos; 4.2.22 reprocessamento de materiais (ver observação na tabela que segue); 4.2.23 registros de ações em saúde e manutenção de arquivo de prontuários; 4.2.24 alimentação dos sistemas de informação em conformidade com os sistemas do SUS; 4.2.25 comunicação com a rede de referência de média e alta complexidade; 4.2.26 encaminhamento à rede de referência em caso de maior complexidade; 4.2.27 ações de vigilância epidemiológica e ambiental; 4.2.28 ações de saneamento; 4.2.29 execução do censo sanitário em sua área de abrangência; 4.2.30 guarda de ferramentas e de material de manutenção do sistema de abastecimento de água; 4.2.31 armazenamento temporário dos resíduos gerados no estabelecimento.

Porém, nenhuma dessas ações está sendo suprida nas tribos em virtude da inexistência de posto de saúde em qualquer uma delas, não sendo razoável que não se tenha construído nenhum posto de saúde até o momento.

Ademais, tais pedidos visam evitar o prejuízo ao erário por almejar evitar o sucateamento dos bens públicos, bem como significam pressupostos para o gozo dos direitos fundamentais pela comunidade indígena.

Quanto ao Município de Manicoré, diz que os recursos destinados para a atenção da saúde da população indígena devem ser empregados para tal fim, mas que, a despeito de ter exonerado o fisioterapeuta, os repasses continuam sendo feitos nos termos das Portarias GM 1163/99 e 1088/05 sem que tenha sido celebrado termo de pactuação.

Afirma que o indeferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela demonstra-se indevido em função, inclusive, da concordância de Manicoré em atendê-lo.

O MPF diz que há a possibilidade do controle jurisdicional e que eventuais alegações genéricas acerca da reserva do possível não podem ser oponíveis em virtude de o Estado ter o dever de assegurar o mínimo existencial.

Por fim, alega que a ADC n. 4 restringiu-se a tratar acerca da constitucionalidade de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou da concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Postula para que, considerando o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* advindo da demora da tramitação do recurso, seja concedida a antecipação dos efeitos da tutela dos pedidos “i” a “s”.

Até a data de fechamento deste trabalho, 30/03/2011, o Tribunal Federal não se manifestou de forma conclusiva acerca deste recurso, a estar a tramitar no TRF da 1ª Região sob o n. 2008.32.00.002517-5/AM.

5.1.10 PETIÇÃO INTERMEDIÁRIA DA FUNASA

Após a decisão interlocutória, a Funasa interpôs aos autos do processo petição intermediária afirmando a impossibilidade de o judiciário interferir na política de gestão do serviço.

Diz que as pendências acerca da prestação de contas pela ASSF foram sanadas, ensejando na regularização do repasse, por meio das ordens bancárias n. 2008905978, no valor R\$ 760.874,54, referente ao convênio 2425/06 e n. 2008906186, no valor R\$ 2.171.581,21, referente ao convênio 2426/06.

A Funasa alega que a participação de pessoas jurídicas de direito privado no sistema de saúde advém da própria Constituição, que, no art. 197, autoriza a participação privada com o intuito de compartilhar o trabalho “incrementando o serviço, impedindo-o de sofrer solução de continuidade”.

Ademais, alega que o art. 199, §2º da CRFB autoriza a destinação de recursos para subvencionar instituições privadas de saúde sem fins lucrativos, já que este parágrafo limita apenas quanto às instituições privadas com fins lucrativos.

Diz que o art. 19-E da Lei n. 8.080/90 permite que instituições não governamentais atuem complementarmente na execução das ações de saúde, deixando claro que em função do referido artigo utilizar a palavra “complementar”, a União e a Funasa continuam responsáveis, atuando o “parceiro” de forma residual.

Afirma que não realizou melhoras no Dsei Manaus por não possuir dinheiro, alegando que:

Não estamos dizendo que se o serviço é deficiente deve permanecer como está, não é isso. Apenas queremos dizer que a FUNASA tem consciência do estado físico das instalações onde se presta o serviço de saúde, e se não fez algo para melhorá-lo é por conta das contingências orçamentárias, dado que verba para reforma, ampliação, construção, por não ser custeio, e sim investimento, tem teto menor e ainda por cima é a que sofre mais contingenciamento por parte dos Ministérios responsáveis pela gestão do orçamento da União.⁴⁵⁹

Salienta que em nenhum momento o MPF aduz que alguém morreu ou está prestes a morrer, e somente em tais casos seria autorizada a pronta intervenção do judiciário.

Afirma que a cessão de servidores deu-se porque o Ministério da Saúde adotou política de descentralização das ações de saúde relacionadas à vigilância epidemiológica, tendo sido a Funasa obrigada a isso, o que ocorreu sob o permissivo do art. 20 da Lei n.8.270/91:

Lei n.8.270/91 – Art. 20 Com vistas à implementação do Sistema Único de Saúde, criado pela Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, o Ministério da Saúde poderá colocar seus servidores, e os das autarquias e fundações públicas vinculadas, à disposição dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante convênio, sem prejuízo dos direitos e vantagens do cargo efetivo.

Aduz que é impossível pedir o retorno dos servidores, primeiro porque perdeu competência para executar a vigilância epidemiológica pelo decreto n. 4.727/2003, esbarrando o retorno dos servidores na falta de atribuições a eles concedidas; segundo porque como a cessão fica a cargo do Ministério da Saúde, a Funasa estaria de mãos atadas.

Conclui que nos autos da Ação Civil Pública Trabalhista n.0751.2007.018-10, o Ministério da Saúde e do Planejamento celebrou termo de transação onde ficou acertado que a Funasa poderia continuar a realizar convênios até que fosse feita a substituição gradual dos funcionários.

⁴⁵⁹ TRF1. 4ª Vara. ACP 2008.32.00.002517-5, p. 1198

5.1.11 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA “III” ACERCA DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Em virtude do agravo de instrumento interposto pelo MPF, que possibilita a retratação da decisão⁴⁶⁰ nos termos do art. 529 do CPC, bem como a petição intermediária interposta pela Funasa, o juízo profere decisão no sentido de manter a decisão acerca da antecipação dos efeitos da tutela, pelos próprios fundamentos daquela.

5.1.12 AGRAVO DE INSTRUMENTO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA “II” PELA FUNASA

A Funasa, no dia 19/09/2008, interpôs recurso de agravo de instrumento da decisão interlocutória “II”, alegando que como decisões “liminares” tratam de questões de urgência, é cabível a modalidade do agravo de instrumento, sob pena de tornar inútil o provimento final depois de decorrido longo prazo.

Reafirma a legalidade dos convênios firmados com a ASSF, diz que faltam recursos para atender aos pedidos do MPF, estando protegida pela cláusula da reserva do possível, sendo enfático no sentido de que não existe direito subjetivo oponível em face da Administração que permita demanda com pedido dependente de prévia deliberação política do Executivo ou de previsão orçamentária.

Renova a afirmação em contestação de que o objetivo da ação civil pública é no sentido de responsabilizar agente público por danos a bens previstos na Lei n. 7.347/85, contudo, não é o que estão a fazer o MPF e o judiciário de primeiro grau.

Diz que a cessão dos servidores adveio da política de descentralização do Ministério da Saúde para questões de vigilância sanitária, que foi obrigada a ceder os servidores em função do art. 20 da Lei n. 8.270/91 e que, em função desse artigo, não possui competência para revogar a cessão realizada pelo Ministério da Saúde; nesses termos, falta a “fumaça do bom direito” para a antecipação dos efeitos da tutela.

Requer a Funasa a concessão do efeito suspensivo ao recurso de agravo por ela interposto, nos termos do art. 527, III do CPC, com o intuito de suspender

⁴⁶⁰ TRF1. 4ª Vara. ACP 2008.32.00.002517-5, p. 1247.

liminarmente os capítulos da decisão impugnados e, no mérito, revogá-los totalmente.

A respeito desse recurso, até a data do fechamento deste trabalho, 30/03/2011, o Tribunal Federal 1ª Região não se manifestou de forma conclusiva, a estar a tramitar no TRF1 sob o n. 2008.01.00.047215-4/AM. Contudo, no que concerne ao pedido de suspensão dos efeitos da antecipação de tutela, o relator do agravo decidiu:

A questão da impossibilidade de controle judicial das políticas públicas, naturalmente que sob o critério de razoabilidade (respeitando-se a zona de plausibilidade da discricionariedade administrativa), pode-se considerar superada, ante a atual visão sistêmica do direito. [...]

Há direito fundamental à saúde, de “acesso universal e igualitário”, o que exige medidas específicas em relação a grupos marginalizados – art. 3º, III, da Constituição.

Se as providências judicialmente determinadas não são as mais apropriadas, que a Administração apresente no processo as soluções que entende adequadas, para efeito de discussão. O que não se admite, ante o princípio da eficiência, é sua patente inércia, conforme está retratado nos autos, sob o argumento de discricionariedade e de entraves meramente burocráticos.

Indefiro o pedido de antecipação de tutela recursal.⁴⁶¹

5.2 ANÁLISE

Os autos processuais materializam a ação civil pública proposta nos termos da Lei 7.347/85, a qual determina no art. 19 a aplicação subsidiária do processo civil naquilo que não contrariar as disposições da referida lei.

A ação almeja o controle judicial das ações dos órgãos de poder realizadas pela União, Fundação Nacional de Saúde e Município de Manicoré, relacionadas ao direito à saúde indígena.

Alega o Ministério Público que a suspensão de repasses pela FUNASA à Associação Saúde sem Fronteiras, conveniada para a realização de ações de saúde

⁴⁶¹ TRF1. AI n.2008.01.00.047215-4/AM. Rel. Des. João Moreira. J. em 03/11/2008, DJe 11/11/2008, p. 464.

indígena nas Casas de Saúde Indígena e no Distrito Sanitário Especial Indígena Manaus, está a causar danos à saúde indígena em virtude da demora da FUNASA em assegurar a continuidade dos serviços.

Ato contínuo, o Ministério Público alega que a Casa de Saúde Indígena de Manaus apresenta estrutura inadequada e superlotação e que o Distrito Sanitário Especial Indígena Manaus não atende à composição mínima das equipes multidisciplinares estabelecidas na lei, apresentando falta de postos de saúde, de unidades de apoio aos Agentes Indígenas de Saúde (AIS) e aos Agentes Indígenas de Saneamento (Aisan), com Polos-base apresentando estruturas precárias, existindo insuficiência de meios de transporte e deficiência nas estruturas de comunicação.

A ação formula pedido de antecipação dos efeitos da tutela almejando que o judiciário condene as Requeridas a realizar série de medidas com o objetivo de tutelar o direito à saúde indígena.

Quanto a isso, o judiciário exarou decisão interlocutória “em homenagem ao princípio do contraditório e da ampla defesa”, “reservando-se” em apreciar os pedidos de antecipação dos efeitos da tutela para após a manifestação, no prazo de setenta e duas horas da “intimação”, da Funasa e da União acerca do provimento de urgência.

O fundamento constitucional para essa decisão está no art. 5º, LV da CRFB, que assegura o contraditório aos litigantes em processo judicial.

A constituição brasileira é documento normativo construído por ideologias conflitantes, o que ocasionou a existência de normas também aparentemente conflitantes no texto da constituição originária.

A tarefa do intérprete constitucional em decorrência dessa Constituição eclética é respeitar a unidade do sistema de normas, interpretando-as de forma sistemática, sem estabelecer hierarquia material e formal entre as normas originárias.

No primeiro momento decisório, o judiciário deparou-se com o choque entre dois blocos de direitos fundamentais: de um lado, direitos na dimensão social relacionados à saúde e à vida, de outro, não menos importantes, direitos liberais relacionados à propriedade e à liberdade.

No primeiro bloco relacionado a direitos sociais, o MPF alega que o descaso da Funasa, da União e de Manicoré está comprometendo o direito à saúde dos índios distribuídos em cinquenta e seis aldeias indígenas.

No segundo bloco, ainda em abstrato, está o direito dos Requeridos na ação de somente terem o patrimônio executado pelo Estado ou serem obrigados a fazer/não fazer algo após o esgotamento do processo devido.

Curiosamente, a arma utilizada pelos dois blocos é a mesma: a garantia de acesso à justiça. Os que almejam a defesa do direito social em concreto, afirmam que somente por intermédio do provimento imediato poder-se-á evitar os danos ocasionados pela natural demora do procedimento no judiciário; enquanto isso, em abstrato, o direito de propriedade e liberdade dos réus somente pode ser garantido se lhes for assegurado o acesso à justiça realizada com processo devido.

Nesse embate o judiciário “acautela-se” dizendo que a questão somente pode ser resolvida após conseguir maior cooperação das partes para a produção da norma provisória; para tanto, determina que os Requeridos integrem o processo para que respondam às afirmações do MPF.

Engana-se quem pensa que a decisão acautelatória é uma “não decisão” advinda do silêncio. A decisão que “acautela-se” é decisão de natureza cautelar positiva em favor dos direitos da outra parte que se beneficiou com a cautela.

A diferença entre a antecipação dos efeitos da tutela e o provimento cautelar é que, na primeira, entrega-se o bem da vida quisto para o postulante, antes de ocorrer a cognição exauriente; na segunda, simplesmente coloca-o em redoma de vidro, permitindo que, em momento posterior, ele exista para, se for o caso, executá-lo em favor de uma das partes.

O judiciário, ao dizer que se acautela para apreciar o pedido depois da manifestação dos réus, diz que os pedidos de antecipação dos efeitos da tutela não são tão urgentes a ponto de sacrificar a garantia dos réus de terem executados o patrimônio ou a liberdade sem o devido processo legal, dimensão do princípio do acesso à justiça.

Decide o judiciário que é necessário, no mínimo, que se conceda a garantia do contraditório, corolário do macroprincípio do processo devido, para que possa apreciar a questão com maior cuidado, “acautelando-se” o judiciário “cautela” o direito de acesso à justiça dos réus.

A União manifesta-se no sentido de não existir os requisitos de fumaça do bom direito e de perigo na demora, ademais afirma que a concessão do provimento, nesta fase, importará na irreversibilidade da medida, caso a decisão seja desfavorável ao Autor.

Porém, é quanto à Funasa que se instaura a controvérsia importante a esta pesquisa, pois, além de alegar a inexistência dos requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela, alega a autarquia acerca da “impossibilidade jurídica da interferência do poder judiciário”⁴⁶².

Esse questionamento realizado pela Funasa gera bastante inquietação, pois se trata de questão preliminar relacionada à competência do judiciário para analisar o mérito do processo.

Caso seja entendido que o judiciário não possui competência para enfrentar a matéria, por estar a violar a separação dos poderes, ele não poderá avaliar se a saúde indígena está ou não sendo tutelada pelo Estado-administração com eficiência.

É de se destacar que a alegação de ausência de competência do judiciário fundamenta-se na alegação de que se está a tratar sobre políticas, atos baseados na conveniência e oportunidade alheios à esfera vinculante dos comandos normativos.

Sob tal aspecto, caso concluído que se está a atuar sobre questões de política, então tal tema na perspectiva posta de “não incidência normativa” acaba por ser alheio à ciência jurídica, pondo as questões relacionadas à saúde nos autos processuais pesquisados, tema de outras ciências, como por exemplo, a ciência social, a política ou a administrativa.

Eis o porquê de a questão preliminar sobre se o judiciário pode ou não seguir na análise do mérito do processo (causa de pedir e pedido) ser a nível científico essencial, vez que se concluído que o judiciário não o pode, então, para a ciência jurídica, a pesquisa estará terminada.

Por outro lado, caso concluído que o judiciário possui competência para analisar a questão, então um leque de temas de pesquisa é aberto. A título de exemplo, no âmbito jurídico-fiscal se existe legalidade nos repasses a instituições particulares para a execução de serviços relacionados à atividade fim da

⁴⁶² TRF1. 4ª Vara. ACP 2008.32.00.002517-5, p. 939.

administração, no âmbito dos direitos fundamentais se o direito à saúde da minoria indígena está sendo tutelado e no âmbito administrativo qual o nível de responsabilidade da União na questão.

Aborda-se o problema de se o judiciário pode ou não adentrar no mérito do processo sem violar a “separação dos poderes” sob a ótica do direito fundamental, ou melhor, sob a ótica da garantia fundamental ao acesso à justiça.

A Funasa tece questionamentos semelhantes ao de Sunstein, lecionando que incumbe ao órgão executivo aplicar as verbas disponíveis, segundo critérios próprios de conveniência e oportunidade, não podendo o judiciário adentrar no juízo de discricionariedade do administrador, notadamente por demandar escolhas de alocação de recursos financeiros finitos.

A nível procedimental, constata-se que o judiciário apresenta aptidão para se demonstrar sensível às reformas sociais e escutar os interessados do conflito, estando o contraditório presente em diversas normas do procedimento processual civil, como, por exemplo, no art. 297 ou 461, §3º todos do CPC, por intermédio de audiências públicas ou pela escuta de amigos da corte, a estar satisfeito o pressuposto de legitimidade do órgão julgador por garantir o acesso dos interessados ao debate público⁴⁶³.

Durante todo o procedimento analisado, nenhuma decisão foi tomada sem que fosse concedido às partes o direito de se manifestar, mesmo no caso da urgência demonstrada na petição inicial do MPF, posteriormente confirmada na decisão interlocutória “II” acerca da antecipação dos efeitos da tutela, o judiciário acatou-se preferindo escutar a outra parte antes de decidir.

No que concerne à limitação na distribuição de bens entre os membros da sociedade, explica-se que o judiciário não estará a exercer atividade política, mas tão somente a aplicar preceito previamente estabelecido nas normas constitucionais, estas sim, elaboradas conforme as forças políticas do momento em respeito a direitos reconhecidos como fundamentais, razão pela qual não é o judiciário quem distribui os bens, ele apenas executa a distribuição nos termos da regra ou princípio normativo.

O controle da arbitrariedade deflui, sobretudo, do discurso posto nos fundamentos da decisão, o qual é requisito essencial da sentença nos termos do

⁴⁶³ DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2005, p. 145.

art. 458 do CPC. O controle desses fundamentos, quando questionados, dá-se por intermédio da sistemática do recurso presente no Título X do Código de Processo Civil, e as particularidades são adaptadas nos termos do formalismo-valorativo, ensinado por Oliveira⁴⁶⁴ para auferir a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

O caso em tela leva ao judiciário questões de direitos fundamentais a serem devidamente valorados conforme as provas dos autos, apresentadas nos termos do Capítulo VI do Título VIII do Código de Processo Civil, que, quando postas em contraditório, servem como instrumento apto à fundamentação judicial.

Tudo isso demonstra que o Processo Civil possui aptidão instrumental para auferir o controle judicial das ações dos órgãos de poder, notadamente no que concerne ao controle judicial do direito à saúde posto nos autos processuais n. 2008.32.00.002517-5, que tramita na 4ª Vara Federal da seção judiciária do Amazonas do Tribunal Federal da 1ª Região, razão pela qual parte-se para análise mais apurada.

Estudou-se que o neoconstitucionalismo é marco temporal que representa a teoria pós-positivista a nível constitucional qualificada pela função prospectiva.

No constitucionalismo brasileiro, o marco temporal neoconstitucionalista dá-se com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, que insere um catálogo de direitos fundamentais, muitas vezes contraditórios, fruto de ideologias divergentes, estabelecidos pela predominância de princípios normativos, aplicando a ideologia pós-positivista a nível constitucional. A peculiaridade que distingue o neoconstitucionalismo do pós-positivismo a nível constitucional puro – o que somente insere a ponderação de valores - é o dirigismo qualificado com fins prospectivos.

O constitucionalismo clássico já havia inserido a nível constitucional catálogos de direitos fundamental, as Revoluções Liberais, por exemplo, foram responsáveis pela elevação do *status* constitucional do direito à propriedade.

A constitucionalização desses “novos direitos” impôs ao constitucionalismo, enquanto técnica de limitação do estado, que este garantisse a implementação daqueles, seja se omitindo em agir, seja sendo obrigado a agir.

A evolução da técnica do controle dos atos pela responsabilização do Estado não necessariamente caminhou junto com o reconhecimento da existência de

⁴⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

“gerações de direitos”, criada por Vasak, até porque, quanto a isso, se acompanha o posicionamento de Trindade de que a sucessão geracional inexistente:

Em primeiro lugar, essa tese das gerações de direitos não tem nenhum fundamento jurídico, nem na realidade. Essa teoria é fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade. Eu conversei com Karel Vasak e perguntei: “Por que você formulou essa tese em 1979?”. Ele respondeu: “Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da –bandeira francesa” – ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muito a sério, mas, como tudo que é palavra “chavão”, pegou. Aí Norberto Bobbio começou a construir gerações de direitos etc.⁴⁶⁵

Esse controle de atos pela responsabilização evoluiu do “*king can do no wrong*” à teoria do risco integral, porém, esse espectro de responsabilização não necessariamente acompanhou a constitucionalização das diferentes dimensões dos direitos fundamentais.

Assim, a total irresponsabilidade do Estado não significa que se há como reconhecidos somente direitos na 1ª dimensão, enquanto a responsabilidade pela teoria do risco significa dizer que se reconhecem direitos de 2ª ou 3ª dimensão, são premissas totalmente diferentes, podendo reconhecer-se que existem direitos de 3ª dimensão, mas não atribuir qualquer responsabilidade ao Estado para garanti-los.

Eis o porquê da frase de Bobbio⁴⁶⁶ de que o problema grave do nosso tempo não é fundamentar os direitos fundamentais, mas sim protegê-los, não deve se tornar clichê pela natureza clássica do autor e repetitismo dos doutrinadores. Essa afirmativa de Bobbio tem de ser levada a sério.

De nada adianta elencar extenso catálogo de direitos fundamentais sem auferir àqueles titulares do direito instrumentos hábeis para que possam fazer valê-los. Acredita-se que o acesso a órgãos investidos de jurisdição é a principal dentre tais garantias⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional. V Conferência Nacional de Direitos Humanos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>; Acesso em 05 maio 2010.

⁴⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

⁴⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, p. 9 e ss.

Quando se diz órgãos investidos de jurisdição não se restringe ao judiciário, já que em determinados países criou-se órgãos não integrantes do judiciário com poderes jurisdicionais – insuscetibilidade de controle externo com aptidão para coisa julgada – como o Conseil D’État francês, citado por Cappelletti.

No Brasil, o tribunal arbitral criado por particulares, apesar de não integrar a estrutura do judiciário, tem poderes jurisdicionais, o mesmo podendo ser dito acerca das sanções penais aplicadas pela comunidade indígena contra seus membros nos termos do art. 57 da Lei n. 6.001/57.

O sistema de direitos estabelecidos na norma constitucional precisa ser garantido por órgão que possibilite a sanção, sobre quem quer que seja, pelo descumprimento dos ditames constitucionais.

A Constituição estabelece o órgão estatal chamado Judiciário para arcar com tal tarefa de forma típica, competindo a ele dar a última palavra acerca da validade de atos, tendo como paradigma a Constituição da República, como se infere do art. 102, I da CRFB.

Estabelecer exceções para que determinados sujeitos fiquem isentos de cumprir a norma constitucional ou que a eles lhe seja imputado algum dever, sem que lhe seja estabelecido qualquer controle, importa em enfraquecer a força normativa da constituição⁴⁶⁸, lecionando Bobbio:

Inútil dizer que o controle público do poder é ainda mais necessário numa época como a nossa, na qual aumentaram enormemente e são praticamente ilimitados os instrumentos técnicos de que dispõem os detentores do poder para conhecer capilarmente tudo o que fazem os cidadãos. [...] A velha pergunta que percorre toda a história do pensamento político – “quem custodia os custódios? – hoje pode ser repetida com essa outra fórmula: “quem controla os controladores?” se não conseguir encontrar uma resposta adequada para esta pergunta, a democracia, como advento do governo visível, está perdida. Mais que de uma promessa não cumprida, estaríamos aqui diretamente diante de uma tendência contrária às premissas: a tendência não ao máximo controle do poder por parte dos cidadãos, mas ao máximo controle dos súditos por parte do poder.⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 32 e ss.

⁴⁶⁹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 31.

Os atos do leviatã⁴⁷⁰ estatal precisam estar sob o julgo de algum instrumento limitador, e esse instrumento é a Constituição. Ocorre que, alargando o espectro de controle constitucional, aquele responsável por dar a última palavra acerca do controle, de forma conexa, tem o âmbito de ingerência alargado.

Não se tem dúvida de que o Estado e, por conseguinte, todos os órgãos que dele fazem parte, os “de poder” ou não, devem estar sujeitos ao controle constitucional, e, portanto, daquele agente responsável para o exercício desse controle.

Engana-se o leitor se pensa que este trabalho tem como principal preocupação tecer estudo acerca do controle do órgão legislativo ou executivo: quer-se é saber quem exerce controle sobre os controladores, ou seja, quem exerce o controle sobre o judiciário.

Se, de relance, veio à ponta da língua a resposta “é o povo”, tal assertiva não está totalmente errada, já que ele é único titular do poder, mas também não está totalmente certa, já que a vontade da maioria não pode servir para suplantare direitos fundamentais da minoria⁴⁷¹, sob o risco de violação à vedação do retrocesso da marcha constitucional⁴⁷².

Por outro lado, se pensaste “é a constituição”, pecas pelo fato de que esta se encontra literalmente sobre o julgo do judiciário, que é o competente para dar a última palavra acerca da extensão vertical e horizontal daquela.

A verdade é que se pugna pela criação de mútua influência, tanto do povo como da norma constitucional, sobre o judiciário. Hesse⁴⁷³ quando tratou da força normativa da Constituição não descartou o papel da população para amoldar a norma às realidades do momento vivenciada pelo povo, apenas negou que a vontade dos “fatores reais de poder” de Lassalle⁴⁷⁴ exerciam de forma suprema influência na norma constitucional sem, no entanto, ser influenciados por esta.

⁴⁷⁰ HOBBS, Thomas. *O leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>; Acesso em: 09 Abr. 2010, p. 75.

⁴⁷¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 196.

⁴⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 81.

⁴⁷³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 35.

⁴⁷⁴ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?url=http://professormota.yolasite.com/resources/O%2520QUE%2520%25C3%2589%2520UMA%2520CONSTITUICAO%2520-%2520F.%2520LASSALE.pdf>>; Acesso em: 16 Jun 2010.

Em contrapartida, isso também importa em dizer que a constituição são as vigas de metal do edifício cujas paredes serão construídas pelos diversos intérpretes constitucionais, não de forma maleável, dúctil⁴⁷⁵, pois as paredes já estão construídas, competindo aos intérpretes somente mobiliar os aposentos.

Cediço é que a ausência da atuação simultânea do povo e da norma importará em distúrbio do sistema. O ideal seria, realmente, que o judiciário somente “declarasse” a lei do parlamento, que seria o representante do povo. Mas isso não é apenas ideal, é imaginário.

Como leciona Cappelletti⁴⁷⁶, a postura ativa do judiciário é necessidade de nosso tempo, decorrente da falta de representatividade do legislativo e incapacidade de este de arcar em tempo hábil com todas as demandas surgidas com os “novos direitos”.

Até mesmo o novo leviatã personificado em pessoas jurídicas de direito privado, que estende o tentáculo para além das fronteiras estatais, influenciando a ordem econômica com potencialidade lesiva imensurável ao minúsculo, vulnerável e às vezes hipossuficiente, particular, urge pela atuação “ativa” do judiciário.

Retorna-se ao ponto de partida acerca de quem controla os controladores. Lafer⁴⁷⁷ classifica Bobbio como “iluminista pessimista” em virtude de Bobbio acreditar que as etapas para a construção do estado democrático de direito são possíveis, mas não necessárias.

Acredita-se que o controle do judiciário é possível, mas que ele ocorra não é algo necessário, que sempre acontece, sendo tais hipóteses ruptura do estado constitucional pelo próprio órgão que deveria assegurar a tessitura, reconhecendo-se que, em tais hipóteses, só haverá retorno à marcha por ações revolucionárias que neguem ao judiciário o poder de dar a última palavra acerca da constituição.

Mas, ainda assim, persiste possibilidade de controle do judiciário, controle este que advém da própria trama onde os processos judiciais são estruturados. Trama esta que estabelece que, a despeito de o judiciário ter materialmente a mesma capacidade que possui o legislativo na elaboração de normas, a produção da norma ocorre em momento diferente por intermédio de processo diferenciado.

⁴⁷⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 112.

⁴⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 43.

⁴⁷⁷ LAFER, Celso. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. XI.

O judiciário atua pós-fato. Na amostra analisada, o judiciário esteve na dependência de que o constituinte e o legislativo previamente elaborassem as normas referentes ao direito à saúde para, só então, após a incidência desta ele pudesse atuar sobre tais normas.

Na decisão interlocutória “I”, acerca da antecipação dos efeitos da tutela, o judiciário aparenta confundir o fundamento da tutela coletiva, a ser a defesa de direitos coletivos à saúde, com os fundamentos da tutela privada, a ser o interesse privado das partes na demanda.

Toda a fundamentação da decisão é feita como se o MPF estivesse exclusivamente a atuar no interesse da ASSF, requisitando que a Funasa, e subsidiariamente a União, arque com o pagamento das quantias atrasadas.

Assim, o judiciário nega o pedido de antecipação dos efeitos da tutela afirmando que não pode determinar que seja feito o repasse se a demora é unicamente imputada a ASSF; ademais, não pode adentrar no mérito do ato administrativo, pois, se assim o fizer, estará a violar a “separação dos poderes” comprometendo os fundamentos do estado democrático.

É bom frisar que a ASSF sequer é parte na amostra analisada. Configuram como sujeitos da relação processual o MPF, em nome da coletividade indígena, o Estado-juiz, para quem a demanda foi dirigida, e a Funasa, a União e Manicoré, requeridos como devedores da assistência à saúde de forma eficiente.

Nesses termos, o MPF não faz pedido em nome da ASSF – e nem poderia, por esta não ter lhe concedido poderes de representação. O MPF atua em nome da comunidade indígena, assim, ao contrário do que foi posto na fundamentação, o MPF não almeja, nem faz pedido para satisfazer os interesses privados da ASSF, como se depreende do pedido “c”:

c) a concessão de liminar inaudita altera parte, tendo em vista que não há tempo hábil para o cumprimento no disposto no art. 2º da Lei n.8437/92, para determinar à FUNASA que se manifeste conclusivamente, no prazo de 48 horas, quanto a possibilidade ou impossibilidade de efetuar os repasses previstos nos termos de convênio 2425/06 e 2426/06 e respectivos termos aditivos, celebrados com a Associação Saúde sem Fronteiras, e a efetuar-los, caso conclua pela possibilidade, no mesmo prazo, sob pena de multa pessoal diária de R\$ 10.000,00 a ser suportada pelo patrimônio do Presidente da Funasa.

Trata-se de pedidos sucessivos. Primeiro requer que a Funasa se manifesta acerca da possibilidade de efetuar os repasses (fazer), caso esta entenda que seja possível, então que o judiciário determine que ela os pague (pagar quantia).

O judiciário quebra a ordem lógica cognitiva emitindo decisão *infra petita* por não analisar a questão precedente relacionada à obrigação de fazer. Quanto a esta, é importante ressaltar que, a despeito de estar inserida em um capítulo da petição inicial destinada à antecipação dos efeitos da tutela, ela, na realidade, é pedido de produção de prova, plenamente autorizado pela disposição do art. 8 da Lei n.7347/85 (LACP).

Em situações normais, por não existir nenhuma lei determinando de forma específica o motivo e objeto de tal ato, esse relatório estaria no âmbito da competência discricionária da autarquia.

Explica-se, no entanto, que concernente ao pedido para a Funasa elaborar relatório, espertamente o MPF o fez em atenção à necessidade de produção de provas. Segundo a técnica de julgamento referente ao ônus da prova, competiria ao MPF provar as alegações de falta de estrutura do Dsei Manaus.

Sucedo que, no caso da ação civil pública, o MPF pode, nos termos art. 8º, §1º da Lei n. 7.347/85, solicitar informações que, se não atendidas, devem ser requisitadas pelo juiz a pedido do MPF.

Em tais casos não se estava a requerer de forma direta que a Funasa realizasse o ato específico relacionado à antecipação da execução do mérito da causa, aliás, como se depreende da decisão interlocutória “II”, o juízo não especificou o modo ou quem deve diretamente realizar o relatório, apenas disse que o relatório deve ser realizado por quem quer que seja, para, então, poder julgar determinado pedido.

A despeito de esta questão ter sido levantada no bojo do capítulo referente à antecipação dos efeitos da tutela, ela não é antecipatória da execução do mérito, mas apenas preparatório-cooperativa, no sentido de determinar que a parte coopere com o judiciário para permitir que ele forme melhor juízo acerca do mérito da demanda.

Destaca-se que o não cumprimento da requisição do MPF importa em crime punido com reclusão de 1 a 3 anos mais multa, nos termos do art. 10 da LACP, demonstrando a importância dada ao bem jurídico informação, protegido pelo direito fundamental de nome correlato.

A publicidade dos atos da administração é pressuposto para que a população possa exercer o controle sobre eles, e a informação é elemento para o exercício racional da manifestação na democracia.

Na amostra analisada, o pedido mostra-se plausível, já que é feito com permissivo em abstrato no sentido de que negada a informação pela ré na ação civil pública, nasce a pretensão do MPF para que possa postular em juízo requerendo a tutela do direito de informação.

Há respeito ao processo devido na dimensão material (princípio da razoabilidade) a concessão da primeira parte do pedido “c” porque não versa acerca da antecipação de tutela, mas de direito à produção de prova que é decorrente da garantia fundamental ao acesso à justiça.

Pena que quanto a isso o judiciário nada decidiu na fase analisada, tão pouco o MPF interpôs o recurso de embargos de declaração para incitar o judiciário a suprir a omissão. Ao invés, tentou devolver ao Tribunal matéria que ainda não foi analisada pelo juízo de primeiro grau, violando a ordem de competência hierárquica interna do judiciário, por intermédio da interposição de agravo de instrumento.

Poder-se-ia argumentar que a urgência permite suplantar a ordem das instâncias. Longe de apresentar argumentos absolutos, que são incompatíveis quando se está a abordar a colisão de princípios fundamentais em decorrência da variação conforme o caso concreto destes, diz-se que isso é possível quando é justificada a adaptabilidade do instrumento para a salvaguarda do direito fundamental deduzido em juízo.

Mas como se provou na decisão interlocutória “II”, acerca da antecipação dos efeitos da tutela, quando o juízo manifestou-se pela primeira vez acerca da questão sob a ótica da tutela de direitos coletivos à saúde dos indígenas, deixando as questões internas do Estado em segundo plano, foi favorável ao pleito do MPF, a ser indício de que a interposição do embargo à declaração permitira a tutela da situação em tempo menor.

O judiciário, quanto aos demais pedidos, diz que não pode adentrar no mérito do ato administrativo, composto por decisões baseadas em critérios valorativos de conveniência e oportunidade da administração.

Concorda-se com isso, pois se o judiciário adentrar no mérito do ato administrativo ele estará a atuar em questões políticas que não lhe são afeitas,

porém, afirma-se isso tendo em conta ressalvas relacionadas à vinculação dos elementos dos atos discricionários.

Nesse ponto, o judiciário apresenta argumentos prospectivos, típicos do momento neoconstitucional, afirmando que não deve determinar no caso concreto a antecipação dos efeitos da tutela para que se resguarde em abstrato, no presente e no futuro, a independência e harmonia dos “poderes”. Ainda que se discorde dos fundamentos postos pelo juízo, vê-se que se valeu da técnica de argumentação consequencialista.

Para melhor trabalharmos no que concerne aos elementos do ato administrativo, passemos para a análise da decisão interlocutória “II”, acerca da antecipação dos efeitos da tutela. Importante frisar que por intermédio desta o Estado-juiz tornou-se apto para realizar atos executórios contra os réus, não necessitando para tanto ter que esperar o julgamento transitar em julgado na última instância.

Em outras palavras, é na decisão interlocutória “II”, acerca da antecipação dos efeitos da tutela, onde os efeitos da tutela condenatória passam a ocorrer.

Parece, em princípio, ser contraditória, já que, em primeiro momento, o judiciário diz não poder adentrar no mérito do ato administrativo, para, em segundo momento, determinar que a Funasa execute série de medidas que importam em atos que em tese seriam tipicamente discricionários, como, por exemplo, a determinação para que servidor elabore relatório acerca da Casai Manaus em 90 dias.

Contudo, quanto a outros atos também de natureza discricionária, como, por exemplo, a determinação de compra de bens pela Funasa, como o pedido “o”, nesses casos, afirma que estaria por adentrar no mérito do ato administrativo o que importaria na violação da harmonia entre os poderes.

No primeiro caso viu-se que não se trata de antecipação dos efeitos da tutela, mas de produção de prova; contudo, no segundo, o judiciário enfrenta de forma direta o mérito da causa. São nessas hipóteses que o judiciário diz não poder tutelar sob pena de violar o princípio da separação dos poderes.

Infelizmente não enfrentou a questão, justificando que, em virtude de a compra de materiais ser ato discricionário, se ordenasse que a Funasa os comprasse, estaria por violar a separação dos poderes, adentrando em questões de conveniência e oportunidade do ato.

Diz-se que se vive em estado constitucional que estabelece obrigação de materialização prospectiva dos direitos fundamentais, ademais, vive-se em estado que garante tanto a tutela do ressarcimento do dano quanto a proteção para com o perigo de dano, protege-se não apenas a lesão, mas a ameaça de lesão.

A justificativa para o controle, em tal caso, não seria no plano da conveniência ou oportunidade, mas no da finalidade dos atos administrativos da Funasa, que devem ser pautados pelo interesse público, e, no caso do neoconstitucionalismo, no interesse público que garante a existência do direito tutelado também no futuro.

A determinação de compras de materiais pela Funasa não importa em adentrar no mérito de atos administrativos, mas em exercer controle sob a finalidade do órgão que é plenamente vinculada à Constituição.

No que concerne à determinação da Funasa em assumir diretamente a questão, acertou o judiciário, pois fez com que questões de “limitação interna” do poder não comprometessem a eficácia da “limitação externa”, que é no sentido de que a Administração só deve realizar o que está expressamente determinado na lei – princípio da legalidade estrita – e quando interpretado de forma ampliativa significa que a administração tem o dever de materializar o comando constitucional de promoção de direitos fundamentais.

Por fim, quando enfrenta pela primeira vez a questão sob a ótica da tutela coletiva da saúde indígena, determina que a Funasa assuma a responsabilidade de forma direta acerca do problema. Agiu acertadamente por não ter atribuído novas obrigações à Funasa, apenas ter determinado que ela cumpra com a finalidade para a qual ela foi criada.

Não se trata sequer de “criação legislativa” pelo judiciário, porque as competências da Funasa na época⁴⁷⁸ foram criadas pelo próprio legislador infraconstitucional, estando o judiciário tão somente fazendo valer o comando contido nos arts. 19-A a 19-H da lei n. 8.080/90.

Critica-se o papel da União de forma “subsidiária”. A Constituição lhe dá ônus de arcar com a tutela da saúde (art. 196 c/c art. 231 e art. 23, II, todos da CRFB), caso normas infraconstitucionais descentralizem essa função, tais normas não são suscetíveis de alterar o dever e respectiva responsabilidade nas questões de saúde.

⁴⁷⁸ O decreto n. 7.335 de 19 de outubro de 2010 transfere a competência de tutela da saúde indígena da Funasa para a Secretaria Especial de Saúde Indígena.

Note, em continuidade, que o judiciário está sempre a atuar pós-fato e nos limites da norma. Porém, para garantir que, mesmo atuando dessa forma, tal ação não seja excessiva, violando a harmonia entre os poderes. É imprescindível que se combine o fator “população” com o fator “norma constitucional”.

Acredita-se que isso somente seja possível se estruturado procedimento formal predefinido. Não se trata de formalismo rígido configurando um fim em si mesmo, mas de uma estrutura formal que serve de instrumento para a materialização de direitos fundamentais, estando a sistemática dos recursos posta em prol desse fim.

A despeito do reexame necessário previsto no art. 475 do CPC não ser recurso propriamente dito, permite que outro órgão necessariamente enfrente as questões em que a Fazenda Pública foi derrotada, desde que a condenação seja superior a 60 salários-mínimos (pondera-se em abstrato o custo benefício de tais causas, entendendo-se que esta quantia pode ser em concreto mais barata para o erário do que continuar arcando com os recursos necessários para manter o processo judicial).

Verdade que não há reexame necessário em decisões interlocutórias, como as existentes nos autos, mas isso também não inviabiliza o argumento, vez que permanece a faculdade da administração em interpor recurso de decisões.

Afirma-se que, dentro desse formalismo, seja necessário desenvolver a cooperação entre as partes, a exemplo das diversas peças processuais juntadas com inúmeros documentos aos autos, da postura conciliatória do Município de Manicoré ou, como bem decidiu o desembargador do TRF1 acerca da decisão interlocutória “II”, que caso a Funasa queria outra decisão então que aponte nos autos solução alternativa.

É importante frisar que a cooperação é consequência direta do contraditório, a estar intimamente ligada com a dimensão substancial deste, no sentido de que não basta apenas permitir que a parte se manifeste, mas que essa manifestação tenha poder real de influenciar no resultado da decisão. Ato contínuo, possibilita o direito de participação das partes na produção da norma, sendo, sob determinada perspectiva, exercício da democracia (reitera-se que o contraditório substancial pressupõe a real possibilidade de poder de influência).

O processo tem de ser adaptado ao caso concreto. Isso se dá em virtude de o direito ao qual ele serve de instrumento também necessitar ser adaptado ao caso

concreto para que seja assegurada a igualdade material do titular dele. O Estado-juiz adapta o processo para que esteja hábil a materializar direito fundamental adaptado às peculiaridades da parte.

A determinação da Funasa em elaborar relatórios acerca da estrutura do Dsei Manaus e de que a Funasa deveria no prazo de 30 dias juntar aos autos informações acerca do andamento do trabalho fazem prova dessa adaptabilidade, que, ao contrário do procedimento comum ordinário que estabelece a quem alega o ônus da prova, tendo em conta o interesse público envolvido, determina que a Funasa produza prova que é suscetível de prejudicar as suas alegações.

O que se leva em conta nesses casos, é que, quando a Funasa ou a União produzem prova contra as alegações por elas feitas, não estão prejudicando o interesse que defendem, mas antes, promovem-no, já que isso é a favor do interesse público.

A fundamentação é imprescindível enquanto manifestação do direito à informação. Deixando claras as razões pela qual o judiciário está a decidir, garante o controle por intermédio de um procedimento diferenciado pautado na lógica dos recursos.

O controle do controlador dá-se no âmbito da autolimitação, a qual é estruturada por intermédio do formalismo-cooperativo, caso a estrutura formal do processo seja totalmente arbitrária, importará na perda da única garantia de não arbítrio por parte do Estado-juiz.

Indo além, afirma-se que não basta a previsão formal da marcha procedimental do processo, é necessário que esse procedimento de produção normativa seja estruturado pelos princípios da cooperação, adaptabilidade e fundamentação, justamente para permitir a atuação conjunta da “população” com a “constituição” no controle judicial das ações dos órgãos de poder.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O neoconstitucionalismo brasileiro consubstancia-se em marco do pós-positivismo a nível constitucional marcado pelo papel invasor da Constituição, detentora de amplo rol de direitos fundamentais com caráter principiológico-normativo, qualificado pela função prospectiva.

No que concerne aos aspectos do neoconstitucionalismo brasileiro enquanto teoria do direito há a constante preocupação de transformar o que não deve ser com a pretensão de corrigir aquilo que racionalmente pode ser aperfeiçoado, para tanto, aposta nos princípios para a viabilização do sistema que analisa o direito como “poder ser”.

A teoria neoconstitucional brasileira configura marco temporal em que o positivismo jurídico reconhece a existência valorativa no âmbito interno da teoria, vivenciando o momento pós-positivista, porém, destaca-se por trazer de forma original a característica prospectiva, assegurando o direito não apenas para o presente, como faz os demais constitucionismos, mas para as futuras gerações.

O postulado da máxima efetivação dos direitos fundamentais demanda o constante diálogo público racional entre os órgãos de poder, os quais atuam tradicionalmente como freios ou vanguardamente como aceleradores, a objetivar sempre a materialização dos fundamentos do Brasil, consubstanciados pela Constituição brasileira na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.

A legitimidade do judiciário no debate da máxima efetivação dos direitos fundamentais advém da possibilidade de acesso dos interessados ao processo e da decisão fundada por critérios de racionalidade pública devidamente postos na fundamentação.

O judiciário quando atende a esses requisitos age não como criador de políticas emanadas sem a legitimação democrática, mas como apreciador de normas jurídicas postas pela própria sociedade.

O permissivo constitucional para que o judiciário possa controlar os atos dos outros órgãos de poder está no redimensionamento do princípio da separação dos poderes para um princípio da harmonia entre os órgãos de poder.

Ademais, o direito fundamental ao acesso à justiça permitirá que o judiciário controle os atos de quem quer que seja, desde que possuam natureza normativa.

A inserção de um caleidoscópio de direitos, muitas vezes aparentemente contraditórios, no texto da Constituição faz com que o âmbito de ingerência do judiciário se amplie, pois como a Constituição estabeleceu que é o judiciário quem deve dar a última palavra acerca do conteúdo nela posto, ele acaba ganhando permissivo constitucional para adentrar na discussão de normas constitucionais em qualquer tipo de conflito.

O controle jurisdicional dos atos dos órgãos de poder é possível, mas impõe-se saber que o judiciário não estará livre de controle. Este controle é exercido no âmbito da autolimitação estruturada por intermédio do formalismo processual.

Para atender aos requisitos de acesso formal e substancial dos interessados e devida fundamentação da decisão é necessário a racionalidade formal concatenada com os direitos fundamentais constitucionais, nos quais está presente o processo devido, sendo o formalismo procedimental o caminho para a segurança jurídica no controle judicial das ações dos órgãos de poder.

O formalismo estabelece o âmbito de atuação do juízo, impede arbítrios do órgão estatal e assegura o desenvolvimento da marcha processual, permitindo a solução uniforme de situações fáticas semelhantes atendendo ao direito fundamental à igualdade. Porém, a defesa do direito material como fim último do processo, impõe a mudança de perspectiva à segurança jurídica e à clássica doutrina da separação dos poderes, onde o direito seguro passa a ser o que busca a justiça nos moldes da pretensão neoconstitucional brasileira acerca do direito como “poder ser”.

A cooperação, a adaptabilidade e a fundamentação racional, desenvolvidas no formalismo procedimental, são requisitos de validade para o exercício do poder pelo órgão judiciário no diálogo de funções de poder do Estado Constitucional, indispensáveis, nos planos substancial e formal, para o exercício do controle judicial das ações dos órgãos de poder.

Constata-se em abstrato que o processo civil brasileiro possui instrumentos normativos hábeis a possibilitar que o órgão judiciário adentre no diálogo público entre os órgãos de poder estabelecido pelo Estado Constitucional. O faz por intermédio do formalismo estruturado pelos princípios da cooperação, adaptabilidade e fundamentação.

Reconhece-se que o judiciário não pode controlar o mérito dos atos administrativos discricionários, presente nos elementos motivo e objeto, contudo, vê-

se a possibilidade de o judiciário realizar o controle de validade dos elementos referentes à competência, forma e finalidade dos referidos atos.

Analisa-se em concreto a questão do desenvolvimento procedimental do controle dos órgãos de poder quando realizado em sede de tutela de urgência. Para isso vale do procedimento desenvolvido nos autos processuais n. 2008.32.00.002517-6, que tramita na 4ª Vara da Federal do Tribunal Federal da 1ª Região, seção judiciária do Amazonas.

Apura-se que, na prática, o órgão judiciário exerce o controle dos demais órgãos de poder, mas o faz dentro das balizas normativas do sistema.

Constata-se que no processo desenvolvido instaurado para tratar de questões relacionadas ao caso concreto de defesa do direito à saúde da comunidade indígena, mostraram-se presentes os princípios referentes à cooperação, à adaptabilidade e à fundamentação, desenvolvido no âmbito do formalismo procedimental.

Em decorrência disso, constata-se que o processo em análise desenvolve-se dentro da estrutura de autolimitação do órgão judiciário, sendo as decisões judiciais nele proferidas constitucionalmente válidas no que concerne ao respeito à harmonia dos órgãos de poder.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*. V.113.Cambridge: Harvard, nov.1999-jun.2000.
- AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Disponível em: < <http://books.google.com> >; Acesso em: 23 mar. 2010.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2001.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.
- ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuesta correcta en el derecho?*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.
- ARISTÓTELES. *A política*. Disponível em: < <https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.cfh.ufsc.br%2F~wfil%2Fpolitica.pdf> >; Acesso em 20 jul. 2010.
- BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press.
- BARCELOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Renovar, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BENUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2008.
- BRASIL. *Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo*. V. 1. Brasília: Departamento de Imprensa nacional, 1979.
- _____. *Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal*. Disponível em: < <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/siafi/index.asp> >; Acesso em: 18 Ago. 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7.ed.São Paulo: Saraiva, 2007.
- BÜLOW, Oscar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2. ed. Campinas: LZN, 2005.

- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- CANTOÁRIO, Diego Martinez Ferverza. *Os benefícios da Fazenda Pública em juízo e a garantia da isonomia no Processo Civil*. [S.l.]: Fiscolex, 2007. Disponível em: <http://www.fiscolex.com.br/doc_1139416_OS_BENEFICIOS_PROCESSUAIS_FAZENDA_PUBLICA_JUIZO_GARANTIA_ISONOMIA_PROCESSO_CIVIL.aspx>; Acesso em: 15 Abr. 2010.
- CAPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.
- _____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. V. II, 2.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CECATO, Maria Aurea Baroni. Direitos humanos do trabalhador: para além do paradigma da declaração de 1998 da O.I.T. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et alii (Org.) *Educação em Direitos Humanos: Fundamentos teórico-metodológicos*. [S.l.s.e.]. p. 354. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.redhbrasil.net%2Fdocumentos%2Fbiblioteca_on_line%2Feducacao_em_direitos_humanos%2F21%2520-%2520Cap%25202%2520-%2520Artigo%252013.pdf> Acesso em: 18 Out. 2010.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.I. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomia*, n.16, 2002.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. *Revista de Saúde Pública*. V. 22, n.1, São Paulo, FeV. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=pt&nrm=iso>; Acesso em 13 out. 2009
- DALLARI, Sueli Gandolfi. O papel do município do desenvolvimento de políticas de saúde. *Revista de Saúde Pública*. V. 25, n.5, São Paulo, Out. 1991. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003489101991000500013&lng=pt&nrm=iso>; Acesso em: 13 out. 2009

- DALLARI, Sueli. Direito à Saúde. [S.l.]: *Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos*. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/bib/dallari3.htm> >; Acesso em: 11 fev. 2010.
- DESTEFENNI, Marcos. *Estabilidade, congruência e flexibilidade na tutela coletiva*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.
- DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2005.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V.1. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- _____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2., 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- _____; CUNHA, Leonardo José. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 3., 5.ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- _____; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.3. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo, Landy, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Uma questão de princípios*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtine. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. [S.l.: S.n], 1998. Disponível em < <http://www.constitution.org/liberlib.htm> >; Acesso em: 21 Abr. 2010.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

HOBBS, Thomas. O leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_levia tan.pdf>; Acesso em: 09 Abr. 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?url=http://professormota.yolasite.com/resources/O%2520QUE%2520%25C3%2589%2520UMA%2520CONSTITUICAO%2520-%2520F.%2520LASSALE.pdf>>; Acesso em: 16 Jun 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12.ed. Manaus: Saraiva, 2008.

LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI. *Governo dei giudici: La magistratura tra diritto e politica*. Milão: Giangiacomo Feltrinelli, 1996.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de execução*. São Paulo: Bestbook Editora Dis, 2003.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira – Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

LIMA, George Marmelstein. *Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4666>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia*. Rio de Janeiro, Campus, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Programa Orçamentário do MPF. *Portal Transparência*. [S.l.s.e], 2011. Disponível em: <

- <http://www.transparencia.mpf.gov.br/orcamento-e-financas/programacao-orcamentaria> >; Acesso em: 21 Fev. 2011.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de Direito Processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. O juiz e a prova. *Revista de Processo*. n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.
- OLIVEIRA, Aline Lima de. *A limitação dos efeitos temporais da declaração de (in)constitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão*. Porto Alegre: Edipuc, 2008, p.25. Disponível em: < <http://books.google.com/books?id=3bomippg9A8C&lpg=PP1&hl=pt-BR&pg=PP1#v=onepage&q&f=false> >; Acesso em: 08 Abr. 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVERA NETO, Francisco José Rodrigues; COUTINHO, Jascinto; MEZZARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo (Orgs.). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. v. 2., 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.
- SANCHÍS, Luiz Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Distribuciones Fontamara, 1999.
- _____. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2000.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza editorial, 2003. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/22289415/Carl-Schmitt-Teoria-de-La-Constitucion> >; Acesso em: 17 Mai. 2010.
- SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública, convocada em 05 de março de 2009*. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma> >; Acesso em: 20 Mai. 2010.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e Fazenda Pública. *Revista de Processo*. n. 152. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TAVARES, José Antônio Giusti. *Representação Política e Governo: J.F. de Assis Brasil Dialogando com os Pósteros*. Canoas: Ulbra, 2005

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 42. ed., v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. _____. v. 2., 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional. *V Conferência Nacional de Direitos Humanos*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em:<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>; Acesso em 05 Mai. 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. v. 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.2.11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995.