

A RECEPÇÃO DA TEORIA NEOCONSTITUCIONALISTA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

Mário Sérgio Falcão Maia¹

RESUMO: A teoria constitucional contemporânea se depara com desafios decorrentes da insuficiência dos referenciais existentes em tempos liberais. Nesse novo contexto ganham destaque os princípios. Reforça-se a juridicidade de toda a constituição e essa realidade é especialmente desafiadora em países caracterizados pela existência de uma igualdade formal e uma democracia *idem*. Essa nova reflexão em torno da concretização dos avanços do Estado Democrático de Direito vem sendo intitulado por alguns de “neoconstitucionalismo”. Esse trabalho tem o objetivo de verificar se existe ou não uma recepção dos desenvolvimentos teóricos neoconstitucionalistas no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um trabalho bibliográfico e documental (jurisprudencial) que se inicia com a tentativa de conceituação do neoconstitucionalismo, atentando principalmente para as contribuições espanholas e italianas, para, em seguida, verificar a aceitação dos aportes teóricos dessa corrente pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Supremo Tribunal Federal. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: The contemporary constitutional theory faces challenges that emerge from the insufficiency of the liberal theory. In this new context principles have an important role. The juridicity of the constitution is revisited and this reality is specially a challenge to countries

¹ Mestre em Direitos Humanos pela UFPB. Professor de direito constitucional e hermenêutica jurídica da Faculdade Mater Christi. Advogado.

characterized by the existence of a formal equality and democracy. This new reflection about the contemporary rule of law it's been called "neoconstitucionalismo". This work has the objective of verifying the reception of the "neo-constitutionalists" theory on the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal). It's a bibliographical work that begins with the definition of "neoconstitucionalismo", considering the contribution from Italy and Spain. Then, it is verified the reception of this theory by the Supreme Court.

Keywords: Neoconstitucionalismo. Supremo Tribunal Federal. Democratic Rule of Law.

1 Introdução

Depois do trauma ocasionado pela Segunda Guerra Mundial verificou-se insuficiência do paradigma constitucional tradicional e a necessidade de uma nova construção teórica capaz de ir além do constitucionalismo liberal, que marca o estágio inicial do Estado de Direito e do social, já existente desde o início do século passado.

De fato, as Constituições surgidas nesse contexto vão adicionar, como fundamental, o elemento democrático, levando o conceito de democracia para além da idéia de vontade da maioria e incluindo o respeito ao direito das minorias.

Trata-se do surgimento do paradigma do Estado Democrático de Direito contemporâneo que vai ser delineado pelas Constituições surgidas na segunda metade do século passado. A partir daí, verifica-se a necessidade de se desenvolver elementos teóricos capazes de tornar realidade os avanços constitucionalmente positivados.

Nesse contexto de reflexão teórica têm destaque os desenvolvimentos alcançados a partir de uma perspectiva pós-positivista reunidos sob

o rótulo, ainda em construção, de neoconstitucionalismo.

Busca-se aqui, através de um trabalho bibliográfico e documental (jurisprudencial), verificar se existe ou não uma recepção dos desenvolvimentos teóricos neoconstitucionalistas no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Assim, considerando a importância da discussão no panorama teórico constitucional contemporâneo, inicia-se com a tentativa de conceituação do neoconstitucionalismo, atentando principalmente para as contribuições espanholas e italianas, para, em seguida, verificar a aceitação dos aportes teóricos dessa corrente pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

2 Neoconstitucionalismo: em busca de um conceito

O termo "neoconstitucionalismo" foi inicialmente utilizado por Suzanna Pozzolo em 1993 para "denominar um certo modo antijus-positivista de se aproximar o direito"².

Desde então, não faltaram tentativas de se conceituar o termo, assumindo destaque, nesse contexto, aquelas reunidas nas obras recentes organizadas por Miguel Carbonell, a saber: **Neoconstitucionalismo(s)**³, em 2003, e **Teoria del neoconstitucionalismo**⁴, em 2007.

De fato, para alguns autores o neoconstitucionalismo representa uma nova "cultura jurídica"⁵ ou, pelo menos, uma "teoria do direito"; já em outros casos se fala do neoconstitucionalismo como uma nova corrente ou novo paradigma que escapa aos rótulos tradicionais e que é capaz de superar a já esgotada dialética positivismo-jusnaturalismo⁶.

Da análise da doutrina internacional encontra-se ainda o uso do termo neoconstitucionalismo.

² 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.77.

³ CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). 2ed. Madrid: Trotta, 2005.

⁴ CARBONELL, Miguel (Org.). Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 213.

⁶ FIGUEROA apud PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 289-90.

lismo associado às transformações operadas, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, relativas à necessidade de uma nova prática e compreensão dos mesmos⁷.

Pode-se notar a força do “discurso” neoconstitucionalista também nos países da América Latina, como Brasil, a Argentina, a Colômbia e o México. No Brasil, especificamente, esse referencial teórico foi recebido e tem se desenvolvido com bastante força pela doutrina do Rio de Janeiro, principalmente a ligada a UERJ, tendo como alguns dos autores de destaque Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcelos e Daniel Sarmento. Esse último se assume expressamente como *neoconstitucionalista* e define os contornos do neoconstitucionalismo que, no seu entender, é uma teoria constitucional que aceita os princípios e a ponderação, atentando para a busca de uma racionalização possível em torno dessa última (ponderação).

Da síntese desses pensamentos e da observação dos debates teórico-constitucionais contemporâneos, pode-se dizer que estão agasalhados sob o rótulo de neoconstitucionalismo diferentes desenvolvimentos teórico-filosóficos⁸, surgidos na segunda metade do século passado, a partir e para o paradigma de Estado Democrático de Direito, sob a influência do ambiente teórico pós-positivista. Significa dizer que, com a positividade constitucional de um novo paradigma estatal (democrático) que vai além dos paradigmas liberal e social vistos anteriormente, faz-se necessário toda uma reflexão e construção teórica capaz de tornar reais as conquistas positivadas. Essa é uma realidade ainda mais evidente nos chamados países de modernidade tardia⁹, que nunca completaram de maneira satisfatória os ciclos constitucionais anteriores.

Esses desenvolvimentos teórico-filosóficos gravitam em torno do (1) reconhecimento da materialidade das Constituições contemporâneas e (2) do reconhecimento da necessidade de se

garantir, juridicamente inclusive, a efetividade dessas Constituições¹⁰. Assim, pode-se dizer que se trata de um “reforço” na idéia de supremacia constitucional e mais especificamente dos direitos fundamentais (agora entendidos como indivisíveis nas suas multidensões), já presentes desde o constitucionalismo liberal.

A partir daí pode-se dizer que a teoria-filosofia neoconstitucionalista é caracterizada também pelo (3) entendimento do direito como composto de regras e princípios, no conseqüente (4) uso da ponderação como técnica de interpretação e, finalmente, (5) na afirmação da inexistência de um mundo político totalmente imune à influência constitucional, ou seja, pode-se afirmar que não existe processo político liberto da Constituição.

3 Análise da Jurisprudência do STF

Passa-se a verificar agora como as idéias neoconstitucionalistas têm sido recepcionadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, considerando ser este o responsável máximo pela guarda da Constituição (art. 102 CF/88) e, conseqüentemente, possuir a última palavra a respeito das questões constitucionais brasileiras.

Destaca-se que aqui se considera o neoconstitucionalismo como conceituado e caracterizado acima na busca de elementos que permitam afirmar-se a utilização, mesmo que não expressamente reconhecida, dos desenvolvimentos teórico-filosóficos dessa nova teoria constitucional por parte do Supremo Tribunal Federal brasileiro¹¹. Mais especificamente, foram escolhidos dois tópicos a serem utilizados como parâmetro para a realização dessa análise: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito ao papel a ser desempenhado pelo Judiciário na concretização dos direitos so-

⁷ LOPERO Apud MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008, p. 21.

⁸ Sobre a fragilidade da fronteira entre a filosofia e a teoria do direito em época pós-positivista ver: RABENHORST, Eduardo. Filosofia ou teoria do direito? *Problemata*, João Pessoa, v. 2, n. 1, p. 77-94, 1998.

⁹ Ver STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 133-145.

¹⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Míguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 213.

¹¹ Pesquisa de jurisprudência encerrada em outubro de 2008.

ciais, e a recepção da ponderação como técnica de interpretação utilizada pela Suprema Corte. Ou seja, visualizam-se de maneira mais clara as características 5 e 4 – respectivamente – apontadas acima.

Como visto, diz-se que sob o paradigma neoconstitucionalista não existe fronteira rígida entre o campo jurídico e o político. Como consequência, o Judiciário, muitas vezes, atua em uma esfera antes considerada exclusivamente política.

Certamente essa atuação dá-se com maior ênfase quando existem claros obstáculos no caminho da garantia de efetividade dos direitos fundamentais, principalmente dos sociais, muitas vezes positivados através das chamadas normas programáticas – não é à toa que, no passado, esses direitos foram considerados apenas programas políticos.

Assim, a eficácia das normas instituídas de direitos sociais ficava indefinidamente postergada, sempre condicionada à atuação do Legislativo e do Executivo, que, no Brasil, têm se mostrado omissos – parcialmente, pelo menos – por um tempo mais que razoável, considerando que os direitos sociais possuem *status* constitucional desde 1934. Além disso, deve-se lembrar que toda a idéia neoconstitucionalista baseia-se na supremacia dos direitos fundamentais (inclusive sociais) e na consequente garantia desses direitos, principalmente, pelos Tribunais Constitucionais ou semelhantes, como é o caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF).

No que diz respeito ao segundo tópico aqui usado como parâmetro para a verificação da jurisprudência, deve-se afirmar que a ponderação é técnica de interpretação diretamente ligada ao neoconstitucionalismo e consiste no pilar fundamental para que, diante da complexidade e do caso concreto, se possa decidir com pretensão de correção.

Nessa perspectiva neoconstitucionalista, a ponderação representa a superação da hermenêutica do positivismo jurídico – esta última lastreada na idéia de subsunção, traduzida na regra do tudo ou nada exclusivamente em voga outrora. Portanto, a ponderação permite que se

vá além das tradicionais técnicas de interpretação do direito, já conhecidas desde Savigny, a partir do seu fundamento historicista.

3.1 O papel do Judiciário na concretização dos Direitos Sociais¹²

O primeiro caso judicial a ser analisado chegou ao Supremo Tribunal Federal através do controle de constitucionalidade difuso-concreto, utilizando-se do recurso extraordinário 271.286, no ano de 2000. Nesse caso, o STF manteve a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que reconheceu o papel do município – solidariamente com o Estado do Rio Grande do Sul – o dever de fornecer obrigatoriamente os medicamentos necessários ao tratamento da Aids, caso os pacientes não tivessem recursos financeiros e fossem soropositivos. Sobre o papel do Judiciário na efetivação dos direitos sociais, mesmo em se tratando de direito positivado por norma programática, lê-se o seguinte:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

¹² Para um trabalho de seleção e análise de jurisprudência – com outros fins – ver:

[...]

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 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.

[...]

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (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.

Ainda sobre o papel do Judiciário na concretização dos direitos sociais fundamentais, no agravo de instrumento 468.961-3, julgado pelo STF em 2004, o ativismo do Judiciário na defesa e concretização de direitos fundamentais – quando houver relevante motivo – foi expressamente ressaltado, veja-se:

Cumpra assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito a saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por

qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Em outra ocasião – ADI/ 2.010-2 –, o Supremo Tribunal Federal afirma que:

O Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do poder constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.

Também é possível verificar a mudança gradual de postura do Supremo Tribunal, no que diz respeito a uma atuação mais incisiva – ou menos contida – na garantia de direitos fundamentais sociais, quando se verifica a jurisprudência formada em torno da questão da inconstitucionalidade (parcial) do valor estabelecido para o salário mínimo.

A Constituição Federal brasileira no seu Art. 7, IV, determina a existência de um salário mínimo, “fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo”.

No ano de 1996, foi proposta, perante o Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (1.439-1), que teve como fundamento o fato de o reajuste do salário mínimo, promovido através de medida provisória 1.415/96, ter sido realizado com base em índice de reajuste inferior ao da inflação do período

compreendido entre a anterior fixação do valor do salário mínimo e a que se questionava através da ação direta.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal, fundamentado no Art. 103 § 2º da Constituição, que afirma: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias [...]”, decide não conhecer da referida ação, declarando que seu objetivo era a exclusão da norma impugnada do ordenamento jurídico e não o pedido, para que fosse cientificado o poder competente, nos termos do artigo citado. Além disso, e considerando tratar-se de uma omissão parcial, o STF não permitiu – demonstrando um excesso de formalismo – a conversão da Ação direta de inconstitucionalidade em Ação direta por omissão.

Com isso pode-se visualizar uma atuação do Tribunal Federal atrelada ainda ao excesso de formalismo e à visão tradicional do princípio da separação dos poderes, característico de épocas de forte ideologia liberal.

Apenas três semanas depois, busca-se atacar a mesma inconstitucionalidade também por meio de ação direta de inconstitucionalidade (1.458-7). Agora, o pedido foi no sentido de que, em caráter liminar, fosse declarada a inconstitucionalidade por omissão do Presidente da República e do Congresso Nacional.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal posiciona-se de maneira mais comprometida com a realização constitucional, tratando de maneira expressa da inconstitucionalidade por omissão e do decorrente descumprimento da Constituição brasileira por parte do legislador, ao estabelecer valor do salário mínimo insuficiente para realizar todas as atividades constitucionalmente elencadas. No processo – relatado pelo Min. Celso de Mello –, o Supremo Tribunal vai dizer que:

A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que

parcial, da Constituição da república, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido de maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impedem, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem o comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do poder Judiciário [...].

Percebe-se – em especial no último trecho – que o STF faz referência a uma interpretação mais flexível do princípio da separação dos poderes, adequada a tempos de Constituição social.

Assim, destaca o papel ativo do Supremo Tribunal sempre que houver omissão do Poder Público que justifique esse tipo de atuação, ou seja, destaca a necessidade de uma atuação mais progressista por parte do Supremo Tribunal Federal, quando estiver em jogo a concretização de direitos fundamentais.

Portanto, tem-se que essa atuação do judiciário pode ser solicitada caso esteja-se diante de um obstáculo decorrente de uma ação estatal (em uma justiciabilidade característica

do Estado de Direito liberal) ou de uma omissão estatal (em uma justiciabilidade de direitos que irá caracterizar o Estado Social e Democrático de Direito atual).

Nesse caso, porém, a partir da análise da decisão (por unanimidade de votos), no que é relativo a pedido acautelar, pode-se dizer que essa atuação mais incisiva por parte do Judiciário, no que tange à garantia de efetividade das promessas constitucionais, esteve longe de explorar todo o potencial dos desenvolvimentos teóricos do neoconstitucionalismo. Veja-se:

A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do Estado da inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional.

Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, Art. 103, §2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade de órgão legislativo inadimplente.

Até então, e apesar dos avanços, é evidente a existência de certa timidez por parte do Supremo Tribunal Federal brasileiro no que diz respeito à exploração dos potenciais teóricos já desenvolvidos desde meados do século passado.

Essa timidez fica clara na ineficácia prática da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, tendo, depois da decisão referida, o STF, várias vezes – ADIs 1.830-7, 1.996-1 e 2.162-1 –, negado a possibilidade de uma atuação mais profunda do Tribunal quando a demanda lhe chegasse através de Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação ou omissão. Ou seja, a decisão consolida o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que cabe a essa Corte apenas dar ciência ao órgão competente

para que este adote as medidas necessárias para que a inconstitucionalidade por omissão deixe de existir.

Considerando essa situação, tem grande importância a discussão travada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando se debatia sobre a questão de admissibilidade da ADPF 4, no ano de 2000.

Aí também estavam em questão aspectos da inconstitucionalidade por omissão referente ao valor (inadequado) do salário mínimo. Em decisão apertada (6 votos a favor e 5 contra), ocorrida apenas no dia 17 de abril de 2002, foi decidido em favor da legitimidade de se tratar a questão a partir da interposição do recém-regulamentado (1999) instrumento jurídico (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Essa decisão, ainda que não avaliativa da questão de mérito¹³, mostra mais uma vez que, apesar de ser a passos curtos, o STF está disposto a indicar que caminha em direção definida. Nesse caso, partindo das novas possibilidades positivadas pelo legislador ordinário quando da regulamentação da ADPF, foi possível ultrapassar a jurisprudência da Suprema Corte brasileira e aceitar o retorno da discussão da questão, agora fundada em pedido, para que fixe as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

Ainda indicativa da disposição do Supremo Tribunal Federal de atuar de maneira mais incisiva – ainda que até aqui não se tenha explorado todo o desenvolvimento teórico existente – na concretização dos direitos fundamentais sociais, está a decisão monocrática (Min. Celso de Mello) proferida no processo da ADPF 45, distribuída no dia 15 de outubro de 2003.

A decisão, proferida no dia 29 de abril de 2004, trata de questão importante, uma vez que se refere à concretização de direitos fundamentais sociais, também conhecidos pela sua característica de direitos prestacionais, portanto, estreitamente ligados a questões orçamentárias. Tratava-se da garantia de efetividade de dispositivo constitucional que estabelece percentual

¹³ No dia 08 fev. 2006, a ação foi julgada prejudicada sem que houvesse sido tratado o mérito da questão. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/porta/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 18 jul. 2008.

mínimo de gastos orçamentários relativos aos serviços públicos da saúde, tendo o alegado descumprimento a preceito fundamental decorrido de veto presidencial em projeto de lei orçamentária (LDO).

Mais uma vez, as possibilidades abertas com a regulamentação do novo instrumento de cobrança (ADPF) foram utilizadas no sentido de modificar jurisprudência já firmada no STF, que não aceitava a discussão no âmbito do controle de constitucionalidade abstrato das chamadas leis de efeitos concretos – caso das leis orçamentárias –, tendo reconhecido a idoneidade da argüição de descumprimento para atuar como instrumento jurídico-processual apto a efetuar a cobrança pela concretização dos direitos sociais, através da viabilização de políticas públicas.

Porém, novamente, a questão não foi analisada no seu mérito¹⁴. Ainda assim, pela importância dos temas tratados e da objetividade e clareza do posicionamento do Supremo Tribunal Federal (através da decisão monocrática do relator), tem sido essa decisão citada em diversos estudos no âmbito da doutrina nacional¹⁵.

Com efeito, essa decisão aponta para uma real mudança de paradigma no direito constitucional brasileiro, em concordância com os desenvolvimentos teóricos neoconstitucionalistas, que reforçam o caráter também político da jurisdição constitucional.

Pela relevância da decisão, Sarlet (2007, p. 97) vai inclusive compará-la ao famoso caso *Marbury v. Madison*, americano, de acordo com o autor, e em ambos os casos: “apesar de não ter sido julgado o mérito, restou afirmada a competência para o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos dos demais poderes públicos”. Pelo exposto, devem-se transcrever alguns trechos da referida decisão:

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar

de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

[...] 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.

[...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

¹⁴ No dia 29 abr. 2004, foi julgada prejudicada a ação em virtude da perda superveniente de seu objeto. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/porta1/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 18 jul. 2008.

¹⁵ Por exemplo: Barroso (2008, p. 301-302), Esteves (2007, p. 123-125), Piovesan (2008, p. 128-146).

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico - a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

3.1.1 A evolução da jurisprudência a respeito do mandado de injunção

O mandado de injunção foi um dos instrumentos postos pela Constituição brasileira com o objetivo de garantir a sua realização, mediante o combate da omissão estatal que tanto fragiliza as constituições sociais e dirigentes. A Constituição afirma: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (Art. 5º, LXXI).

O mandado de injunção é, portanto, importante dispositivo capaz de instrumentalizar a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais contidas no Art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988. Ironicamente, nos momentos pós-promulgação da Constituição, houve quem afirmasse, na falta de norma infraconstitucional regulamentadora, que o mandado de injunção não teria eficácia jurídica, num posicionamento afastado pelo Supremo Tribunal Federal (MI 107).

Esse importante instrumento processual foi alvo de intenso debate doutrinário, principalmente no que se refere aos efeitos da decisão que conce-

de o mandado, tendo-se, inicialmente, delineado três correntes doutrinárias a esse respeito (Piovesan, 2003, p. 148).

De acordo com a primeira delas, ao conceder o mandado, o Judiciário deveria suprir a omissão, elaborando a norma regulamentadora faltante.

A segunda corrente defende que, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão, o Judiciário deve dar ciência ao órgão responsável, para que este possa adotar as providências necessárias para afastar a inconstitucionalidade.

Por fim, a terceira corrente doutrinária defende que o Judiciário torne viável, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que encontra obstáculo na omissão.

A primeira corrente foi alvo de críticas, principalmente, no que se refere, se aceita a tese, aos reflexos no direito objetivo decorrentes da atuação legislativa do Supremo Tribunal Federal. Essa corrente de pensamento, no referente à atuação legislativa em caráter geral e abstrato, não foi aceita na jurisprudência do STF, até porque a Constituição Federal já havia definido instrumento próprio para a defesa do direito objetivo abstratamente considerado (Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão).

No entanto, a equiparação do mandado de injunção à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão foi feita pelo STF, quando - aderindo à segunda corrente doutrinária - no julgamento de questão de ordem no MI 107, afirma que o mandado de injunção:

É ação que visa a obter do poder judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, a semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Artigo 103, § 2, da Carta Magna).

Em outra ocasião, reforça o seu posicionamento asseverando que:

O mandado de injunção nem autoriza o judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado [...].

Agindo dessa forma, na prática, esvaziou as possibilidades de uso do referido instrumento, ou seja, ao invés de atuar de maneira incisiva e positiva na defesa de direitos fundamentais, no caso da omissão do Legislativo, o Supremo Tribunal Federal escolheu exercitar o *self-restraint* e, ao declarar a inconstitucionalidade, apenas dar ciência ao responsável pela omissão.

Observar a evolução da jurisprudência do STF, relativa aos efeitos do mandado de injunção, equivale a observar o entendimento do Tribunal sobre qual a profundidade da sua atuação no que diz respeito ao seu papel na concretização de direitos, especialmente os sociais, mais sensíveis ao desrespeito por omissão.

É importante, pois, notar a modificação da jurisprudência nesse sentido. Assim, deve-se observar que no MI 219-3, em caso relativo ao número de deputados da bancada paulista, o STF reconhece a omissão do Congresso Nacional e lhe dá ciência da situação, para que supra a omissão em “tempo útil”.

Restava decisão ainda mais significativa no MI 232-1. Tratava-se da apreciação do pedido de entidade beneficente no sentido de efetivar o disposto no Art. 195, § 7º, da Constituição Federal, que trata da isenção de contribuição para seguridade social das entidades beneficentes de assistência social.

No caso, ao declarar o estado de mora do Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal deu prazo de seis meses para que o Congresso Nacional adotasse “as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar”. Além disso, afirmou que, caso o legislativo não atuasse dentro do referido prazo, passasse “a requerente a gozar da imunidade requerida”.

Contudo, só recentemente, o STF modifica mais claramente sua jurisprudência no sentido de explorar todo o potencial do mandado de injunção, filiando-se à tese da terceira corrente doutrinária.

Assim, no caso concreto, torna viável o exercício de direito antes impedido pela omissão inconstitucional. Essa mudança dá-se a partir do ano de 2007, tendo inicialmente o Supremo Tribunal Federal assegurado que o mandado de injunção tem natureza mandamental e não simplesmente declaratória (MI 721).

Outrossim, afirmou que “é tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os poderes” e, finalmente, importa destacar ainda na decisão o entendimento de que: “Buscase o judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental” (MI 721).

Em outro caso, no mesmo ano, quando se tratava do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis¹⁶, o Supremo Tribunal Federal, em análise relativa ao MI 712, supre a omissão legislativa para o caso concreto, propondo que seja aplicada, no que couber à Lei n. 7.783 de 1989. A mudança na jurisprudência foi, assim, claramente colocada pelo ministro Celso de Mello (Rel. no referido MI):

A jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do MI 107/DF, Rel. MIn. Moreira Alves (RTJ 133/11), fixou-se no sentido de proclamar que a finalidade, a ser alcançada pela via do mandado de injunção, resume-se à mera declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser meramente comunicada ao órgão estatal inadimplente, para que este promova a integração normativa do dispositivo constitucional invocado como fundamento do direito titularizado pelo impetrante do ‘writ’.

Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar

¹⁶ A mora do Congresso Nacional já havia sido declarada desde 1994 no MI 20. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/porta1/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 jul. 2008.

a importantíssima função político-jurídica para qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, [...]. Desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.

Portanto, mediante a observação da jurisprudência referente aos efeitos do mandado de injunção, pode-se perceber mais um indício da aceitação, por parte do Supremo Tribunal Federal brasileiro, das teses defendidas com base no paradigma neoconstitucionalista.

Como visto, a partir desse novo modelo, a justiciabilidade de direitos toma contornos diferentes daqueles do tempo de Estado liberal e passa a ter papel fundamental no combate à omissão estatal e na conseqüente garantia de efetividade dos direitos sociais.

É, nesse sentido, que se entende o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal supracitado. Neste foi, claramente, colocada a questão da superioridade da Constituição, que, por sua vez requer uma redobrada atenção à garantia de efetividade de suas normas. Resta esperar para verificar o estabelecimento dessa jurisprudência e seus desdobramentos¹⁷.

3.2 Ponderação

Neste momento importa verificar como o STF tem se utilizado da ponderação, para, mediante a análise do caso concreto, decidir as complexas questões que se apresentam ao Judiciário, em tempos de honesto reconhecimento do entrelaçamento existente entre o jurídico e o político. Assim, foram colhidas algumas, dentre as várias, decisões capazes de facilitar a visualização desse uso em sede de Supremo Tribunal Federal.

No ano de 2000, o STF, quando tratando de matéria referente ao papel do município de Porto Alegre no fornecimento de medicação aos soropositivos – RE 271.286 –, ponderou no seguinte sentido:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (Art. 5º, caput, e Art. 196.), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que por razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana [...].

Pode-se verificar também o uso da ponderação na decisão da ADI 3489, quando se tratava de pedido de declaração da inconstitucionalidade da Lei n. 12.294 do Estado de Santa Catarina, que anexou à localidade de Vila Arlete ao município de Monte Carlo.

No caso em questão, foi reconhecida a omissão do poder legislativo, por causa da não-elaboração de lei complementar prevista no texto constitucional depois da EC 15/96. Verificado o estado de exceção (decorrente do desmembramento e integração da localidade de Vila Arlete sem a existência de lei positiva regulamentando a questão), o Supremo Tribunal Federal teve de decidir se declarava inconstitucional a referida lei estadual, visto que inexistia lei complementar, ou, se, em nome da segurança jurídica, mantinha o desmembramento e a anexação da referida localidade.

Deve-se dizer que, caso se posicionasse em favor da primeira opção, o Supremo Tribunal Federal estaria agindo de acordo com o pensamento positivista clássico, considerando a necessidade da existência da lei complementar, todavia, diante do caso concreto o Tribunal, realizando um trabalho de ponderação, decide em

¹⁷Recentemente (jul. 2008), chegaram ao STF três mandados de injunção (862, 863 e 864), com o argumento de que o poder legislativo é omissivo em regulamentar a aposentadoria especial dos funcionários públicos que trabalham em condições insalubres ou de risco. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

nome do princípio da segurança jurídica, para, de maneira excepcional, manter a situação jurídica já constituída de fato. Em outras palavras, ao ponderar diante do caso concreto e reconhecendo a excepcionalidade da situação, prefere o princípio da segurança jurídica em detrimento da regra, que afirma a necessidade de lei complementar.

Ainda tratando da ponderação, vale dizer que Barcellos vai localizar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma ponderação envolvendo somente o choque entre regras, em uma lógica pouco explorada, uma vez que, na maioria dos casos, está-se diante do embate de princípios entre si ou desses contra regras.

Lembra a autora (2005, p. 213), referindo-se a um exemplo desse tipo de ponderação, que a questão enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal tratava da hipótese de que Estado da Federação não dispunha de recursos para pagar os precatórios relativos a crédito alimentar, nos termos do Art. 78 do ADCT, e cumprir, ao mesmo tempo, outras regras constitucionais, que também exigem a alocação de recursos públicos como, por exemplo, a obrigação de aplicar determinados percentuais em prestações de saúde e educação.

A situação foi posta nos seguintes modos pelo STF, quando tratando da Intervenção Federal 164, em 2003:

É evidente a obrigação constitucional quanto aos precatórios relativos a créditos alimentícios, assim como o regime de exceção de tais créditos, conforma a disciplina do art. 78 do ADCT. Mas também é inegável, tal como demonstrado, que o Estado encontra-se sujeito a um quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Nesse quadro de conflito, assegurar, de modo irrestrito e imediato, a eficácia da norma contida no art. 78 do ADCT, pode representar negativa de eficácia a outras normas constitucionais. [...].

Decidindo o caso, o STF considerou que a regra que determina o investimento em saúde e educação tem preferência àquela que impõe o pagamento de precatórios, assegurando que:

Estão claros, no caso, os precípicos constitucionais em situação de confronto. De um lado, em favor da intervenção, a proteção constitucional às decisões judiciais, e de modo indireto, a posição subjetiva dos particulares calcada no direito de precedência dos créditos de natureza alimentícia. De outro lado, a posição do Estado, no sentido de ver preservada sua prerrogativa constitucional mais elementar, qual seja a sua autonomia, e, de modo indireto, o interesse não limitado ao ente federativo, de não ver prejudicada a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais, como educação e saúde.

Assim, a par da evidente ausência de proporcionalidade da intervenção para o caso em exame, o que bastaria para afastar a medida extrema, o caráter excepcional da intervenção, somado às circunstâncias já expostas recomendam a procedência do princípio da autonomia dos estados.

Finalmente, é importante perceber que, no caso da ponderação acima abordada, está-se diante da preferência pelo interesse coletivo (continuidade da prestação de serviços públicos) em detrimento ao direito subjetivo de alguns (direito de precedência dos créditos de natureza alimentícia).

4 Palavras Finais

A partir da análise jurisprudencial realizada, pode-se afirmar que os desenvolvimentos teórico-filosóficos que caracterizam a teoria constitucional neoconstitucionalista foram parcialmente recebidos e utilizados nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Afirma-se o caráter parcial dessa recepção, pois apesar de todo o desenvolvimento teórico neoconstitucionalista que em tese fundamentaria uma atuação mais incisiva do judiciário – sempre em caráter excepcional e com base em uma realidade social específica – na concretização de direitos fundamentais o que se vê é uma atuação por vezes ainda apegada ao formalismo e a uma leitura inadequada do princípio da sepa-

ração dos poderes características de um tempo liberal e positivista.

Por outro lado, são dadas mostras claras da direção que vem seguindo o Supremo Tribunal, com uma atuação mais incisiva – mas ainda tímida – na concretização dos direitos fundamentais sociais o Tribunal parece sinalizar que o caminho a ser trilhado é o da aceitação das teses (ou pelo menos de algumas) do neoconstitucionalismo. Através desse movimento ativo, o Supremo reconhece a importância política de sua atuação e indica a necessidade de uma releitura do princípio da separação dos poderes socialmente adequada.

Trata-se, portanto, do reconhecimento da fragilidade da fronteira existente entre o político e o jurídico e, ainda, do reconhecimento da supremacia constitucional e dos direitos fundamentais que fundamentam essa atuação.

Também, o uso da ponderação como técnica de interpretação utilizada para solucionar os casos complexos que marcam a contemporaneidade, pode ser visualizado na atuação do Supremo Tribunal Federal – nesse sentido, não há dúvida que esse é também um dos marcos da construção neoconstitucionalista.

Porém, deve-se dizer que a constatação dessa recepção parcial aponta necessariamente para dois desenvolvimentos teóricos necessários: a reflexão em torno dos limites dessa atuação do judiciário e a busca de uma racionalidade possível no processo de ponderação. Essa percepção, por sua vez, é mais um indicativo da recepção do referido aporte teórico no Brasil.

Referências

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensaios escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

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.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensaios escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

RABENHORST, Eduardo. Filosofia ou teoria do direito? **Problemata**, João Pessoa, v. 2, n. 1, p. 77-94, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensaios escogidos. Madrid: Trotta, 2007.