

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JULIANA CHEVÔNICA ALVES DE LIMA

ATOS POLÍTICOS, CONTROLE E MANDADO DE SEGURANÇA

CURITIBA

2009

JULIANA CHEVÔNICA ALVES DE LIMA

ATOS POLÍTICOS, CONTROLE E MANDADO DE SEGURANÇA

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Civil e Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel no Curso de Graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

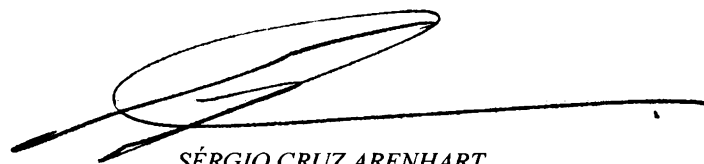
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANA CHEVONICA ALVES DE LIMA

Atos políticos, controle e mandado de segurança.

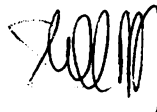
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



SÉRGIO CRUZ ARENHART
Orientador



ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA
Primeiro Membro



WILLIAM SOARES PUGLIESE
Segundo Membro

*À Manuela Tallão, que sonhou os meus sonhos
antes de eles serem meus.
A Daniel Bittencourt, por ter compartilhado comigo
do sonho, do pesadelo, do sono e da insônia.*

AGRADECIMENTOS

Sempre que li o tópico dos agradecimentos, pensava comigo que não poderia haver espaço com mostra mais entendiante. Chegada a minha vez, natural que eu mudasse de ideia e percebesse o quão importante é deixar registrado quem foram os imprescindíveis durante este trecho de vida.

Em primeiro lugar, não posso deixar de agradecer ao admirável Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart, que prontamente aceitou orientar este trabalho, com a maior dose de paciência já vista na história da UFPR, mesmo quando não havia sequer projeto, acreditando em mim totalmente às cegas. Sem Prof. Sérgio, *nada* feito.

Ainda falando de meus professores, foram de grande ajuda as dicas e os livros do Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira e do Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo – também um verdadeiro mestre na arte do incentivo. Ao Prof. Pedro Henrique Xavier pelas aulas inesquecíveis.

Agradeço também:

- Aos meus tutores da vida prática, que me ensinaram mais do que a sala de aula poderia proporcionar. Em especial, à Dra. Leila Cuéllar.

- Aos membros do glorioso e excelso Partido Democrático Universitário, pelos muitos momentos inesquecíveis, por terem dado *muito mais* sabor a esses anos de faculdade, pelos ensinamentos, e, principalmente, pela esmagadora vitória nas urnas este ano, que encerrou com chave de ouro minha passagem pela faculdade.

- À ala do livro emprestado, que chegou praticar verdadeiros malabarismos para que não me faltasse nada: Daniel Driessen Júnior, Evelin Figueredo, Maurício Corrêa de Moura Rezende, Pedro Filipe da Luz Souza, Priscila Pompermaier e Ricardo Alberto Kanayama.

- A Luiz Fernando Triviño, pela imprescindível companhia nos momentos iniciais de elaboração deste trabalho, inclusive nos piores e mais inadequados horários.

- Aos amigos que ofereceram ajuda no momento derradeiro de conclusão deste trabalho, em especial a Emanuele Nascimento de Oliveira, Karen Cristine Nadolny e Levi Davet Alves Filho.

- Aos amigos de verdade feitos na faculdade, impossíveis de serem nominados aqui, que tornaram esses anos os melhores de minha vida. Dentre todos

eles, foi de substancial ajuda neste trabalho o auxílio de André Luiz de Araújo, Daniel Bittencourt, Diego Franzoni, Dwan Garcez, Erica Schäfer, Fernando Bastos, Jéssica Rubiale, Luís Henrique Accierini, Luiz Henrique Fortes Krassuski, Marcela Godoy Cabral, Pedro Henrique Braz de Vita e Thomé Sabbag Neto. *Todos* os destaques, confetes, fogos e serpentinas para Luciano Zequinão e Ralph Nowakowski Biscouto, meus prontos salvadores e fiéis escudeiros para todo e qualquer assunto desde 2005, sempre de plantão. Obrigada, pessoal!

- A Danilo Fermino, sempre companheiro.

- A Manuela Tallão, por tudo.

E, finalmente, agradeço à minha família, que suportou heroicamente todos esses anos de indecisão.

"A violação de garantias individuais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais. A estes compete verificar se a atribuição política, invocada pelo excepcionante, abrange em seus limites a faculdade exercida."

Rui Barbosa

RESUMO

Os atos políticos, típicos da atividade governamental e que são manifestação do poder público, são de difícil caracterização e *a priori* não seriam afetos ao controle judicial. Entretanto, como não é aceito o conceito de ato político por nossa doutrina como ente ontológico, não há como se falar em total insindicabilidade de atos políticos, visto que são atos administrativos dotados de fundamento político. Assim, certos atos políticos podem e devem ser passíveis de controle judicial, de acordo com a análise do caso concreto. O escrutínio da possibilidade de controle se dá com base nos conceitos de mínimo existencial e de reserva do possível e também com a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Deve também ser observado o inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República. Decisão paradigmática no trato do assunto ocorreu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9/DF. O mandado de segurança seria uma das vias possíveis em caso de lesão a direito decorrente de ato político, caso preenchidos os requisitos constitucionais de cabimento do *writ*.

Palavras-chave: atos políticos, políticas públicas, controle judicial, mandado de segurança.

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	1
2.1 Delimitação.....	3
2.2 Discricionariedade.....	7
2.3 Atos políticos <i>versus</i> atos administrativos.....	10
3. O CONTROLE DOS ATOS POLÍTICOS.....	12
3.1 A ADPF nº 45-9/DF.....	18
3.2 Mínimo existencial.....	20
3.3 Reserva do possível.....	20
3.4 Princípios pertinentes à questão do controle.....	23
3.4.1 Princípio da razoabilidade.....	23
3.4.2 Princípio da proporcionalidade.....	24
3.5 Atuação do juiz.....	26
4. MANDADO DE SEGURANÇA.....	28
4.1 O “novo” mandado de segurança.....	29
4.2 Requisitos constitucionais específicos.....	32
4.3 Cabimento do mandado de segurança contra atos políticos.....	34
5. CONCLUSÃO.....	39
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	40
ANEXO 1 – Decisão monocrática proferida na ADPF nº 45-9/DF.....	45
ANEXO 2 – Exposição de motivos da Lei nº 12.016/2009.....	53

1. INTRODUÇÃO

Não há momento doutrinário e jurisprudencial no Brasil em que não tenham sido levantados questionamentos acerca do controle judicial do agir da Administração Pública.

Primeiramente, invocou-se a idéia da separação de poderes, que tornaria atos administrativos insindicáveis pelo Poder Judiciário.

No entanto, com o advento da Lei de Ação Popular, lei federal de nº 4.717/1965, sob o regime militar ditatorial, abriu-se a possibilidade de revisão dos atos administrativos, ainda que não fosse permitido – e até certo ponto, atualmente ainda não é – adentrar o mérito desses atos. Consequentemente, levantou-se a questão acerca dos atos políticos ou de governo, que pela maior discricionariedade, não poderiam ser revistos judicialmente.

Daí se elabora a pergunta: seriam os atos políticos uma classe à parte de atos, protegidos de todo e qualquer questionamento, blindados contra qualquer controle, ou seriam meros atos administrativos com maior margem de discricionariedade, podendo, portanto, serem revistos em caso de flagrante ilegalidade ou desvio de finalidade?

Este estudo se inicia com uma análise doutrinária dos atos políticos, de modo a determinar se estes pertencem mesmo a essa classe especial e intocável ou não passam de atos administrativos investidos de diferente roupagem.

O estudo da possibilidade de controle de atos políticos, seja por qual for a via processual eleita, deve ser levado em consideração. Nesse ínterim, mostra-se de extrema valia uma sucinta explanação sobre como o Supremo Tribunal Federal enfrenta atualmente a necessidade de interferir em decisões políticas, com destaque à decisão monocrática proferida na ADPF nº 45-9, do Distrito Federal, que trata de parte do assunto que é objeto de estudo neste trabalho, o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Também ao se tratar da questão do controle dos atos políticos, é imprescindível que se mencione o princípio da razoabilidade, conhecido limitador da discricionariedade e também o princípio da proporcionalidade, usado na verificação da constitucionalidade da restrição de direitos fundamentais.

Ainda, faz-se mister adentrar brevemente o tema da reserva do possível, sempre invocado nas defesas apresentadas pelo Poder Público e muitas vezes usado como simples meio para o não-cumprimento de certas atribuições que lhe são

confiadas. Nesse contexto, do cumprimento das funções atribuídas ao Poder Público, ganha destaque a categoria da reserva do possível, que tem relação evidente com o “mínimo existencial”.

Após, analisar-se-á a possibilidade de se impetrar mandado de segurança contra atos políticos e se este é meio adequado para o efetivo e eficaz controle de atos políticos que violam direitos.

O questionamento principal que norteou o presente trabalho e que se faz é até onde o Poder Judiciário pode interferir, caso isso seja possível, nas decisões políticas tomadas pelo governo e até que ponto pode o juiz, em seu ativismo, modificar as decisões tomadas pelo Poder Público.

Ressalte-se, no entanto, que não é intuito deste trabalho esgotar o tema, dada a profundidade que pode alcançar o assunto, mas apenas trazer à tona algumas questões pertinentes ao trato da questão.

2. PRESSUPOSTO TEÓRICO: COMPREENSÃO DOS ATOS POLÍTICOS

2.1 Delimitação¹

A simples menção da palavra Estado evoca, geralmente, a lembrança da existência de três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. Se ainda for o interlocutor um iniciado no esotérico mundo das ciências humanas, em especial no das ciências jurídicas, inevitável que não se recorde das três funções do Estado: **(a)** a função administrativa; **(b)** a função legislativa e **(c)** a função jurisdicional².

Essas funções, ainda que localizadas em diferentes planos, têm como objetivo fins diversos, desenvolvidos pelo poder político. A política “circunscreve-se às opções que envolvam interesses essenciais do Estado-coletividade”³. Também pode ser descrita como “forma de atuação do homem público quando visa a conduzir a Administração e a realizar o bem comum” e é regida, ao menos em tese, por “princípios éticos comuns e solicitações do bem coletivo”⁴. Fixadas essas premissas, tem-se que o tratamento dado aos atos políticos se inicia, particularmente, da função política.

Adverta-se, porém, que os atos políticos nunca tiveram o mesmo tratamento doutrinário reservado aos atos administrativos, sempre objeto de variadas análises. O que se tem é forte estudo a respeito de sua natureza e caracterização e controvérsia sobre sua conceituação e até sobre a delimitação de seu conteúdo de maneira acurada. Os autores, em sua maioria, destacam a origem dos atos políticos, as teorias nas quais se baseiam e quais as características que possuem, sem, no entanto, arriscar um conceito preciso. Hely Lopes MEIRELLES enfatiza a ausência

¹ Antes de maior análise, cumpre ressaltar que as denominações correntes, atos políticos e atos de governo, não serão objeto de crítica em razão da inadequação de ambos os termos, como prega Régis Fernandes de Oliveira, com base em Manuel Maria Díez e Rios Elizondo. Consideramos que o uso pela doutrina justifica a manutenção da terminologia assim como é usada e que a nomenclatura pouco ou nenhuma influência tem nos rumos a serem tomados neste trabalho (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo**, p. 78).

² Ainda que existam autores como Giovanni Bognetti, para quem as funções estatais seriam cinco (poder governante, legislativo, administração pública, judiciário e corte constitucional), optamos por seguir a clássica divisão, por ser a opção da maioria dos autores consultados (PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**, p. 102-104).

³ Marcelo Rebelo de Sousa, citado por TAMER, Sérgio Victor. **Atos políticos e direitos sociais nas democracias**: Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. p. 14.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 34.

de “definição coincidente e satisfatória”⁵, embora arrisque um definição ao afirmar que:

Atos políticos são os que, praticados por agente do Governo, no uso de competência constitucional, se fundam [(sic)] na ampla liberdade de apreciação da conveniência ou oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos pré-estabelecidos. (...) São atos de condução dos negócios públicos, e não simplesmente da execução de serviços públicos.⁶ (grifos no original)

Tais atos, portanto, não seriam propriamente administrativos, mas atos de governo, que permitiriam a condução das políticas, das estratégias e das diretrizes de governo. Em razão de os seus fundamentos se encontrarem na Constituição, não haveria parâmetros prévios de controle, já que seriam sempre constitucionais.

Segundo José dos Santos CARVALHO FILHO, a inexistência de quaisquer padrões predeterminados para limitá-los dotaria o administrador de maior discricionariedade, “facultando-lhes a todo tempo um leque aberto de possibilidades de ação, sendo todas legítimas”⁷. Os motivos do ato diriam respeito, então, somente à autoridade competente que os praticou.

Pensando-se dessa forma, ter-se-ia como consequência a impossibilidade de controle desses atos pelo Poder Judiciário, uma vez que estes estariam amparados na Constituição e não competiria controle sobre as razões governamentais que levaram à edição de atos políticos. A razão seria simples: havendo mais de uma alternativa lícita e válida de atuação, não caberia ao Poder Judiciário substituir a escolha previamente feita pelo agente governamental em favor de sua própria escolha.

Dentre as poucas definições encontradas na doutrina, destaca-se a de José CRETELLA JÚNIOR, para a qual ato político seria

toda manifestação de vontade do poder público que, por sua condição toda especial, escapa à revisão do Poder Judiciário, constituindo esse tipo de ação não uma exceção ao princípio da legalidade, mas à competência do juiz, o qual não tem possibilidade de fiscalizá-lo, se a isso for provocado.⁸

Acrescenta, no entanto, que há limites no tocante à discricionariedade desses atos, tais como as prerrogativas individuais, as liberdades públicas e os direitos subjetivos públicos. Ainda que afirme que não há possibilidade de

⁵ MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 614.

⁶ MEIRELLES, H. L. *Idem*, p. 613.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, p. 969.

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**, p. 117.

fiscalização por parte do juiz, como é possível observar no trecho transcrito acima, nota-se que a lista de limitações que elenca pode ser extensa.

Régis Fernandes de OLIVEIRA, por sua vez, os define como “atos expedidos pelo Presidente da República, por competência expressa fixada em texto constitucional e em execução deste, independentemente de deliberação legislativa”⁹. Note-se que este autor considera políticos somente os atos praticados pelo Presidente da República ou mediante expressa delegação¹⁰.

Discorda-se deste autor no tocante à delimitação dos atos políticos. Não consideramos políticos *somente* os atos praticados pelo Presidente da República, mas estendemos tais atos aos chefes do Executivo nos Estados, Municípios, Distrito Federal e também aos dirigentes da administração pública indireta, além de agentes dos poderes Legislativo e Judiciário, que também realizam atos de cunho eminentemente político, acompanhando a visão de José CRETELLA JÚNIOR e de Hely Lopes MEIRELLES, para quem o ato político pode ser “praticado discricionariamente por qualquer dos agentes que compõem os Poderes do Estado”¹¹.

SEABRA FAGUNDES, por sua vez, informa que questões políticas advêm de atos administrativos cujo sentido é exclusivamente político. Para chegar a um conceito, diferencia os atos em três gradações: **(a)** ato administrativo como *gênero*; **(b)** ato político como *espécie*, cujo ponto de distinção em relação aos atos não-políticos se dá em razão da finalidade política; **(c)** ato *exclusivamente* político como subespécie¹². Ainda, afirma que a conceituação é bastante elástica, ressaltando a dificuldade de uma definição precisa. Termina por definir que

A determinação do ato estritamente político se nos afigura mais simples e fácil. Sim, porque aqui, além da *finalidade*, há também, como elemento distintivo, o *conteúdo*, isto é, o limite da sua repercussão jurídica. Para que o ato seja político, há de conter medida de fins unicamente políticos (finalidade) e, ao mesmo tempo, há de circunscrever-se ao âmbito interno do mecanismo estatal, e se o exceder, não deve alcançar direitos individuais explicitamente reconhecidos, mas apenas interesses (conteúdo)¹³ (...)

⁹ OLIVEIRA, R. F. de. Obra citada, p. 165.

¹⁰ Para Régis Fernandes de Oliveira, os atos políticos encontram-se no art. 84 da Constituição da República (OLIVEIRA, R. F. de. Idem, p. 172).

¹¹ MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 614.

¹² FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle de atos administrativos pelo Poder Judiciário**, p. 196.

¹³ FAGUNDES, M. S. Idem, p. 198-199.

Assim, SEABRA FAGUNDES também não circunscreve os atos políticos somente à esfera de competência do Presidente da República, como faz Régis Fernandes de OLIVEIRA, e fixa bases de reconhecimento, por assim dizer, na finalidade e no conteúdo, como “limite da sua repercussão jurídica”¹⁴, do ato emanado. Assim, o ato político seria identificado por seu conteúdo e finalidade, o que amplia de maneira considerável as possibilidades de edição e mesmo dos agentes competentes para tal, contrariando mais uma vez as opiniões de Régis Fernandes de OLIVEIRA¹⁵.

A delimitação de um campo em que se possa encaixar os atos políticos é necessária para o entendimento da questão das políticas públicas, que poderiam ser definidas como “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”¹⁶. As políticas públicas mostram-se fundamentais para a consecução dos projetos governamentais e para o alcance dos objetivos da República Federativa do Brasil elencados no art. 3º da Constituição.

Conforme explanado anteriormente, os autores se prendem às teorias que embasam ou embasaram a caracterização dos atos políticos, deixando em segundo plano as conceituações e definições sobre esses atos. Há quatro teorias principais que procuraram identificá-los: **(a)** em *primeiro lugar*, predominou a **teoria do móvel político**, que remonta ao aresto *Laffitte*, de 1821, exarado pelo Conselho de Estado Francês, criado por Napoleão e que hoje assume caráter meramente histórico, dada a sua possibilidade de extensão indefinida do conteúdo do ato, sob o pretexto de “razão de Estado”, bastando que a Administração Pública alegasse ter procedido com um objetivo político; **(b)** em *segundo lugar*, levantou-se a **teoria da natureza**, também conhecida como teoria da lista jurisprudencial, fixada pelo Tribunal Administrativo e que listaria os atos políticos, descartada por oferecer grande margem de insegurança e ser demasiado casuística, não oferecendo critérios de sustentação jurídica; **(c)** em *terceiro lugar*, surgiu a **teoria da discricionariedade**, que prega que o critério político se encontra na grande margem de discricionariedade, que seria maior nos atos políticos em comparação aos atos

¹⁴ FAGUNDES, M. S. *Idem*, *ibidem*.

¹⁵ OLIVEIRA, R. F. *Obra citada*, p. 198-199.

¹⁶ Maria Paula Dallari Bucci, citada por BARCELLOS, Ana Paula de. **Contitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle-político social e o controle jurídico no espaço democrático**, p. 112.

administrativos, e que também não oferece base segura e jurídica para identificação dos atos políticos; **(d)** em *quarto lugar*, tem-se a **teoria negativista**, que nega a existência de atos políticos como entidades autônomas, visto que toda atividade é infralegal, ainda que determinado ato seja emanado diretamente da Constituição¹⁷. Dependendo da escolha teórica de um ou de outro autor, tem-se opção pela possibilidade ou pela impossibilidade de controle e revisão judicial dos atos políticos, como poderá ser observado adiante, em capítulo específico. Atualmente, o que se tem é que os autores se prendem, em maior parte, às teorias da discricionariedade ou negativistas, que embora divergentes, acabam por crer aceitável maior ou menor controle por parte do Poder Judiciário.

Feitas essas breves considerações, buscando situar os atos políticos e fixar parâmetros para identificação de tais atos, adentra-se, doravante, na questão objeto da pesquisa propriamente dita.

2.2 Discricionariedade

A característica mais marcante que os doutrinadores têm reconhecido nos chamados atos políticos ou de governo se trata justamente da ampla margem de discricionariedade (ou discricionarismo, nas palavras de Hely Lopes MEIRELLES¹⁸) de que se revestem. Por isso, revela-se muito importante enfrentar, mais detidamente, o estudo da discricionariedade administrativa e mesmo da discricionariedade política.

Primeiramente, é importante fazer breve referência ao conceito do princípio da legalidade na atividade administrativa, para se evitarem omissões desnecessárias. É conhecida a didática afirmação de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO sobre o princípio da legalidade e o agir da Administração Pública: “enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é *permitido*. Em outras palavras, não basta a simples relação de não-contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de *subsunção*.”¹⁹ Esse princípio seria a essência de todo o agir da Administração, cuja atividade é fundamentalmente infralegal.

¹⁷ Todos os autores consultados a respeito do assunto descrevem as teorias da mesma forma.

¹⁸ MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**, p. 613.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**, p. 944.

Partindo-se do princípio da legalidade, o corolário é a fixação dos conceitos de vinculação e de discricionariedade. A vinculação ocorreria nos casos em que o administrador teria uma única conduta ótima a ser observada no caso concreto, em *termos estritamente objetivos*²⁰ e pré-fixada em lei. A discricionariedade, por sua vez, decorreria da abertura legal de atuação do administrador, em que caberia apreciação *subjetiva* de como este poderia atuar no caso concreto, obedecendo a critérios de conveniência e de oportunidade.

Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO estabeleceu o conceito mais preciso:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.²¹

A discricionariedade consiste, então, em uma abertura deixada pela lei justamente para que o administrador, que está mais próximo dos fatos, possa decidir qual a melhor maneira de, naquela situação, satisfazer o interesse público. Afinal, a lei simplesmente não tem como prever todas as situações com que pode se deparar a Administração Pública.

Nessas situações, a princípio, mais de um caminho pode ser trilhado, cabendo ao administrador fazer a escolha por um deles. Todavia, ele não faz essa opção livremente; deverá escolher aquela alternativa que seja mais oportuna e mais conveniente ao *interesse público*. Por conveniência e oportunidade entendem-se a opção entre praticar ou não o ato diante daquela situação predeterminada, verificar se é aquele o momento adequado para tal ou mesmo permitir-lhe decidir sobre a forma que revestirá o ato ou mesmo a possibilidade de escolha de decidir sobre a providência a ser tomada, com a abertura de pelo menos duas alternativas pela norma reguladora.

Porém, cabe observar que a discricionariedade jamais pode resultar de ausência de lei que disponha sobre o assunto tratado no caso concreto, visto que não há atuação administrativa que não seja autorizada expressamente por lei. Atividade administrativa que contrarie a lei ou que dela careça trata-se de puro e

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle judicial**, p. 16.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Idem*, p.48.

simples arbítrio, que difere radicalmente da discricionariedade, por ser *sempre* ilegítimo e inválido²².

Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO rechaça a nomenclatura “atos discricionários”, visto que não são os atos que são discricionários, mas sim a competência do agente e o produto do exercício dessa discricionariedade. O termo *ato discricionário* seria somente uma forma elíptica de expressar “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem”²³. Entende que não há um poder discricionário à disposição do administrador, mas antes um dever de melhor atender ao interesse público.

A discricionariedade pode decorrer de: **(a) hipótese da norma**, ou seja, da imprecisão em relação à descrição fática; **(b) comando da norma**; e **(c) finalidade da norma** (opinião não-unânime na doutrina)²⁴. Embora sejam essas as causas da discricionariedade, é no conteúdo do ato que ela se expressa.

Hely Lopes MEIRELLES afirma que a discricionariedade é sempre relativa e parcial, visto que a competência, a forma e a finalidade do ato são subordinadas à lei²⁵.

O condicionamento da discricionariedade se daria de duas formas: **(a) interno**, pelas exigências do bem comum e da moralidade da instituição administrativa; **(b) externo**, pelo ordenamento jurídico a que é subordinada a atividade administrativa²⁶.

Alguns autores também ressaltam a importância que a discricionariedade política tem no controle dos atos políticos. A discricionariedade política teria campo maior que a discricionariedade administrativa, por permitir ao agente intervenção “contínua, oportuna, conveniente, rápida, adequada à imprevisibilidade do caso emergente”²⁷. Esta seria preponderante em relação à discricionariedade administrativa, que seria apenas instrumento para a efetivação das escolhas políticas.

²² MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**, p. 103.

²³ BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 18.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Idem*, p. 19.

²⁵ MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**, p. 103.

²⁶ MEIRELLES, H. L. *Idem*, p. 104.

²⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**, p. 206.

2.3 Atos políticos *versus* atos administrativos

Após delimitar o campo conceitual e de conteúdo dos atos políticos, faz-se necessário compará-los aos atos administrativos.

Uma das teorias descritas anteriormente e que embasa a caracterização dos atos políticos é a teoria negativista, para a qual inexistiriam atos políticos como entes autônomos em relação aos atos administrativos. Essa é a teoria adotada por SEABRA FAGUNDES²⁸ e CRETELLA JÚNIOR²⁹, que vêem o ato político como espécie do ato administrativo. Nessa seara, tem-se, também, a relevante opinião de Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, para quem nada justifica, no Estado de Direito, a existência de atos políticos que se oporiam a atos administrativos³⁰.

Hely Lopes MEIRELLES, por sua vez, rechaça a divisão entre atos políticos e atos administrativos, por entender que somente existem “*ato administrativo, ato legislativo e ato judiciário* informado de fundamento político”. Ainda que se delimite o ato político como espécie do ato administrativo, a caracterização do elemento político do ato deve levar em consideração o seu conteúdo, que deve conter elementos políticos como fins, sem adentrar a esfera dos direitos individuais.

Para José Luiz Carro y Fernandez VALMAYOR, atos políticos emanam diretamente da Constituição e atos administrativos encontram sucedâneo na lei³¹. Assim, o autor estabelece um critério diferenciador puramente *formal*, pois leva em conta somente o nível hierárquico da norma que fundamenta o ato.

Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, em direção oposta, defende a separação conceitual entre os atos administrativos e os atos políticos, aduzindo que

Por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar. Inobstante *também sejam controláveis pelo Poder Judiciário*, são praticados de modo amplamente discricionário, além de serem expedidos em nível imediatamente infraconstitucional – ao invés de infralegal – que lhes confere fisionomia própria.³²

Eduardo APPIO atenta que a distinção entre atos políticos e atos administrativos não é artificial e nem decorre de um “argumento de contenção do próprio Poder Judiciário³³” e deriva da natureza analítica da Constituição de 1988.

²⁸ FAGUNDES, M. S. Obra citada, p. 196.

²⁹ CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito administrativo**, p. 233.

³⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**, p. 480.

³¹ José Luiz Carro y Fernandez Valmayor, citado por TAMER, S. V. Obra citada, p. 38-39.

³² BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**, p. 378.

³³ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**, p. 108.

Entende-se que não existem, de fato, atos políticos como entes autônomos. Concordamos com a teoria negativista e cremos existirem somente atos administrativos dotados de conteúdo político. Concordar com a autonomia dos atos políticos implica inevitavelmente crer que determinadas questões estão livres de controle pelo Poder Judiciário, ainda que causem lesões ou ameacem direitos, em desacordo com o inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República.

3. O CONTROLE DOS ATOS POLÍTICOS

O controle de questões políticas no Brasil teve seus estudos iniciados por RUI BARBOSA, em 1892, jurista que após estudo do emblemático caso *Marbury vs. Madison* (1803)³⁴, símbolo da *political question doctrine* do sistema norte-americano, rechaçou o entendimento então predominante de que todas as questões políticas seriam afetas apenas aos Poderes Legislativo e Executivo e ao seu eleitorado, não sendo possível que houvesse interferência do Poder Judiciário³⁵. É clássica a afirmação:

Se o Governo se serviu, conveniente, ou inconveniente, de faculdades, que se supõem suas, pertence ao Congresso julgar. É questão política. Se cabem, se não cabem, ao Governo, suas atribuições, de que ele se serviu, ou se, servindo-se delas, transpôs, ou não, os limites legais, pertence à Justiça decidir. É a questão jurídica.

A ideia, portanto, não é nova e embasou questões postas à apreciação do judiciário brasileiro já no final do século XIX, indo além do controle político e social que se entendia possível e que vigia até então. O primeiro caso a ser tratado pelo Supremo Tribunal Federal foi aquele objeto do HC nº 300, impetrado por RUI BARBOSA em 18 de abril de 1892. Discutia-se a prisão de 46 cidadãos sob o argumento do estado de sítio. Prevendo que o Tribunal alegaria incompetência para o julgamento da questão, RUI BARBOSA sustentou que somente questões *puramente políticas* não seriam afetas à apreciação judicial. Trecho interessante das alegações do autor é:

se por um lado tocam a interesses políticos, por outro envolvem direitos individuais, não podem ser defesos à intervenção dos tribunais, amparo da liberdade pessoal contra a invasão do Executivo (...) Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça: este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres.³⁶

Corrente seria crer que questões de cunho político, por se pensar na independência dos poderes, seriam imunes à apreciação judiciária. Tema polêmico na seara do Direito Público, as questões políticas embasam os mais variados discursos. No entanto, o que se tem é o reconhecimento de um limite à

³⁴ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal**, p. 66-69.

³⁵ No caso citado, a decisão da Corte foi no sentido de que não caberia ao Judiciário adentrar questões políticas. No entanto, Rui Barbosa se baseou nesse caso para confrontá-lo com outros, divergentes e postos à apreciação do Judiciário brasileiro (TEIXEIRA, J. E. M., *Idem*, p. 52).

³⁶ Rui Barbosa, citado por TEIXEIRA, J. E. M., *Idem*, p. 68.

discricionariedade, imposto quando há lesão a direito individual ou coletivo. Ainda respeito do controle de atos políticos, manifestou-se RUI BARBOSA³⁷:

Atos políticos do Congresso, ou do Executivo, na acepção em que esse qualificativo traduz exceção à competência da Justiça, considerando-se aqueles, a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discricionariedade prudencial do poder, e o *exercício dela não lesa direitos constitucionais do indivíduo. Em prejuízo destes, o direito constitucional não permite arbítrio a nenhum dos poderes.*³⁸

Acompanhando o entendimento predominante na época, as Constituições Brasileiras de 1934 e 1937, em seus artigos 68 e 94, respectivamente, vedavam ao Poder Judiciário a apreciação de questões exclusivamente políticas. A Constituição de 1934 apresentava a seguinte redação: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. Isso pode ser visto, de certo modo, como estratégia para evitar que o Judiciário interferisse em certas questões, como já observado por Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO no trato dos atos políticos³⁹. Tais questões “exclusivamente políticas” se referiam a direitos incapazes de afetar direitos individuais, porque, segundo os defensores da impossibilidade de controle, não haveria o quê, exatamente, ser amparado pelo Poder Judiciário.

Na Constituição de 1946, no entanto, não há menção à impossibilidade de controle de atos meramente políticos, bem como nas constituições seguintes. Obviamente, não se quer afirmar que nesse período o Judiciário foi levado a simplesmente ignorar questões políticas ou mesmo a exercer controle indiscriminado sobre qualquer uma dessas questões.

Há quem defenda a necessidade de total separação de poderes, com interferência mínima entre um poder e outro. Esse inclusive, é um dos argumentos utilizados por quem se opõe à ideia da possibilidade de controle. Também embasariam essa tese a complexidade de certas causas, que, por envolverem questões de ordem política, econômica e social, estariam além do conhecimento e das informações postas à disposição dos juízes e que o envolvimento destes em questões políticas contradiria o próprio sistema democrático.

³⁷ Embora defendesse a possibilidade de controle, Rui Barbosa também elencou situações em que não poderia haver a interferência do Poder Judiciário, elaborando uma lista de matérias exclusivamente políticas, como a declaração de guerra, a direção das relações diplomáticas, o regime de comércio internacional, dentre outras (TEIXEIRA, J. E. M, Idem, p. 68).

³⁸ Rui Barbosa, citado por FAGUNDES, M. S. Obra citada, p. 202.

³⁹ MELLO, O. A. B. Obra citada, p. 480.

Deixando-se de lado a clássica separação e independência dos poderes e tomando como base o sistema de freios e contrapesos, o que se tem é que a submissão dos poderes públicos à Constituição, decorrente da noção de Estado Democrático de Direito, limita o exercício do poder político por meio de normas jurídicas, além do estabelecimento de vinculações mínimas aos agentes.

Voltando ao ordenamento jurídico pátrio, em especial à Constituição de 1988, o que se tem é que o art. 5º, inc. XXXV, afirma que o Poder Judiciário não poderá deixar de apreciar lesão ou ameaça a direito, seja este individual ou coletivo. Não bastando isso, previu instrumentos de controle aos cidadãos, como o mandado de segurança, a ação popular e a ação civil pública, que mais que instrumentos, são garantias reconhecidas aos cidadãos. Tem-se assim, aberta a possibilidade de apreciação de questões políticas que violem ou ameacem direitos individuais ou coletivos.

É também manifesta no texto constitucional a vinculação dos órgãos administrativos aos direitos fundamentais. No entanto, não há consenso sobre a forma e o alcance dessa vinculação. O art. 5º, § 1º da Constituição da República poderia ser considerado um reforço da eficácia vinculante, mesmo que não tenha previsto de maneira expressa a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. No tocante à medida dessa vinculação, Ingo SARLET afirma que quanto menor for a sujeição da Administração às leis, maior deve ser a necessidade de observação dos órgãos administrativos dos direitos fundamentais, embora no caso de direitos sociais prestacionais o efeito vinculante seja menor⁴⁰.

Ana Paula de BARCELLOS, em estudo sobre o controle de políticas públicas, afirma que não se trata de “fenômeno único ou mesmo um conjunto uniforme de situações”⁴¹. O entendimento sobre a impossibilidade de controle decorreria de críticas decorrentes em razão da: **(a) teoria da Constituição**, “que questiona a validade de a interpretação constitucional invadir espaços próprios da política majoritária”; **(b) crítica filosófica**, que discute a legitimidade de o magistrado impor suas deliberações; **(c) crítica operacional**, que sustenta que o Poder Judiciário não é capaz de compreender o contexto global das políticas públicas e nem sabe

⁴⁰ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 385.

⁴¹ BARCELLOS, A. P. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Obra citada, p. 128.

lidar com o fenômeno⁴². Há variadas possibilidades de intervenção do Poder Judiciário, que podem variar em função de dois elementos diversos. Um deles seria o *objeto* específico que se pretende controlar, ou seja, que conduta ou bem se pretende exigir e sob qual fundamento⁴³. O segundo elemento toca à *modalidade*, ao ambiente processual no qual a decisão é feita, e envolve os efeitos objetivos e subjetivos das decisões prolatadas. A autora ressalta que tratando a matéria de controle de políticas públicas que envolvam direitos fundamentais, haveria dois blocos, com 5 cinco objetos distintos⁴⁴. No *primeiro bloco*, poder-se-ia cogitar o controle em abstrato da *fixação de metas e prioridades* do Poder Público e, *em concreto*, do *resultado final esperado* das políticas públicas em certo setor predeterminado. Invasão nesse bloco implica maior interferência no conteúdo das políticas públicas. Apesar disso, é o caso mais comum no Judiciário Brasileiro, como o exemplo das questões relativas a fornecimento medicamentos. No *segundo bloco*, o controle poderia recair sobre a *quantidade de recursos a ser investida*; o *atingimento ou não das metas* postas pelo próprio Poder Público e da *eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos*⁴⁵.

Além disso, ressalta que o controle judicial não é o único meio existente, pois há a possibilidade de controle social, feito pela oposição e pelo eleitorado⁴⁶.

Voltando-se à diferenciação de atos cunhada por SEABRA FAGUNDES⁴⁷, mencionada em capítulo anterior, baseada em conteúdo e finalidade do ato, que deveriam ser políticos, tem-se que os atos de cunho estritamente político não poderiam alcançar direitos individuais. Não afetando direitos subjetivos, não haveria motivo para se falar em controle, visto que o conteúdo do ato não ofereceria lesão, considerando-se desnecessária qualquer argumentação em favor da possibilidade de controle, revisão ou apreciação pelo Judiciário. No entanto, este autor reconhece a possibilidade de um ato político implicar a prática de outros atos que poderiam violar direitos, deixando assim, de ser exclusivamente políticos, admitindo, portanto, controle, ainda que este não interferisse no campo discricionário. Um ato deixaria de ser estritamente político, embora pudesse ser em origem, ao afetar "direitos

⁴² BARCELLOS, A. P. Idem, p. 146.

⁴³ BARCELLOS, A. P. Idem, p. 138.

⁴⁴ BARCELLOS, A. P. Idem, p. 128.

⁴⁵ BARCELLOS, A. P. Idem, ibidem.

⁴⁶ BARCELLOS, A. P. Idem, p. 119.

⁴⁷ FAGUNDES, S. M. Obra citada, p. 196.

expressamente amparados pela ordem jurídica⁴⁸. Todavia, enfatiza a impossibilidade de apreciação integral, restringindo-se tão somente ao exame de competência pela conexão entre o ato político gerador de outro ato lesivo.

Ainda a respeito do controle de questões políticas, Sérgio Cruz ARENHART sustenta que, embora exista parcela dos atos que não pode ser revista pelo Judiciário, sob pena de substituição do administrador pelo juiz, questões que envolvam violação de direitos ou ilegalidade podem sim ser revistas, uma vez que passam a ser ilegítimas. O controle é necessário, visto que pertence ao Judiciário o “último campo de proteção contra os abusos eventualmente cometidos pelos outros ‘poderes’”⁴⁹. O mesmo se aplicaria aos atos discricionários, visto que não há cessão de liberdade ao administrador para que aja segundo “*seus interesses, seus critérios e suas preferências*”⁵⁰, mas sim certa liberdade de escolha para que se aja segundo a “*melhor providência possível*”⁵¹ no tocante ao interesse público. Assim sendo, caberá controle judicial sempre que houver distanciamento do administrador, bem como em caso de ilegalidade, contrariedade aos princípios constitucionais, que delimitam seu campo de ação, e na hipótese de abuso de poder.⁵²

PONTES DE MIRANDA, ao tratar de questões políticas, afirmou que questões políticas poderiam ser resolvidas com regras de competência, já que a discricionariedade encontra limites na competência de cada um dos poderes. Imune ao controle jurisdicional seria “a oportunidade, o acerto ou a conveniência do ato”⁵³. E de forma bastante interessante, entendia o doutrinador que o Judiciário não poderia apreciar questões políticas no sentido de que este não poderia conhecer de questões que não tivessem sido postas sob a forma de ação em juízo. Feita a questão judicial relacionada à constitucionalidade, haveria extrapolação do elemento político, com clara entrada em questão jurídica, da qual o Poder Judiciário não poderia se abster. Esse entendimento também foi defendido por RUI BARBOSA⁵⁴ muitos anos antes, conforme mencionado no início deste capítulo.

⁴⁸ FAGUNDES, S. M. Idem, p. 200.

⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz, As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário, 524.

⁵⁰ ARENHART, S. C. Idem, p. 518.

⁵¹ ARENHART, S. C. Idem, ibidem.

⁵² ARENHART, S. C. Idem, p. 519

⁵³ PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**, p. 644.

⁵⁴ Vide nota de nº 28.

Desse modo, não se poderia pensar numa total insindicabilidade dos atos políticos, até porque permitir que determinadas matérias não possam ser alvo de qualquer controle implica admitir que certas práticas poderiam estar à margem da Constituição ou mesmo contrariá-la. E é de conhecimento notório que “a força normativa da Constituição a todos vincula e a todos submete”⁵⁵. Não há, atualmente, espaço para *blocos temáticos* da atividade de outros Poderes do Estado que não possam ser sujeitas a controle judicial, em que pesem todas as críticas contra a possibilidade de controle. No entanto, é importante ressaltar que essa possibilidade ainda está sujeita à análise do caso concreto, para evitar uma total invasão do Judiciário em toda e qualquer questão de forma a trazer apenas um entrave ao implemento de determinadas políticas e se evitar que mera insatisfação resulte em controle judicial sem motivo relevante que o justifique.

Assim, o que se tem é que não há, atualmente, qualquer vedação ao conhecimento, pelo Poder Judiciário, de questões políticas⁵⁶. O sistema de freios e contrapesos admite somente certa imunidade no que a questão encerra de político, não vedando revisão em caso de extrapolamento de competências, ilegalidade, imoralidade, abuso de poder e desvio de finalidade.

SEABRA FAGUNDES, no entanto, afirma que as competências fixadas na Constituição limitam a atuação do judiciário quando esta “delega atribuições de cunho estritamente político, que, pela sua natureza, são incompatíveis com o Poder Judiciário”⁵⁷ de modo que a interferência deste seria incompatível com o sistema de separação de poderes.

Por outro lado, há doutrinadores que não viam nos atos políticos uma blindagem especial que os livraria da sindicabilidade, como é o caso de Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, que, em seus *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, ressaltou que a simples separação de categorias de atos políticos e atos administrativos visava somente a excluir aqueles do controle judicial. No breve tratamento que dá à questão, declarou não haver espaço, no Estado de Direito, para uma classe de atos à parte. Haveria somente a existência de atos administrativos⁵⁸.

Discordamos dos autores que pretendem uma visão intocável de certos atos. Não cremos haver espaço, atualmente, para o pensamento que crê numa absoluta

⁵⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças da jurisdição constitucional**, p. 13.

⁵⁶ Obviamente, não se pretende defender a possibilidade de controle judicial irrestrito.

⁵⁷ FAGUNDES, M. S. Obra citada, p. 196.

⁵⁸ MELLO, O. A. B. de. Obra citada, p. 480.

separação dos poderes. O que existe, na verdade, é balanceamento/harmonização de poderes, em que os atos do Executivo podem ser sujeitos ao controle de sua legalidade e os atos administrativos podem ser passíveis de anulação caso sejam ilegais⁵⁹.

O sistema de freios e contrapesos, de controle correspondente entre os Poderes do Estado, segundo Luís Roberto BARROSO, avulta em questões que envolvam arbítrio, por ser exatamente nessas questões que esse sistema se manifesta. Ressalta a pouca importância que os atos políticos têm por não afetarem direitos subjetivos, apenas repercutirem sobre interesses. Conclui pela mesma opinião de SEABRA FAGUNDES e de RUI BARBOSA, endossando que a violação a direito individual desnatura o conteúdo meramente político do ato, ensejando o controle jurisdicional, com aplicação de sanção jurídica, em razão do disposto pelo art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República, conforme já mencionado⁶⁰.

Se considerada a visão deste autor, tem-se que é perfeitamente possível que o Judiciário aprecie questões relativas à finalidade e à forma do ato, tratando-os, pois, como verdadeiros atos administrativos, passíveis de certo controle sem maiores discussões doutrinárias e jurisprudenciais, sempre se observando as particularidades de cada caso.

A seguir, usar-se-á de um julgado que pode ser considerado paradigmático no trato da questão de controle de políticas públicas, e, conseqüentemente, no trato de outras questões políticas.

3.1 A ADPF nº 45-9/DF⁶¹

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 45-9, do Distrito Federal, resume de maneira exemplar a linha de pensamento que leva a crer na possibilidade de sindicabilidade dos atos políticos pelo Poder Judiciário.

Embora tenha sido julgada monocraticamente, em razão da prejudicialidade decorrente de ulterior edição de lei que modificou o veto presidencial, a tese do relator, Min. Celso de Mello, é brilhante no tocante à exposição que faz acerca da apreciação de questões políticas.

⁵⁹ Ricardo Guastini, citado por ARENHART, S. C. Obra citada, p. 513.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**, p. 85-86.

⁶¹ Para o inteiro teor do voto do Min. Celso de Mello nesta ADPF, vide anexo I.

Proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB contra ato do Presidente da República que vetou lei orçamentária, a argumentação da parte autora sustentou que houve violação de preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional de nº 29/2000⁶², promulgada justamente para fixar recursos mínimos a serem aplicados nas ações e nos serviços públicos de saúde.

Em sua análise, o eminente ministro afirma que embora posteriormente tenha ocorrido fato relevante que acabou por prejudicar o julgamento da ação proposta, a ação constitucional escolhida era via apta para a viabilização de políticas públicas que, previstas constitucionalmente, viessem a ser descumpridas ou mesmo não implementadas pelas “instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República”.

Ressalta que cabe ao Supremo Tribunal Federal, em sua jurisdição constitucional, não se eximir do encargo de garantia do cumprimento da Constituição sempre que houver inércia, ação ou omissão por parte do Poder Público. Assim, não se trata de *atribuição* e de *implementação* de políticas públicas pelo Poder Judiciário, mas de *ação* em casos excepcionais em que os órgãos estatais competentes vierem a comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais e coletivos. Complementa que o conteúdo programático da Constituição

...não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, 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 de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Ainda no tratamento dado a questão, o Ministro se refere à reserva do possível, afirmando que tal cláusula não pode ser invocada sem justo motivo que possa ser aferido e tampouco pode ser usada com o intuito de mascarar a possibilidade de cumprimento dos imperativos constitucionais, ainda mais quando se trata de obrigações essenciais.

Conclui pela não-interferência do Poder Judiciário em atribuições dos demais Poderes que impliquem a substituição dos juízos de oportunidade e conveniência para decidir em seu lugar, de modo a controlar as opções legislativas, exceto quando houver violação “evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional”.

⁶² A EC 29/2000, de 13 de setembro de 2000 alterou os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 e acrescentou artigo ao Ato das Disposições Transitórias, de modo a assegurar recursos mínimos para o financiamento de ações e serviços de saúde.

Tal raciocínio vai ao encontro do que se tem buscado analisar até o momento, confirmando o entendimento de que é possível haver interferência do Poder Judiciário nas outras esferas de Poder quando houver omissão, ação injustificada e/ou arbitrária pelo Poder Público.

3.2 Mínimo existencial

O conceito de mínimo existencial dispõe sobre “o conjunto de condições materiais indispensáveis à vida humana”⁶³ e equivale à parcela do princípio da dignidade humana à qual deve ser reconhecida eficácia jurídica, o que permite que seja exigido judicialmente caso seja inobservado.

Definir exatamente o que pode fazer parte desse conjunto mostra-se praticamente um desafio, dada a grande quantidade de necessidades que os indivíduos podem ter, seja em decorrência de idade, sexo, condições de saúde e outros fatores. Comumente, os principais correspondentes desse mínimo são: o direito à educação fundamental, à saúde, ao saneamento básico, a tutela do meio ambiente e o acesso à Justiça. Notoriamente, esse conceito pode ser expandido em razão dos critérios exibidos pelo caso concreto.

Para Ana Paula de BARCELLOS⁶⁴, o mínimo existencial corresponde a uma fração nuclear do princípio da dignidade e a ele deve ser reconhecido eficácia jurídica positiva. Pela Constituição de 1988, o mínimo existencial que se concebe é composto de quatro elementos, sendo um deles instrumental, o acesso à Justiça e três materiais: a educação fundamental, a saúde básica e a assistência aos desamparados. Tal escolha não se deu de maneira aleatória, mas integra uma estrutura lógica⁶⁵.

3.3 Reserva do possível

A reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) ou reserva dos cofres públicos surgiu na década de 70, com Peter Häberle, e foi adotada pela Corte Constitucional Alemã. Essa reserva significa que a implementação de alguma política pública depende de disponibilidade de recursos nos cofres públicos para o atendimento de direitos prestacionais positivos pelo Estado. Os direitos sociais serão

⁶³ HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros**, p.7

⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, p. 278.

⁶⁵ BARCELLOS, A. P. *Idem*, p. 288.

atendidos *quando e enquanto* houver recursos materiais disponíveis. José Reinaldo de Lima LOPES afirma que a doutrina das questões políticas equivale à da reserva do possível e que pode ser invocada para a exclusão da apreciação do Judiciário, especialmente no caso de demandas que envolvam pedidos individuais⁶⁶.

Exposta como foi, a reserva do possível influi “*no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade*”⁶⁷, o que implica impossibilidade de o cidadão exigir o que está acima de um certo limite essencial social. De outro modo, a invocação da reserva do possível pode se prestar para que o Estado evite realizar certas políticas públicas ou mesmo cumprir certas determinações judiciais, sob alegação de que não há recursos financeiros bastantes. Ada Pellegrini GRINOVER sustenta que a alegação de impossibilidade de recursos em razão da reserva do possível, no caso de efetivação de políticas públicas, pode levar o Judiciário a condenar a Administração em duas etapas: em *primeiro lugar*, haveria a inclusão no orçamento da verba requerida para o efetivo adimplemento da obrigação; em *segundo lugar*, obrigação de aplicação da verba. Porém, a autora não se manifesta acerca da real impossibilidade de recursos comprovada pela Administração⁶⁸.

Sérgio Cruz ARENHART, sobre a mesma questão, diz ser evidente que pode haver limitação imposta pela reserva do possível e que de pouca valia tem uma decisão judicial que impõe uma prestação estatal se o administrador alega ausência de recursos. Conclui ser esta uma decisão “fadada à frustração, já que não seria realizada, nem se podendo cogitar de técnicas para impor a prestação”⁶⁹.

Ada Pellegrini GRINOVER⁷⁰, por sua vez, crê ser possível a imposição de técnicas de coerção ao administrador em caso de descumprimento da ordem judicial que impõe implementação de política pública, como aplicação de multa, responsabilização por ato de improbidade administrativa, intervenção federal ou estadual e responsabilização criminal, dando destaque às três últimas, mormente porque seriam mais efetivas. Considera-se tal entendimento discutível. Uma vez comprovada a impossibilidade de aplicação de recursos ou mesmo a inexistência de

⁶⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Em torno da “reserva do possível”**, p. 184.

⁶⁷ Andreas Krell, citado por TAMER, S. Obra citada, p. 219.

⁶⁸ GRINOVER, A. P. Obra citada, p. 12-20.

⁶⁹ ARENHART, S. C. Obra citada, p. 520.

⁷⁰ GRINOVER, A. P. Obra citada, p. 15-22.

recursos financeiros alocáveis, pouca valia teriam as técnicas de coerção apresentadas.

Pensando nisso, tem-se que a doutrina só aceita como válida tal alegação por parte do administrador público quando esta puder ser devidamente comprovada e a impossibilidade material for evidente. Por outro lado, há quem veja a necessidade de o Judiciário indicar as fontes de recursos de novas despesas quando interferir no orçamento. Obviamente, isso deve levar em conta dois pontos: **(a)** se a política pública já foi implementada, cabe ao Poder Executivo dar cabo de conduzi-la adequadamente e prover a todos os cidadãos na mesma situação a prestação a que se comprometeu, sob o evidente risco (necessário) de se submeter ao controle do Poder Judiciário caso viole o princípio da isonomia; **(b)** se ainda não houve implementação da política pública, cabe ao Poder Executivo a prévia análise da viabilidade de implementação do programa a que se propõe e mesmo da capacidade de financiamento, sob pena estar sujeito à fiscalização do Poder Judiciário caso implemente o programa sem recursos suficientes. Desse modo, o que se tem, nesses casos, não é uma simples intervenção aleatória do Judiciário, mas um possível e necessário controle em caso de mau uso de recursos e violação do princípio da isonomia.

Merece atenção, segundo Eduardo APPIO, o fato de muitas políticas públicas serem usadas como propaganda de governos eleitos e na prática serem inviabilizadas por conta da reserva do possível, resultando “ampla frustração popular” ⁷¹. A reserva do possível deve ser relacionada à isonomia. Em caso de política pública já prevista a partir de dever genérico presente na Constituição ou já aprovado por meio de lei pelo Congresso, caberá ao Judiciário a intervenção de forma positiva, impondo tratamento idêntico a todos os cidadãos, não sendo possível a limitação da assistência em razão de vedações impostas pela lei orçamentária anual, por implicar tratamento desigual. Nesses casos de expectativas governamentais que não obedeçam à realidade, há necessidade de apresentação de emenda à lei orçamentária anual, visando a atender a situação contingencial para que se evite a suspensão do programa. Pode ser invocada também a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2001), de modo a que todos os cidadãos que necessitem do programa possam ter acesso a ele.

⁷¹ APPIO, E. Obra citada, p. 175.

Conclui-se, então, que a reserva do possível, pode ser, de fato, um poderoso limitador à concreção de certos direitos, o que não impede a fiscalização e até mesmo o controle do Judiciário em certos casos. É necessário, portanto, que a alegação de impossibilidade de recursos materiais seja provada pela Administração Pública e verificada detalhadamente pelo Judiciário quando for invocada. Importante, também, não esquecer que grande parte do que foi tratado até o momento encerra conceitos vagos e que é preciso que se analise o caso concreto. Somente uma avaliação empírica poderia decidir pela validade do argumento da reserva do possível.

3.4 Princípios pertinentes à questão do controle

A breve análise do conteúdo de alguns princípios é essencial para se pensar na possibilidade de controle pelo Poder Judiciário. Pensando nisso, deter-nos-emos nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que embora sejam tratados por alguns doutrinadores num único princípio, terão abordagem diversa, por entender-se que o conteúdo de ambos não é o mesmo, justificando a abordagem em separado.

A diferença entre ambos se daria na classificação e nos elementos constitutivos dos princípios, sendo a razoabilidade mais ampla que a proporcionalidade. Já Humberto ÁVILA⁷² compreende que a razoabilidade deve ser vista de maneira distinta da proporcionalidade, visto que esta implica uma relação de causalidade entre meio e fim, o que não ocorre com a razoabilidade.

3.4.1 Princípio da razoabilidade

Embora inexistente de maneira taxativa no texto constitucional, este princípio, de extrema importância para as questões que envolvam discricionariedade, é mencionado na legislação infraconstitucional, no art. 2º, *caput*, da Lei Federal de nº 9.784/99, que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica interesse público e eficiência.

⁷² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 113.

Tal princípio, segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, embora seja considerado limite à discricionariedade, encerra conceitos imprecisos, já que não existem critérios objetivos que permitam diferenciar uma conduta razoável de outra irrazoável pelo administrador público, embora possam ser perceptíveis em casos extremos.⁷³ Há então uma certa área de “limbo”, de incerteza quanto à razoabilidade intermediária.

No direito brasileiro, o princípio da razoabilidade não tem o mesmo tratamento doutrinário que possui em outros países, como se observa, por exemplo, no direito norte-americano, francês, espanhol e argentino.

Todavia, nossos doutrinadores acompanham os doutrinadores estrangeiros e relacionam a razoabilidade a outros princípios. Dentre os entendimentos existentes, o mais pertinente a este estudo foi realizado por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, que acompanhando o direito francês, espanhol e argentino, identifica o princípio da razoabilidade com o princípio da proporcionalidade entre meios e fins. Para este autor, importa o aspecto teleológico da discricionariedade, com estreita relação de pertinência entre oportunidade e conveniência e finalidade. Afirma:

...a razoabilidade, agindo como limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.⁷⁴

Conclui-se que a razoabilidade somada à proporcionalidade permite a revisão de atos que, embora discricionários, ultrapassam a finalidade à qual deviam se ater.

3.4.2 Princípio da proporcionalidade

Nascido com o escopo de dar maior controle ao poder de polícia do monarca, o princípio da proporcionalidade traz em si a intenção de “dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da Administração”.⁷⁵ Não se pretende tratar aqui de sua evolução histórica, mas tecer breves comentários acerca de sua importância no trato do tema deste trabalho.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, p. 174-175.

⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**, p. 40.

⁷⁵ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, p. 33.

É de se ressaltar que o princípio da proporcionalidade tem fundamental papel na atividade interpretativa. Celso Ribeiro BASTOS⁷⁶ o considera um guia, não somente por auxiliar na elucidação de certas questões conflituosas, servindo de critério de sopesamento de princípios, mas por servir a qualquer interpretação⁷⁷.

Em trabalho sobre tal princípio, Suzana de Toledo BARROS afirma que este tem vital importância na verificação da constitucionalidade de leis que restrinjam ou interfiram nas esferas dos direitos fundamentais, visto que a infração à Constituição pode se dar bastando que sejam adotadas cargas coativas maiores que as exigíveis para a efetividade do direito⁷⁸.

A doutrina traz como sendo elementos que formam e conformam o princípio da proporcionalidade os subprincípios da **(a) necessidade**, que enuncia a ideia de que a medida tomada seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser trocada por outra, ainda que eficaz e menos restritiva; **(b) adequação**, que pretende verificar se o meio escolhido contribui para a consecução do resultado almejado; **(c) proporcionalidade em sentido estrito**, que indica se o meio escolhido está em conformidade com o fim desejado. Os dois primeiros seriam os pressupostos fáticos do princípio e a proporcionalidade em sentido estrito equivaleria à ponderação jurídica daqueles.

Para Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO o princípio da proporcionalidade, no âmbito da Administração Pública, traz em si a ideia de que “as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”⁷⁹.

Assim, tem-se que é inevitável no caso concreto que não se verifique a proporcionalidade entre o conteúdo do ato que se pretende impugnar ou questionar e o resultado que se pretendia obter com ele. Não estando presentes a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, concomitantemente, é válido que se recorra ao Poder Judiciário para que dê melhor solução ao caso concreto.

⁷⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, p. 185.

⁷⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, p. 535.

⁷⁸ BARROS, S. T. Obra citada, p. 162-164.

⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 44.

3.5 Atuação do juiz

O crescente envolvimento do Poder Judiciário no trato de questões políticas deve-se, inevitavelmente, à postura adotada pelos juízes, que se viram impelidos a participar mais efetivamente da gestão da coisa pública, principalmente com o avanço das ações coletivas. O trato de conceitos fluidos levou os magistrados ao exercício de um poder assemelhado ao que desempenham os representantes políticos da sociedade, embora não atuem como legisladores e atuem somente no sentido de indicar o caminho a ser trilhado pelo Estado. Não lhes compete decidir no lugar do Administrador Público, invocando para si a discricionariedade administrativa. Pautando-se em critérios objetivos de decisão e atendendo às disposições legais, não estará o magistrado a usurpar a competência dos demais Poderes.

Não se concebe mais a ideia de um juiz que seja somente a “boca da lei” na visão do liberalismo clássico, mas o “projeto de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição, e, assim, faz os devidos ajustes para suprir suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada”⁸⁰. Dessa forma, tem-se que o juiz é levado a interferir diretamente nas questões que é levado a julgar, atuando como verdadeiro agente político, conforme opinião de Sérgio Cruz ARENHART⁸¹. Este papel se mostra sempre que o magistrado é levado a julgar. Postos os interesses de ambos os pólos da relação processual, em condições antagônicas, cabe ao juiz, muitas vezes, exercer um papel político na escolha do interesse “mais relevante” em detrimento do outro interesse. Em alguns casos, “a eleição destas ‘prioridades de relevância’, no mais das vezes, dotará o magistrado de elevada carga de escolha pessoal, firmada em critérios subjetivos”⁸².

Além do domínio de técnicas processuais e de interpretação constitucional, o juiz deve se ater à realidade social, de forma a perceber em cada caso que lhe é posto o que a situação exige⁸³.

É inevitável que no trato das questões que é levado a julgar o juiz se atenha à proporcionalidade e à razoabilidade, de modo que a aplicação do direito se pautem na busca pelo equilíbrio.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. Vol. I – Teoria geral do processo, p. 54.

⁸¹ ARENHART, S. C. Obra citada, pp. 505-506.

⁸² ARENHART, S. C. *Idem*, *ibidem*.

⁸³ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 511.

Agindo dessa forma, o juiz estará, também, tomando decisões políticas. E assim deve sempre observar a realidade social focar-se nos princípios fundamentais.

É importante, ainda, para este autor, que o juiz não aplique o direito de maneira cega, pois é importante notar que a tutela é aplicável até certo limite, devendo se ter em mente que certos sacrifícios não são admitidos constitucionalmente. Faz-se mister usar da ponderação e do princípio da proporcionalidade, notando que “a proteção judicial deve sempre envolver a análise de meios, fins e motivos, observando-se se, no caso concreto, diante dos motivos apresentados, os meios são aptos (e, mais do que isto, são os mais adequados) a atingir os fins propostos.”⁸⁴

⁸⁴ Luis Roberto Barroso, citado por ARENHART, S. C. Idem, p. 507.

4. MANDADO DE SEGURANÇA

É inegável que o direito à tutela justa, eficaz e tempestiva está efetivamente assegurado pela Constituição da República, como face material do princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, inc. XXXV.

Na medida em que o Estado tomou para si o monopólio da atividade jurisdicional, automaticamente assumiu o compromisso de prestar ao jurisdicionado a tutela jurisdicional efetiva, entendida como aquela que não só declara e assegura os direitos do ponto de vista meramente formal, mas também intenciona atuar na concretização dos demais direitos fundamentais. Por isso é que o direito à tutela jurisdicional efetiva pode ser considerado como um “supradireito”, na medida em que sem ele nenhum dos outros direitos fundamentais estaria de fato assegurado⁸⁵.

De acordo com esse entendimento, a legislação abre um leque de opções com vista ao controle de atos lesivos a ser buscado pelo cidadão. Há quem afirme, ainda, que o legislador explicitou, na legislação infraconstitucional, em especial no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, a confirmação do valor dado à efetividade do processo, ao prever que para a defesa dos direitos e interesses protegidos seriam admitidas “todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”⁸⁶.

As ações individuais têm sido a modalidade mais usual de controle de políticas públicas quando se pretende o controle do resultado esperado. Obviamente, o controle também pode se dar por meio de ações coletivas, especialmente nos casos que envolvam fixação de metas por parte do poder público⁸⁷. No entanto, não é objeto deste trabalho o estudo de todas as vias processuais possíveis, mas tão somente ao cabimento do mandado de segurança, individual ou coletivo, visto que há certa divergência doutrinária no tocante ao seu cabimento em face de atos políticos.

O mandado de segurança, existente no ordenamento jurídico brasileiro desde 1934, ainda é visto como o grande instrumento de salvaguarda dos direitos do cidadão. Excluído do texto constitucional na Constituição de 1937, voltou a ter *status*

⁸⁵ MARINONI, L. G. **Curso de processo civil**. Vol. I – Teoria geral do processo, p. 204-205.

⁸⁶ GRINOVER, A. P. Obra citada, p. 15-20.

⁸⁷ BARCELLOS, A. P. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, p. 145.

constitucional em 1946⁸⁸, *status* esse que perdura até os dias atuais e que se manteve inclusive durante o período ditatorial iniciado na década de 60.

Sérgio Cruz ARENHART e Luiz Guilherme MARINONI entendem que a importância que hoje tem o instituto se dá por razões históricas, visto todo o rol de ações disponíveis e a existência de garantia constitucional de proteção a todo direito de ação, conforme enunciado pelo inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República. Para esses autores, a previsão do instituto como garantia constitucional não somente se refere à impossibilidade de sua eliminação no ordenamento, como também lhe confere ampla carga hermenêutica positiva e que vincula o Estado de forma que este lhe confira a maior eficácia possível. Assim, qualquer interpretação não extraída diretamente do texto da Constituição que “possa limitar, inviabilizar ou neutralizar seu uso em caso específico”⁸⁹ é eliminada. Não bastando isso, qualquer negligência cometida pelo Estado que lhe vede a mais “ampla, irrestrita, eficaz e adequada aplicação” torna-se inconstitucional.

O mandado de segurança teve até agosto de 2009 sua regulação feita por meio das Leis nº 1.533/1951, 4.348/64 e 5.021/66⁹⁰. Atualmente, o instituto é regido pela lei 12.016/09, que merece comentários à parte.

4.1 O “novo” mandado de segurança

A Lei nº 12.016, promulgada em 7 de agosto de 2009, é a que atualmente regula o procedimento do mandado de segurança. Considerando a “idade avançada” da lei 1.533/1951, boa parte dos juristas entendia serem necessários ajustes à lei.

Sob esse argumento, foi enviada ao Congresso Nacional, em 2001, a Exposição de Motivos do Projeto de Lei que “Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências” do então Advogado Geral da União, Gilmar Mendes – hoje ministro e presidente do Supremo Tribunal Federal – e do então Ministro de Estado da Justiça, José Gregori. A Comissão constituída para a elaboração de uma nova lei se deu em 1996, sob a presidência do Professor Caio

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: Procedimentos Especiais*, v. 5, p. 234.

⁸⁹ MARINONI, L. G; ARENHART, S. C. Idem, p. 235.

⁹⁰ Antes da Lei nº 1.533/51, o procedimento do mandado de segurança era regulado pela Lei nº 191/36.

Tácito, relatório do Professor Arnaldo Wald e revisão do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Carlos Alberto Menezes Direito⁹¹.

Dentre as razões explicitadas para a edição de nova lei, incluíam-se a necessidade de atualização da legislação em razão de alterações constitucionais e legais ocorridas na própria Lei nº 1.533/1951, além da “ampla jurisprudência sobre seus mais variados aspectos, que está sedimentada em súmulas dos tribunais”⁹². Outro argumento favorável seria condensar em um único diploma legal todo o entendimento acerca do tema, de modo a facilitar o conhecimento e a atuação dos profissionais da área e mesmo do cidadão.

Embora a intenção fosse nobre, vários equívocos cercam a nova lei. Além de certas soluções propostas se chocarem com o sistema processual civil ou mesmo de não proporcionarem solução alguma a questões que já existiam com a Lei nº 1.533/1951, a Lei nº 12.016/2009 não acerta na tentativa de otimizar o acesso à Justiça, não preconizando o que se pretende por direito fundamental à tutela justa e eficaz. A lei nasceu decrépita, não atendendo ao escopo a que em tese se propunha nem aos anseios dos juristas. Apenas condensa, em sua maior parte, entendimentos sumulados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, encaixando-os ao texto da lei, e acrescenta, de fato, muito pouco. Ainda que isso fosse intencional, os anos gastos na elaboração do Projeto de Lei pela Comissão designada para tal poderiam ter sido mais bem aproveitados.

O ponto que mais chama a atenção, ressalte-se, é a necessidade de “preservação dos interesses do Tesouro Nacional”⁹³, mencionada na exposição de motivos. Esse entendimento pode ser interpretado como uma verdadeira alteração na própria ideologia do mandado de segurança, visto que isso faz o grande instrumento de salvaguarda dos direitos do cidadão poder ser utilizado para proteção do próprio Estado, sendo que sua razão de ser, por assim dizer, é a proteção do cidadão em face dos desmandos e arbitrariedades estatais, caracterizando uma real e preocupante inversão de valores.

Não bastando isso, há certa preocupação no tocante ao tratamento dispensado pela nova lei ao mandado de segurança coletivo. O trato da questão, embora signifique um avanço, sob determinada ótica, trouxe consigo a figura

⁹¹ BUENO, Cássio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança, p. 171.

⁹² Exposição de motivos, ANEXO II.

⁹³ Exposição de motivos, item 4, ANEXO II.

'absurda da audiência prévia (art. 22, § 2º). Para José Garcia MEDINA e Fábio Caldas de ARAÚJO, essa previsão “constitui mais uma dentre as inúmeras medidas de blindagem construídas em benefício do poder público. Não se trata de uma audiência de justificação convencional, pois a cognição prévia não favorece o impetrante, mas o impetrado.”⁹⁴

Tanto isso não é uma percepção solitária que há Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil em face de alguns – na verdade vários – dispositivos da Lei 12.016/09⁹⁵. É questionada a constitucionalidade: **(a)** do § 2º do art. 1º, que versa sobre a impossibilidade de impetração em face de atos de gestão comercial de empresas públicas, de sociedades de economia mista e de concessionárias de serviço público; **(b)** do art. 7º, inc. III, que abre a possibilidade de fixação de caução, fiança ou depósito para concessão da segurança; **(c)** do art. 7º, inc. III, § 2º, que veda a concessão de segurança em diversos casos, principalmente no tocante a questões relativas a servidores; **(d)** do art. 22, § 2º, que condiciona a concessão de liminar no mandado de segurança coletivo à audiência com oitiva da pessoa jurídica de direito público; **(e)** do art. 23, que trata do prazo para impetração do mandado; **(f)** do art. 25, que veda a condenação em honorários advocatícios e o cabimento de embargos infringentes⁹⁶.

Isso comprova parte do impacto negativo causado pela nova lei, que foi de encontro à norma constitucional, ainda que não tivesse – e nem pudesse ter – essa pretensão. Esperava-se, que por tratar de garantia constitucional, a lei deveria garantir a máxima eficácia do instituto e não amesquinhá-lo. Justamente por isso, por seu *status* constitucional, cabe ao Estado a criação de leis que lhe assegurem “seu procedimento de modo a torná-lo célere, amplamente acessível (subjativa e objetivamente) eficaz”⁹⁷.

Entretanto, não se pretende dizer que a lei somente trouxe consigo erros. O acréscimo de uma pequena parcela de orientações jurisprudenciais é de relevante

⁹⁴ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de segurança individual e coletivo**: Comentários à Lei 12.016, de 7 agosto de 2009, p. 205-206.

⁹⁵ Trata-se da ADIn de nº 4.296, distribuída em 14/09/2009 e relatada pelo Min. Marco Aurélio. O último andamento data de 12/11/2009 e o trâmite pode ser acompanhado no site do Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br. Ainda se aguardam as informações do Presidente da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Acesso em 13/11/2009.

⁹⁶ Não se concorda com todos os pontos de suposta inconstitucionalidade questionados na ADIn, mas creu-se importante não omiti-los.

⁹⁷ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. Obra citada, p. 235.

utilidade na prática profissional e também o é a intenção de melhor tratamento ao instituto na modalidade coletiva, ainda que feito de maneira deficitária. De qualquer forma, ainda que pequeno, é um avanço a ser registrado.

Além da ADIn, existe o Projeto de Lei Complementar nº 125/2006, voltado à modificação da Lei nº 12.016/09, composta de 14 emendas, de autoria do Senador Valter Pereira (PMDB/MS)⁹⁸. A proposta de emenda foi recusada quando apresentada no Senado em razão do longo período de tramitação e da necessidade de retorno do Projeto à Câmara dos Deputados, caso alguma das emendas fosse acolhida.

Outro Projeto de Lei, de autoria do Senador Marcelo Crivella (PRB/RJ), tramita no Senado Federal sob o nº 413⁹⁹, pretende alterar o inc. III do parágrafo 7º da Lei nº 12.016/09, vedando a “exigência de caução, fiança ou depósito por parte do impetrante” para concessão de liminares, além de revogar o § 4º do art. 14 – que trata do pagamento de vencimentos assegurados em sentença concessiva a partir do ajuizamento da inicial – e o polêmico § 2º do art. 22, que trata da audiência prévia no mandado de segurança coletivo.

Obviamente, cabem mais críticas e sugestões à nova lei, mas este seria assunto para mais um trabalho.

Apesar do exposto, no entanto, a lei vigente não altera o que se esperaria dela ao adentrar a possibilidade de impetração em face de atos políticos, conforme será demonstrado.

4.2 Requisitos constitucionais específicos

A Constituição da República, em seu art. 5º, inc. LXIX, indica os requisitos para o cabimento de mandado de segurança. As condições em sede constitucional são: **(a)** existência de direito líquido e certo a ser tutelado, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*; **(b)** ato de autoridade pública ou agente no exercício de atribuições do Poder Público marcado por ilegalidade ou abuso de poder.

A expressão “direito líquido e certo”, originariamente, na Constituição de 1934 (art. 113, inc. 33), surgiu como “direito certo e incontestável” e foi alterada para a forma como se manteve na Constituição de 1946 (art. 141, § 24).

⁹⁸ BUENO, C. S. Obra citada, p. 7. Disponível via WWW.URL em: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79640, acesso em 20 de novembro de 2009.

⁹⁹ Disponível via WWW.URL em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/65932.pdf>, acesso em 20 de novembro de 2009.

Para Celso Antonio Agrícola BARBI, o conceito é tipicamente processual, encerrando liquidez como a ideia de direito que pode ser provado de forma incontestável, documentalmente¹⁰⁰. Hely Lopes MEIRELLES entende que direito líquido e certo “é direito comprovado de plano”¹⁰¹.

Sérgio FERRAZ, por sua vez, afirma que essa condição da ação pode ser entendida da seguinte maneira: “*líquido* será o direito que se apresenta com alto grau, em tese, de plausibilidade e admissibilidade de seu reconhecimento; certo aquele que se oferece configurado preferencialmente de plano, documentalmente, sem recurso a dilações probatórias”¹⁰². A expressão também teria significado marcadamente *processual*.

José Miguel Garcia MEDINA e Fábio Caldas de ARAÚJO ressaltam a imprecisão da expressão e ratificam a pertinência de todas as críticas doutrinárias que esta recebeu. O direito não seria líquido e certo, porque o texto legal é constitucional até prova em contrário. Assim, prega que a expressão deve ser interpretada finalística e sistematicamente como *direito evidente*, que pode ser demonstrado de plano, mediante prova documental¹⁰³.

O ato praticado tanto pode ser uma ação, omissão¹⁰⁴ ou ameaça de violação por agente público ou que desempenhe funções delegadas, autorizadas ou com permissão do Poder Público. Importa, no entanto, que o ato tenha conteúdo de decisão, visto que atos meramente executórios não são passíveis de revisão via mandado de segurança¹⁰⁵. Não há necessidade de investidura num cargo público para que o ato seja entendido como praticado por autoridade. Somado o ato à ilegalidade ou abuso de poder, tem-se o *ato coator*.

O ato com caráter eminentemente político, no sentido restrito, conforme a visão de Régis Fernandes de OLIVEIRA não admite revisão por mandado de segurança. Por se referir a questão específica de competência do Presidente da República e, mais do que isso, por se tratar de afronta, a, no máximo, interesse do indivíduo envolvido, não existe um direito líquido e certo a ser tutelado. Também inexistiria um ato coator no caso de exoneração de Ministro de Estado, por exemplo.

¹⁰⁰ BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**, p. 56.

¹⁰¹ MEIRELLES, H. L. **Mandado de segurança**, p. 37.

¹⁰² FERRAZ, S. Obra citada, p. 34.

¹⁰³ MEDINA, J. M. G; ARAÚJO, F. C, Obra citada, p. 34.

¹⁰⁴ As omissões seriam violadoras de direito líquido e certo do impetrante quando há dever legal de prática do ato pela Administração, segundo Celso Agrícola Barbi (BARBI, C. A. Obra citada, p. 86).

¹⁰⁵ MEIRELLES, H. L. **Mandado de segurança**, p. 33.

No entanto, se pensado o ato político conforme as definições de outros autores citados no 1º capítulo deste trabalho, que veem o ato político como mero ato administrativo dotado de fundamento político, ter-se-ia aberta a possibilidade do cabimento do *writ*, visto que há várias hipóteses de revisão do ato administrativo, inclusive no tocante ao motivo e à motivação. Motivação, ainda que política, pode não ter relação com a finalidade do ato. Também podem ocorrer vícios de competência e forma, que permitem pronto controle.

Se pensada a questão de políticas públicas, uma decisão de caráter político pode acarretar lesão a direito fundamental. Um exemplo seria a distribuição de medicamentos de certo programa de saúde a apenas determinadas regiões do país, sob alegação de conveniência e oportunidade. Nada obsta que um habitante da região não favorecida pelo programa pleiteie, via mandado de segurança, o fornecimento do medicamento.

A “ilegalidade ou abuso de poder”, também condição específica, por sua vez, era mencionada na Constituição de 1934 como “inconstitucional ou ilegal”.

A ilegalidade, infração à disciplina legal, segundo José Miguel Garcia MEDINA, ocorre quando do descompasso entre causa e efeito nos casos em que a competência do agente é vinculada nos atos que pratica¹⁰⁶. Não haveria margem de liberdade ao agente, que deveria agir exatamente como comanda a norma. O abuso de poder, por sua vez, está relacionado a atos de competência discricionária, com desvio dessa competência por parte do agente, lesando o cidadão ou a coletividade.

Ressalte-se que os doutrinadores pesquisados, em sua maioria, afirmam a existência de outras condições, meramente processuais, mas se considerou importante nesta pesquisa o esclarecimento acerca dos requisitos constitucionais para que se possa adentrar a questão do cabimento do *writ* em face de atos políticos.

4. 3 Cabimento do mandado de segurança contra atos políticos

Ainda que, conforme já mencionado, existam outros tipos de ações que poderiam ser usadas para questionar atos políticos e seus efeitos, em caso de lesão a direito individual ou coletivo é natural que se cogite primeiramente o mandado de

¹⁰⁶ MEDINA, J. M. G; ARAÚJO, F. C. Obra citada, p. 37.

segurança¹⁰⁷, mormente pela tramitação prioritária sobre qualquer tipo de demanda, com exceção ao *habeas corpus*. Essa prioridade por si só explicaria a preferência pelo instituto. Além disso, tem-se que o mandado de segurança, cumpridos os requisitos específicos para a concessão da segurança e presentes as condições da ação, implicam provimento judicial imediato.

Outro ponto a ser considerado no trato do assunto diz respeito ao manejo do instituto, que “está indissociavelmente atrelado ao *status activus processualis* e é manifestação do *direito de resistência* do cidadão contra atos ilegais e abusivos praticado (sic) pelo poder público”¹⁰⁸. O âmago do mandado de segurança reside, inevitavelmente, no caráter de ser instrumento de tutela específica para a limitação da atividade estatal abusiva e ilegal que não é albergada pelo *habeas corpus* e pelo *habeas data*¹⁰⁹ e no seu reconhecimento como garantia.

Assim sendo, a visão constitucional do mandado de segurança não permite, ainda que parte da doutrina afirme a impossibilidade de impetração em face de atos políticos, que se restrinja a aplicação do instituto em razão da natureza do ato coator. A Constituição não faz essa vedação e não caberia à lei ordinária fazê-la na aplicação da norma constitucional. Toda restrição ao cabimento do mandado de segurança deve ser desconsiderada quando violar a Constituição. Ao impor limitações de acordo com a natureza do ato, está o legislador violando norma constitucional, em especial o já mencionado art. 5º, inc. XXXV.

Não se pretende com isso afirmar que o mérito do ato possa *sempre* ser examinado e revisto judicialmente, mas é inevitável e até necessário que exista alguma possibilidade de controle, seja o ato qual for e qual seja a sua natureza ou o seu fundamento, sob pena de se albergar ilegalidades insustentáveis juridicamente. Conforme afirmou Alfredo BUZAID, existe a possibilidade de o ato ser formalmente correto e expedido por autoridade competente, mas ilegal e abusivo no mérito, de modo a exigir pronta correção mandamental¹¹⁰. A exceção no caso da vedação do cabimento do mandado de segurança contra lei em tese se justifica porque o meio

¹⁰⁷ Há quem entenda, como Sérgio Cruz ARENHART e Luiz Guilherme MARINONI, que a preferência pelo instituto se dê por razões históricas, dado o extenso rol de remédios processuais disponíveis.

¹⁰⁸ MEDINA, J. M. G.; ARAÚJO, F. C, *Obra citada*, p. 21.

¹⁰⁹ É de conhecimento notório o cabimento por exclusão do mandado de segurança. Isso está consolidado no próprio texto constitucional, no art. 5º, inc. LXIX.

¹¹⁰ BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. Vol. I. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. p. 121. Embora o foco do autor neste trecho seja o ato disciplinar, o mesmo poderia ser dito do ato político. Observa-se que a nova lei não mais faz vedação ao uso do writ em face de atos disciplinares, como fazia o art. 5º, inc. III, da Lei nº 1.533/51.

cabível para exercício do controle de constitucionalidade é outro. Além disso, não há violação possível por lei que ainda não incidu e se trata somente de vontade abstrata.

Ainda nesse âmbito, ter-se-ia que não há distinção entre a possibilidade de impetração em relação somente a atos vinculados ou discricionários. Ressaltar a impossibilidade absoluta de apreciação judicial do mérito do ato administrativo atualmente não mais se justifica, tendo em vista a teoria dos motivos determinantes. Essa teoria dispõe que os motivos que determinaram a vontade do agente integram a validade do ato, ou seja, motivos incorretamente qualificados viciam o ato. Segundo Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO: “Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificaram.”¹¹¹ Tem-se uma vinculação aos motivos expostos. Conseqüentemente, o controle da legalidade do ato exige o exame dos elementos que configuram o ato, bem como da fundamentação exposta, seja o ato político ou administrativo¹¹².

Desse modo, confirma-se que é indiferente a escolha doutrinária e teórica de que tratamos no primeiro capítulo deste trabalho. Se o ato tiver natureza puramente discricionária, cabível é o mandado de segurança, uma vez que essa discricionariedade se manifesta no conteúdo do ato. Se, por sua vez, o ato não é um ato político como ente autônomo, mas somente um ato administrativo dotado de conteúdo político, o mandado também se mostra cabível, visto que o que se exige é a existência de direito líquido e certo violado ou ameaçado de sê-lo por meio de ato de autoridade praticado com ilegalidade ou abuso de poder. Se, de outro modo, o ato é político como ente autônomo (ainda que se discorde dessa visão) e viola direito e afronta a Constituição, também existe a possibilidade de impetração. A mera evocação do Princípio de Separação de Poderes não elide o cabimento do *writ*, visto que não mais se sustenta doutrinariamente a visão tripartida e completamente autônoma dos três Poderes, mas a de uma *harmonização* entre eles.

Mencionou-se anteriormente, no trecho destinado ao tratamento da reserva do possível, a questão relacionada a programas implementados pelo governo que

¹¹¹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**, p. 396.

¹¹² Ainda que já se tenha afirmado a discordância de opinião em relação aos autores que veem os atos políticos como entes ontologicamente autônomos, preferiu-se manter a redação dessa forma, para se evitar possível ambigüidade.

excluam determinados cidadãos, seja por ausência de planejamento prévio por parte do Executivo ou mesmo posterior falta de recursos financeiros. Nesses casos, cabe ao Judiciário, caso seja invocado por meio de ação civil pública, ordenar à Administração que garanta o acesso de todos os cidadãos que necessitem da implementação do programa. No entanto, determinados casos, em razão da urgência que demandam, não só podem como devem fazer uso do mandado de segurança.

Sérgio FERRAZ, no entanto, afirma não ser possível impetrar mandado de segurança contra atos políticos em razão da “ampla margem de avaliação subjetiva e contingencial – dados que afastam, em tese, a certeza e liquidez do direito subjetivo que ameaçam ou infringem¹¹³”, embora isso não os deixe livres de controle judicial por outra via processual. Considera-se esse posicionamento equivocado, uma vez que abuso de autoridade e ilegalidades não passam despercebidas pela simples invocação de uma “ampla margem de avaliação subjetiva”. A situação jurídica incontestável é passível de prova pré-constituída. De qualquer forma, o autor não veda o cabimento de todo, uma vez que se baseia na tese de impossibilidade de comprovação de violação de direito incontestável.

José CRETELLA JÚNIOR, por sua vez, é taxativo ao afirmar que o mandado de segurança é via perfeitamente adequada em caso de flagrante violação a direito individual¹¹⁴.

Para PONTES DE MIRANDA, basta que o ato de autoridade infrinja o princípio da isonomia e ter-se-á composto o suporte fático da norma sobre o cabimento do mandado de segurança, não importando a natureza do ato, seja administrativo ou político, ressalvado o ato *interna corporis*¹¹⁵ e práticas amparadas pela Constituição e não passíveis de controle quando expressas no texto constitucional. Uma vez que a Constituição de 1988 não faz vedação alguma nesse sentido, mas apenas elenca em que caso é cabível o mandado de segurança, ao estabelecer a competência residual do instituto, excluindo os direitos relativos à liberdade de locomoção (amparados por *habeas corpus*) e à liberdade de informação (amparados por *habeas data*), somados ao explicitado no inc. XXXV do art. 5º, tem-se que é perfeitamente possível o cabimento do writ, não havendo,

¹¹³ FERRAZ, Sérgio. **Mandado de Segurança**, p. 157.

¹¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, J. **Do mandado de segurança**, p. 207.

¹¹⁵ Motivos para não cabimento do mandado de segurança já explicitados anteriormente.

portanto, argumentação válida no sentido de uma tentativa de blindar os atos dotados de conteúdo político do controle e da apreciação judicial quando abusivos e ilegais.

5. CONCLUSÃO

O posicionamento dos diversos autores mencionados somados confirma que a reflexão posta neste trabalho não partiu do vácuo, mas demandou pesquisa de modo a confirmar o que já se pretendia no título, ou seja, comprovar ser possível o cabimento do mandado de segurança em face de atos políticos, ainda que exista certa resistência de alguns autores ou mesmo omissão de outros no trato da questão.

Acredita-se que a própria ausência de definição precisa a respeito dos atos políticos e de seu conteúdo contribua para a constante negativa da possibilidade de controle por parcela da doutrina, ainda que em grande parte isso seja feito sem a devida reflexão que o tema exige.

Os atos políticos não só são passíveis de controle como devem ser revistos em caso de abuso de poder, ilegalidade ou omissão injustificada. Obviamente, não se quer e nem se pretende concluir pelo total e irrestrito controle de todo e qualquer ato político, mas defende-se a análise minuciosa que o caso concreto exige, tratando-se de cada uma de suas particularidades.

O cerne da questão do controle deve se pautar, primordialmente, na existência ou inexistência de violação ou ameaça a direito, a liberdades públicas, à afronta a princípios constitucionais e não na parcela de conteúdo político do ato posto à revisão judicial. Pautar-se somente no ponto político do conteúdo é subjugar a Constituição, que não só permite como *ordena* ao Judiciário que não se abstenha na ocorrência de lesão ou ameaça a direito.

O mandado de segurança, é, dessa forma, um dos meios à disposição do cidadão para fazer valer seu direito de resistência em face do abuso Estatal que possa vir a ser praticado pelos seus agentes.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In: Rodrigo Mazzei (Coord.). **Processo civil coletivo**.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1. ed. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Discrecionabilidade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 11. ed. Atualização de Bernardo Pimentel Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: Ingo Sarlet e Luciano Benetti Timm (Org.) **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** 2. ed. São Paulo: IBDC, 1999.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **A nova lei do mandado de segurança: Comentários sistemáticos à Lei nº 12.016, de 7-8-2009.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 22. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do mandado de segurança.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Curso de direito administrativo.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAZ, Sergio. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O controle da moralidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Ano V. Número 30. p. 8-30. Maio-Junho 2009.

HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros**. Curitiba, 2009, 306f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: Ingo Sarlet e Luciano Benetti Timm (Org.) **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

PONTES DE MIRANDA, José Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo V (arts. 153, § 2º - 159). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: Edis Milaré (Coord.). **Ação civil pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 707-751.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: Teoria geral do processo**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: Processo de conhecimento.** v. 2. 7. ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Curso de processo civil: Procedimentos Especiais.** v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de segurança individual e coletivo: Comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Mandado de segurança.** 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo.** v. 1. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo de. **Legitimidade e discricionariedade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo.** 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Estudos de Direito Público. Teoria dos actos de governo.** v. I. Coimbra, 1948.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

TAMER, Sérgio Victor. **Atos políticos e direitos sociais nas democracias**. Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ANEXO 1 – Decisão monocrática proferida na ADPF nº 45.

ADPF 45-9 – Distrito Federal

Relator: Min. CELSO DE MELLO DJ DATA-04/05/2004 P - 00012

ARGTE.(S): PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB

ADV.(A/S): GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE CARVALHO E OUTRO(A/S)

ARGDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Julgamento: 29/04/2004

Despacho

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 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). **DECISÃO:** Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: "§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza." O autor da presente ação constitucional

sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: "Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: 'Art.59..... . § 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.' (NR)." (grifei) Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). Impende assinalar que a regra legal em questão - que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental - entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição

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: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) 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 (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na

Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), 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 inconseqüente, 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). 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. Daí a correta ponderação de

ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "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." (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. 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. 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. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (grifei) Todas as considerações que

venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente argüição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em conseqüência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro "não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)" (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril

de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator

ANEXO 2 – Exposição de motivos da Lei nº 12.016/2009.

E.M.I. nº 00006 - AGU/MJ

Em 16 de abril de 2001.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submetemos à consideração de Vossa Excelência o anexo Projeto de Lei que “Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, e dá outras providências”, calcado em proposta da Comissão de juristas constituída pela Portaria nº 634, de 23 de outubro de 1996, presidida pelo Professor Caio Tácito e da qual foram relator e revisor, respectivamente, o Professor Arnoldo Wald e o Ministro Carlos Alberto Direito.

2. Decorridos mais de sessenta e cinco anos da introdução do instituto do mandado de segurança no direito processual pela Carta Política de 1934 e quase meio século após a edição da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que o regulamentou de modo sistemático, evidenciou-se a necessidade de atualizar a legislação sobre a matéria, considerando as modificações constitucionais acerca do tema e as alterações legais que sofreu. Não bastasse isso, o mandado de segurança gerou ampla jurisprudência sobre seus mais variados aspectos, que está sedimentada em súmulas dos tribunais.

3. Nesse contexto, o projeto se integra no movimento de reforma legal que busca a maior coerência do sistema legislativo, para facilitar o conhecimento do direito vigente aos profissionais da área e ao cidadão, mediante a atualização, por consolidação em diploma único, de todas as normas que regem a mesma matéria.

4. Também inspiraram a Comissão importantes conquistas jurisprudenciais, como, por exemplo, sobre impetração contra decisões disciplinares e por parte de terceiro contra decisões judiciais, bem como a adequada defesa pública, de modo a oferecer ao Poder Judiciário os elementos necessários a um julgamento imparcial, com a preservação dos interesses do Tesouro Nacional.

5. Em princípio, foram mantidas a redação e a sistemática das regras vigentes, a fim de evitar divergências de interpretação em matérias sobre as quais a jurisprudência já se consolidou.

6. Ao conceituar o mandado de segurança e definir o seu campo de atuação, o projeto mantém, em linhas gerais, o direito anterior, indicando como destinatário qualquer pessoa física ou jurídica, em garantia de direito líquido e certo. Equipara ao conceito de autoridade os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades da administração descentralizada e delegada, excluídos, contudo, do âmbito do instituto, os atos comerciais de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionários de serviços públicos (art. 1º, § 2º).

7. No caso de urgência da impetração e da comunicação da decisão, a proposta admite o uso de fax e de outros meios eletrônicos de autenticidade comprovada, adotando o disposto na Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999, que “permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais” (arts. 4º e 13).

8. Na esteira da jurisprudência dos tribunais, o mandado de segurança é cabível contra sanções disciplinares ou, independentemente de recurso hierárquico, contra omissões da autoridade, após sua notificação judicial ou extrajudicial. Igualmente calcado na doutrina e na jurisprudência, o projeto considera autoridade coatora a que praticou o ato e aquela de quem emanou a ordem. Se suscitada pelo indicado coator a ilegitimidade passiva, admite-se a emenda da inicial no prazo de dez dias (art. 6º).

9. Para que a pessoa jurídica de direito público interessada possa apresentar a defesa de seu ato, o projeto determina que esta receba cópia da petição inicial, extraída dos autos pelo cartório, sem documentos, sendo-lhe facultado o ingresso no feito (art. 7º). Tal medida já é utilizada em alguns Estados e se justifica em virtude das determinações da Constituição vigente, que separaram as funções do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União.

10. São mantidas, no projeto, as restrições impostas em leis especiais, que, em determinados casos, vedam tanto a concessão da medida liminar como a execução da decisão antes de seu trânsito em julgado. Também está prevista a possibilidade de o juiz exigir garantia do impetrante para que possa ser concedida liminar (art. 7º, III, e § 2º).

11. Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, são mantidos até a prolação da sentença, dando-se prioridade aos feitos nos quais tenha sido concedida (art. 7º, §§ 3º e 4º).

12. As vedações relacionadas com a concessão de liminares estendem-se à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil (art. 7º, § 5º).

13. Na hipótese de paralisação do andamento do processo, por culpa do impetrante, ou omissão de atos ou diligências a seu cargo, o projeto prevê que seja decretada a preempção ou caducidade da medida liminar (art. 8º).

14. A fim de assegurar a adequada defesa da Administração, a proposta determina que a autoridade coatora remeta ao Ministério ou ao órgão ao qual está subordinada e à Advocacia-Geral da União ou entidade local correspondente o mandado notificatório com as informações cabíveis (art. 9º).

15. Os casos de indeferimento da petição inicial e do recurso cabível são esclarecidos, de modo adequado, assim como o momento até o qual será admitido o litisconsórcio ativo, a fim de respeitar o princípio do juiz natural (art. 10).

16. Decorrido o prazo para que o coator preste as informações e a entidade, querendo, apresente a sua defesa, os autos serão encaminhados ao Ministério Público, se a matéria for de interesse público ou social, com o prazo improrrogável de dez dias, para opinar. Em seguida, o processo será concluso, com ou sem parecer, para que o magistrado profira sentença, no prazo de trinta dias (art. 12). Assim, em tese, o julgamento em primeiro grau de jurisdição deverá ocorrer em dois meses a partir do ingresso do impetrante em juízo.
17. O projeto assegura à autoridade coatora o direito de recorrer, matéria ainda controversa na jurisprudência (art. 14, § 2º).
18. Com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a proposta prevê a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público solicitar a suspensão de medida liminar, ou sentença, ao presidente de um dos tribunais superiores, quando denegado pelo Presidente do órgão julgador da segunda instância ou em agravo contra decisão deste (art. 15).
19. Abrigando matéria que, em grande parte, apenas consta dos Regimentos Internos, o projeto regula o processo do mandado de segurança nos casos de competência originária dos tribunais (art. 16).
20. Não sendo publicado o acórdão no prazo de trinta dias contados da data do julgamento, é facultada sua substituição pelas notas taquigráficas, independentemente de revisão.
21. Regulam-se os recursos contra as decisões do mandado de segurança proferidas em única instância (art. 18).
22. O projeto trata, ainda, do mandado de segurança coletivo que, embora criado pela Constituição de 1988, ainda não mereceu disciplina pela legislação ordinária (arts. 21 e 22).
23. Constam, ainda, outras disposições a respeito do prazo para a impetração do mandado de segurança, da inviabilidade da interposição dos embargos infringentes e do descabimento da condenação ao pagamento dos honorários de sucumbência, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé (arts. 23 e 25).
24. O projeto equipara o não cumprimento pelas autoridades administrativas das decisões proferidas em mandado de segurança ao crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, sem prejuízo da aplicação das sanções administrativas cabíveis (art. 26).
25. Com essas medidas, além de complementar a legislação ordinária em matérias nas quais é omissa, o projeto cuida de garantir maior eficiência ao instituto, conferindo poder coercitivo específico às decisões nele proferidas e organizando mais adequadamente os serviços judiciários de modo a permitir o julgamento rápido das ações mandamentais.

26. Estas, em síntese, Senhor Presidente, as normas que ora submetemos ao elevado descortino de Vossa Excelência, destinadas a atualizar e aprimorar o sistema judiciário vigente, em relação a instituto que tem garantido adequadamente os direitos individuais e se tornou um dos instrumentos mais importantes do Estado de Direito e do sistema democrático.

Respeitosamente,

GILMAR FERREIRA MENDES
Advogado-Geral da União

JOSÉ GREGORI
Ministro de Estado da Justiça

Aviso nº 905 - C. Civil.

Em 7 de agosto de 2001.

Senhor Primeiro Secretário,

Encaminho a essa Secretaria Mensagem do Excelentíssimo Senhor Presidente da República relativa ao projeto de lei que "Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, e dá outras providências".

Atenciosamente,



PEDRO PARENTE
Chefe da Casa Civil
da Presidência da República

A Sua Excelência o Senhor
Deputado SEVERINO CAVALCANTI
Primeiro Secretário da Câmara dos Deputados
BRÁSÍLIA-DF