



INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO
Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento

LUCAS TAVARES SIMÃO

**JURISDIÇÃO E ECONOMIA POLÍTICA CONSTITUCIONAL: controle de políticas
públicas na ADPF e análise econômica do direito pragmática às restrições
constitucionais**

SÃO PAULO-SP
2021

LUCAS TAVARES SIMÃO

JURISDIÇÃO E ECONOMIA POLÍTICA CONSTITUCIONAL: controle de políticas públicas na ADPF e análise econômica do direito pragmática às restrições constitucionais

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação do Professor Doutor Thomas Victor Conti, apresentado para obtenção do Título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento, na área de concentração Constituição, Políticas Públicas e Democracia.

SÃO PAULO-SP

2021

LUCAS TAVARES SIMÃO

JURISDIÇÃO E ECONOMIA POLÍTICA CONSTITUCIONAL: controle de políticas públicas na ADPF e análise econômica do direito pragmática às restrições constitucionais

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Interdisciplinar Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento, na área de concentração Constituição, Políticas Públicas e Democracia.

Data da defesa 25/06/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador Dr. Thomas Victor Conti
Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP-SP)

Prof. Avaliador Dr. Luciano Benetti Timm
Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP-SP)

Prof. Avaliador Dr. Ricardo Hasson Sayeg
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

SIMÃO, Lucas Tavares.

JURISDIÇÃO E ECONOMIA POLÍTICA CONSTITUCIONAL: controle de políticas públicas na ADPF e análise econômica do direito pragmática às restrições constitucionais / Lucas Tavares Simão. – 2021. 116f; 30cm.

Dissertação de Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento – Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), São Paulo, 2021.

AGRADECIMENTOS

A elaboração de qualquer trabalho acadêmico é uma difícil tarefa que se soma a tantas outras do cotidiano. Quem opta por prosseguir o caminho dos estudos enfrenta dificuldades que vão muito além do desafio de se debruçar sobre livros, artigos, notícias, julgados e textos normativos. Optar pelo estudo implica em certas renúncias, que podem ser traduzidas por extensos momentos de companhia própria. Nesse contexto, a compreensão e o apoio proporcionado pelos familiares e amigos próximos são de uma importância incomensurável. Dessa forma, esses agradecimentos devem ser estendidos a todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente com os meus estudos, desde a infância até o mestrado.

Agradeço aos meus pais, que com amor e paciência me ajudam diariamente na superação dos desafios e na construção de quem estou me tornando. Meu pai, Fernando, foi quem desde a infância me despertou a curiosidade sobre as ciências jurídicas. A minha mãe, Stella, por sua vez, nutriu-me de compreensão e me ensinou a triunfar sobre as situações difíceis da vida. Agradeço também aos meus irmãos, Bruno e Rafael, sem os quais, sinceramente, faltaria um pedaço de mim.

Dedico um agradecimento especial ao amigo e mentor Dr. Henrique Nelson Calandra que, em momentos difíceis, deu-me a força necessária para prosseguir trilhando a minha jornada acadêmica. Seu bom coração, além de promover a diferença que o mundo tanto precisa, inspira-me a ser uma pessoa melhor.

Agradeço ao Instituto Brasiliense de Direito Público por proporcionar, através de seus professores e funcionários, uma riquíssima experiência acadêmica. Especialmente, sou extremamente grato por ter contado com a orientação do Professor Dr. Thomas Victor Conti, que se reuniu comigo incontáveis vezes e sempre com muita paciência me direcionou da melhor forma possível para a elaboração de minha pesquisa. Igualmente, com muita gratificação recebi as lições que os Professores Dr. Luciano Benetti Timm e Dr. Ricardo Hasson Sayeg transmitiram em minha banca de qualificação.

Agradeço a todos os meus amigos, os que ganhei no mestrado e que me acompanharão para sempre, e aqueles que estão comigo desde a infância e merecem menção honrosa: Antônio Barbeiro, Pedro Lopes, Lucas Dobbert, Kaue Tonelli, Enrique Faro e Vinícius Bento.

Sinto, também, muita vontade de agradecer a todos os Professores que estiveram presentes em minha vida e contribuíram com a minha formação. Isso faço na pessoa de quem, primeiro, no Colégio Intellectus e, depois, no curso de redação Contexto, ensinou-me a escrever, o Professor Washington Paracatu.

Enfim, agradeço à minha querida namorada, Beatriz Gimenez, que há tantos anos me presenteia com o seu apoio, companheirismo, compreensão e amor. Seu amor é tão grande e seu coração tão puro que com ela encontro razões para enfrentar os desafios da vida e crescer.

À minha família, pelo constante incentivo e apoio; à minha namorada, por sua compreensão e amor; aos meus amigos, pela força e companhia; à Universidade e aos professores, pelo nobre empenho na transmissão do conhecimento.

Resumo: O presente trabalho investiga as conexões entre o controle de constitucionalidade de políticas públicas em ADPF e as restrições constitucionais que afetam o processo de tomada de decisão e geram repercussões econômicas. Essa investigação é relevante para a compreensão do papel das instituições constitucionais na promoção do desenvolvimento. Nesta dissertação, realizamos um experimento teórico em que identificamos o padrão decisório atual do Supremo Tribunal Federal e seus efeitos jurídicos; após o que desenvolvemos a análise de jurisprudência, a partir de uma perspectiva interdisciplinar entre o Direito e a Economia. Para tanto, introduzimos o programa de pesquisa denominado economia política constitucional, concebido por Buchanan. A aplicação do método de análise da economia política constitucional proporcionou ferramentas para compreender o processo de tomada de decisão institucional, à luz das restrições constitucionais. O conjunto de decisões do Supremo Tribunal Federal em ADPF sobre políticas públicas apresentou uma linha jurisprudencial coerente e preocupada com a efetivação dos preceitos da igualdade material, vida, dignidade, separação e harmonia entre os poderes, pacto federativo, livre iniciativa e segurança jurídica. Ademais, verificou-se uma crescente preocupação com as consequências práticas das decisões da Corte. Concluímos que o adequado funcionamento das instituições constitucionalmente fundadas e organizadas, bem como o estabelecimento de direitos bem definidos e a redução dos custos de transação consistem em fatores essenciais para o progresso social. Para tanto, é preciso que as instituições possam exercer controles recíprocos com eficiência e independência, a qual pudemos observar no estudado controle de constitucionalidade de políticas públicas. Enfim, considerando que a estabilidade institucional é elementar para as boas relações humanas e para o desenvolvimento, e que instrumentos garantidores da força normativa da Constituição, como a jurisdição constitucional, propiciam tal estabilidade; propomos que a Constituição seja vista, também, como um instrumento normativo estabilizador das relações socioeconômicas e promovedor do desenvolvimento.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. ADPF. Políticas Públicas. Análise Econômica do Direito. Economia Política Constitucional.

Abstract: This thesis investigates whether the judicial review of public policies can promote a positive economic result on development and how to analyze the choice made within constitutional constraints. This investigation is relevant for understanding the role of constitutional institutions in promoting development. Thus, we conducted a theoretical experiment in which we identified the current decision-making pattern of the Supreme Court and its legal effects; after which we developed the analysis of the jurisprudence of this Court, from an interdisciplinary perspective between Law and Economics. In order to do so, we explored the research program constitutional political economy conceived by Buchanan. The method provides tools to understand the institutional decision-making process that are affected by constitutional constraints. The set of decisions of the Federal Supreme Court on public policies tends to value the federative pact, the implementation of fundamental rights and legal security. Furthermore, there was growing concern about the practical consequences of the Court's decisions. In conclusion, we understand that the proper functioning of constitutionally founded and organized institutions, as well as the establishment of well-defined rights and the reduction of tradeoffs are essential factors for social progress. Therefore, it is mandatory that the institutions may exercise reciprocal control with efficiency and independence, which we observed in the studied judicial review of public policies. Finally, considering that institutional stability is essential for decent human relations and for development, and that instruments that guarantee the normative force of the Constitution, such as constitutional jurisdiction, provide such stability; we propose to also see the Constitution as a normative instrument that stabilizes socioeconomic relations and promotes development.

Keywords: Judicial Review. Public Policies. Law and Economics. Constitutional Political Economy.

Sumário

INTRODUÇÃO	9
1. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COMO CATALISADOR PROCESSUAL DO CONTROLE DEMOCRÁTICO.....	16
1.1 Considerações iniciais sobre o controle de constitucionalidade na Constituição brasileira.....	16
1.2. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: origem, atributos e procedimento.....	21
1.3. A arguição de descumprimento de preceito fundamental como catalisador processual do controle democrático	34
2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL CONTEMPORÂNEA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM ADPF	40
2.1. O dirigismo constitucional e a judicialização das políticas públicas.....	40
2.2. O controle de constitucionalidade das políticas públicas.....	45
2.3. Introdução a respeito da análise do julgamento de políticas públicas em ADPF	59
2.4. Análise jurisprudencial.....	61
3. ECONOMIA POLÍTICA CONSTITUCIONAL: a análise econômica do direito pragmática às restrições constitucionais	69
3.1. Considerações elementares	69
3.2. Economia Política Constitucional	76
3.3. Jurisdição e Economia Política Constitucional	82
CONCLUSÃO.....	87
ANEXO I – Coleta empírica de dados	90
a) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186</i>	90
b) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309</i>	91
c) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 341</i>	92
d) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347</i>	94
e) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 109</i>	96

f) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 292</i>	98
g) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449</i>	99
h) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 77</i>	100
i) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347</i>	101
j) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 620</i>	102
k) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 457</i>	104
l) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 656</i>	105
m) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 460</i>	106
n) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635</i>	107
o) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709</i>	109
p) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 513</i>	110
q) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 738</i>	111
r) <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672</i>	112
REFERÊNCIAS	114

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo construir uma avaliação crítica e interdisciplinar sobre o controle de constitucionalidade e a economia política constitucional. Em especial, a respeito do controle jurisdicional de políticas públicas na ADPF. Assim, edificamos um experimento teórico para que os dados coletados – critérios decisórios atualmente adotados e seus efeitos jurídicos – sejam interpretados não apenas juridicamente, mas também à luz da análise econômica do direito, a fim de identificar como as restrições constitucionais influenciam no processo de tomada de decisão institucional, no controle de constitucionalidade.

O tema exposto comporta algumas considerações introdutórias. A República brasileira constitui-se em um Estado Democrático de Direito e traz como princípio fundamental, dentre outros, a separação dos três poderes independentes e harmônicos entre si, quais sejam, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário¹.

Entende-se, a esse respeito, à luz do princípio democrático, que o poder é uno e emana do povo, seu titular, sendo o Estado o delegatário do referido poder. Por conseguinte, o que a Constituição denomina de poderes são, tecnicamente, funções dotadas de superior importância. Vale dizer, entretanto, que isso não significa que as funções Executiva, Legislativa e Judiciária sejam as únicas relevantes para o adequado funcionamento da máquina estatal.

Dessa relação, independente e harmônica que existe entre os denominados três poderes, surge a eventual possibilidade de um poder exercer mecanismos de controle sobre outro poder. Exemplificativamente, dentro de nosso tema, o poder Executivo pode se organizar com o poder Legislativo objetivando a aprovação de medidas que criem uma determinada política pública.

Ocorre que, se algum dos legitimados provocar o poder Judiciário em sede arguição de descumprimento de preceito fundamental, diante de eventual violação a preceito fundamental pela hipotética política pública, a Corte Constitucional precisará se manifestar: seja para entender pela inadequação da via eleita, seja para julgar o mérito da causa e eventualmente declarar a inconstitucionalidade de atos, comissivos ou omissivos, dos outros poderes.

Nesse contexto, o controle jurisdicional de uma política pública traz consigo muitas indagações de relevância não apenas de ordem teórica, mas também prática.

¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Arts. 1º e 2º.

Entender o tratamento constitucional da matéria, a atual interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e as repercussões econômicas que esse processo decisório causa é tarefa necessária para identificar o caminho que estamos seguindo no amadurecimento de nossa democracia constitucional.

O mapeamento e a compreensão dessas questões fornecem o substrato teórico que tanto precisamos para perceber se a nossa democracia constitucional está seguindo o rumo que desejamos. Se não estivermos no caminho ideal, mas compreendermos as questões necessárias, será possível racionalizar caminhos mais adequados e a forma de seguir por eles.

Então, podemos sintetizar o nosso problema de pesquisa com a seguinte pergunta: quais são as implicações do controle de constitucionalidade de políticas públicas em ADPF no desenvolvimento nacional?

Para explorar o nosso tema e responder a essa complexa pergunta, decomposemos o problema de pesquisa para analisar e compreender seus diversos aspectos. Por sua vez, o raciocínio para a análise dos dados coletados será indutivo; ou seja, do particular para o geral, observando-se os critérios decisórios e os efeitos jurídicos de diferentes ações, a fim de identificar o padrão. Assim, serão feitas pesquisas bibliográfica e jurisprudencial. Esta última, para fins de recorte metodológico, restringir-se-á aos anos 2012-2020. Dessa forma, teremos o substrato teórico e prático essencial para encontrarmos as conclusões almejadas.

Para construirmos o caminho teórico necessário à consecução de nossos objetivos, é importante compreender o fenômeno constitucionalista e as suas repercussões. Dentro de um Estado Democrático de Direito, a Constituição é o diploma normativo de mais alta hierarquia. Essencialmente, a Carta Magna tem a função primordial de disciplinar a organização do Estado, a divisão do poder político e apresentar os direitos fundamentais.

Percebe-se, a partir de então, a intrínseca relação entre o Direito e a Política. Alguns podem sustentar que a Constituição não possui força suficiente para ditar o exercício do poder político, subordinando-se, de fato, a este. Para essa corrente, preconizada por Ferdinand Lassalle², a Constituição, caso não expresse em seus artigos os fatores reais de poder, será uma mera folha de papel.

² LASSALLE, Ferdinand, **Que é uma Constituição?**, São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Versão para eBook., 1864.

Outros, adotando a linha de Konrad Hesse³, à qual nos filiamos e acrescentamos elementos complementares no decorrer deste trabalho, superam o pensamento anterior para atribuir à Constituição, por si só, poder normativo. A Constituição não é uma mera carta de intenções ou uma folha de papel. Embora, obviamente, o constituinte originário carregue consigo influências do poder político de fato, de modo que as disposições constitucionais tendam a refletir o pensamento político do momento de sua elaboração, não é a isso que se resume uma Constituição.

O fenômeno constitucionalista, nesse sentido, desenvolve-se rumo à superação dos antigos privilégios absolutistas⁴. De tal modo, em síntese, podemos dizer que, a partir do momento que uma nova ordem jurídico-constitucional é instituída, o exercício do poder político é concomitantemente legitimado e limitado pela Carta Magna⁵, cuja força normativa promove a estabilização das forças políticas.

Essa estabilização, vale dizer, decorre da supremacia constitucional. Isto é, dentro de um ordenamento jurídico positivado, a Lei – em sentido amplo – de maior grau hierárquico é a Constituição. Ademais, referida supremacia só se efetiva por meio de Constituições rígidas ou semirrígidas: naquelas em que o procedimento legislativo de alteração da Constituição é mais difícil do que o procedimento para alterar as outras leis.

Por conseguinte, diante de uma Constituição rígida, faz-se necessário haver mecanismos de controle de constitucionalidade. Assim, se ocorrer alguma violação aos dispositivos constitucionais, será possível impugnar tal violação a fim de declarar uma inconstitucionalidade e preservar a supremacia constitucional e o poder normativo da Carta Magna.

Nesse sentido, a Constituição brasileira de 1988 possui diversos instrumentos de controle de constitucionalidade. Do ponto de vista jurisdicional, identificam-se dois sistemas: *(i)* o controle de constitucionalidade concreto ou difuso e *(ii)* o controle de constitucionalidade abstrato ou concentrado.

³ HESSE, Konrad, **A força normativa da Constituição**, Porto Alegre: Fabris, 1991.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet, **Curso de direito constitucional**, 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020; MARTINS, Flavio, **Curso de direito constitucional**, 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁵ BARROSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Dentre as ações do controle abstrato – aquelas cujo julgamento é feito originalmente pelo Supremo Tribunal Federal e possuem efeitos *erga omnes* –, destaca-se, neste trabalho, a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Prevista no § 1º do art. 102 da Constituição e regulamentada apenas em dezembro de 1999, pela Lei nº 9.882, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, destinada a prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental que decorra de ato do poder público, tem ganhado força e importância com o passar do tempo.

Considerando que as políticas públicas são atos do poder público e que muitas vezes se relacionam com preceitos fundamentais – até mesmo no sentido de buscar efetivá-los –, é teoricamente possível, se preenchidos os requisitos formais, haver o seu legítimo controle de constitucionalidade pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental⁶.

Importante lembrar, a referida ação, que só após a edição da Lei nº 9.882/1999 pôde ser utilizada, teve uma existência muito tímida por bastante tempo. Com o passar dos anos, todavia, passou a chamar cada vez mais a atenção, bem como tem ocupado cada vez mais as pautas do Supremo Tribunal Federal.

A princípio, parece-nos que um fator estimulante desse fenômeno seja a diferente forma de existência da referida ação. Se, por um lado, ela possui um caráter subsidiário – não podendo ser utilizada se for possível alcançar o resultado pretendido por outra via –; por outro lado, inexistindo meio eficaz ao controle de constitucionalidade de ato do poder público violador de preceito fundamental, a arguição de descumprimento de preceito fundamental assume então um papel protagonista⁷.

Inclusive, em razão da Carta Magna brasileira ser dirigente, ou seja, prolixa e estabelecadora de diretrizes de desenvolvimento, muitas políticas públicas derivam diretamente de comandos constitucionais. A esse respeito, nem todos os preceitos constitucionais são fundamentais, mas todos os preceitos fundamentais são constitucionais. Por serem os preceitos fundamentais direitos de suma importância, muitas políticas públicas relacionam-se com eles.

⁶ MARALDI, Maricy, **O controle de constitucionalidade das políticas públicas e a arguição de descumprimento de preceito fundamental**, PUC, São Paulo, 2005.

⁷ ABOUD, Georges, **Processo constitucional brasileiro**, 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Diante disso, mapearemos, com base nas decisões proferidas entre 2012-2020, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o controle de constitucionalidade de políticas públicas em arguição de descumprimento de preceito fundamental.

De maneira indutiva, percorreremos um caminho do particular ao geral, de modo a coletar os dados necessários e analisá-los a fim de identificar um padrão. Identificado o padrão decisório e os seus efeitos jurídicos, será possível adentrarmos à análise econômica do direito.

O desenvolvimento nacional está atrelado em grande parte à economia. A economia, por sua vez, dentre outros fatores, relaciona-se com as “regras do jogo”, as quais, por conseguinte, estão atreladas às instituições. Para a economia, o Direito é uma dessas instituições, motivo pelo qual ele possui a capacidade de influenciar os aspectos econômicos de uma nação. Um sistema jurídico que ao mesmo tempo seja dotado de estabilidade – trazendo segurança jurídica – e busque a redução dos custos de transação e das externalidades negativas, tende a promover o desenvolvimento⁸.

Nesse cenário, é necessária a compreensão de determinados fundamentos econômicos para aplica-los à análise econômica do padrão decisório encontrado nas decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito de políticas públicas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Vale dizer, os fundamentos da economia orbitam ao redor da análise de escolha dos indivíduos, dentre as opções possíveis. Isto é, o foco da análise econômica consiste em entender as escolhas feitas pelas pessoas, diante das restrições impostas pelo contexto social e institucional.

Em outras palavras, quando um indivíduo faz uma escolha, o custo dessa escolha consiste nas outras infinitas alternativas que ele teve de abdicar para ficar com uma⁹. Há, assim, um pressuposto de escassez que interfere na escolha racional dos indivíduos, os quais abrem mão de outras alternativas em prol de uma escolha específica, realizada em face das restrições impostas pelo mundo fenomênico¹⁰.

Indo além, na análise econômica do direito – que levará em conta os pontos introduzidos acima –, destaca-se, em nosso trabalho, o ramo da economia política

⁸ NORTH, Douglass C., *Institutions*, v. 5, n. 1, p. 97–112, 1991.

⁹ MANKIW, N. Gregory, **Introdução à economia**, São Paulo: Cengage Learning, 2009.

¹⁰ ROBBINS, Lionel, **An essay on the nature and significance of economic science**, Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institute, 2007.

constitucional¹¹. Trata-se de uma área concebida pelo Nobel em economia James M. Buchanan e pouco estudada pela academia brasileira.

O citado economista, abordando questões que no passado já foram negligenciadas pela economia, propôs uma metodologia analítica que leva em consideração a influência das engrenagens – restrições – constitucionais sobre os processos de escolha individual, social, política e coletiva.

Agrega-se na análise econômica do direito a capacidade que as normas constitucionais possuem em afetar os padrões de comportamento humano. Lembremo-nos, a instituição *Direito* é construída sobre o alicerce normativo e hierarquicamente superior da Constituição; e as instituições influenciam as decisões humanas, motivo pelo qual podem direcionar a tomada de decisão a fim de estimular o desenvolvimento.

A partir da perspectiva do pensamento construído no campo da economia política constitucional por James M. Buchanan, desenvolvemos uma análise econômica do controle de constitucionalidade de políticas públicas em arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Nesse âmbito, é certo que, do ponto de vista econômico, os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal também compõem as “regras do jogo”. Isso, pois, por terem eficácia *erga omnes* – valem para todos –, afetam a tomada de decisão do poder público e também, direta ou indiretamente, as decisões individuais e coletivas.

Feita essa contextualização, o nosso primeiro capítulo será dedicado a entender como a doutrina constitucional contemporânea interpreta o papel da arguição de descumprimento de preceito fundamental no controle de constitucionalidade e na jurisdição constitucional. Inclusive, abordando a relação da ADPF com o princípio democrático e seus mecanismos contramajoritários.

O segundo capítulo, por sua vez, abordará a característica que a Constituição brasileira tem de ser dirigente e a consequente relação de tal característica com a elaboração de políticas públicas e a sua judicialização. A partir daí, realizamos uma profunda análise jurisprudencial contemporânea da arguição de descumprimento de preceito fundamental sobre políticas públicas. Nesse sentido, são analisadas as

¹¹ BUCHANAN, James M., *The domain of constitutional economics: constitutional political economy*, v. 1, n. 1, p. 1–18, 1990; BRENNAN, Geoffrey; BUCHANAN, James M., *The reason of rules: Constitutional political economy*, 2008; ROWLEY, Charles K.; SCHNEIDER, Friedrich, **Readings in public choice and constitutional political economy**, New York: Springer, 2008.

decisões do Supremo Tribunal Federal dos anos 2012-2020 – 18 decisões proferidas pelo Plenário –, a fim de identificar os critérios decisórios adotados pela Corte, se houve coerência entre as decisões e os efeitos jurídicos que foram criados.

O terceiro capítulo é responsável por introduzir o tema economia política constitucional, de modo a unir a análise jurídica dos dois primeiros capítulos à esfera da análise econômica do direito. Nele, serão abordados os fundamentos econômicos necessários para a construção de uma análise científica da interação entre o Direito e a Economia. Especificamente, este capítulo propõe-se a costurar a nossa análise interdisciplinar entre o controle de constitucionalidade de políticas públicas em ADPF e a ciência econômica. A partir da metodologia construída pelo programa de pesquisa de economia política constitucional, buscamos entender o papel que a Constituição exerce como instrumento normativo estabilizador das relações econômicas e promovedor do desenvolvimento.

Ainda na análise econômica sobre a jurisdição constitucional, meditamos, dentro do objeto de nosso trabalho, a respeito da medida em que as decisões do Supremo Tribunal Federal podem afetar a tomada de decisão dos agentes econômicos e, conseqüentemente, gerar conseqüências na estabilidade das instituições e no desenvolvimento.

Em última análise, considerando que *(i)* os arranjos institucionais possuem a força de manter ou de modificar comportamentos de escolha individual e coletiva; *(ii)* a análise dessas escolhas é essencial para a análise econômica; e *(iii)* as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre políticas públicas em ADPF possuem a capacidade de alterar os arranjos institucionais; justifica-se este ensaio interdisciplinar sobre o controle de constitucionalidade e a economia política constitucional, em específico, para responder quais são as implicações do controle de constitucionalidade de políticas públicas em ADPF no desenvolvimento nacional.

1. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COMO CATALISADOR PROCESSUAL DO CONTROLE DEMOCRÁTICO

1.1 Considerações iniciais sobre o controle de constitucionalidade na Constituição brasileira

O Estado brasileiro como hoje o conhecemos é fruto de um extenso processo histórico e político, cuja estruturação se dá no bojo da Constituição. Conforme se extrai da teoria do constitucionalismo, a atuação estatal não pode ser ilimitada – refutando-se o antigo absolutismo e os privilégios políticos –. Atualmente, o Estado brasileiro consolidou-se como um Estado Democrático de Direito, instituído por legítimo poder constituinte originário, o qual foi responsável por desenhar a ordem jurídica ora em vigor. Desde a Revolução Francesa, *poder constituinte originário* é a denominação atribuída a essa manifestação jurídico-política que fundamenta e valida o texto constitucional¹².

Vale dizer, referido poder, quando instituído, é quem escolherá e positivará a substância das normas constitucionais. É *originário*, porque não se subordina a nenhum outro ao conceber um Estado de Direito. De outro modo, o poder constituinte *derivado* e o poder constituinte *decorrente* consistem em poderes provenientes daquele – *originário* –, instituídos para, respectivamente, alterar o texto constitucional e elaborar as constituições dos Estados-membros¹³.

O legislador constituinte, ao debruçar-se sobre a sua importante tarefa, deve buscar o equilíbrio entre os poderes atribuídos ao Estado e as suas respectivas limitações. O Estado deve ser forte o suficiente para atender às necessidades da nação, porém não tão poderoso a ponto de colocar em risco as liberdades de seus nacionais.

Nesse prisma, compreende-se ser o poder constituinte originário uma força capaz de, por sua manifestação, constituir e organizar um Estado; legitimando e

¹² MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**, p. 101. Os autores desenvolvem essa ideia: “A autoridade máxima da Constituição, reconhecida pelo constitucionalismo, vem de uma força política capaz de estabelecer e manter o vigor normativo do Texto. Essa magnitude que fundamenta a validade da Constituição, desde a Revolução Francesa, é conhecida com o nome de poder constituinte originário”.

¹³ NOVELINO, Marcelo, **Curso de direito constitucional**, 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 71. De acordo com o jurista: “O Poder Constituinte é responsável pela escolha e formalização do conteúdo das normas constitucionais. O adjetivo ‘originário’ é empregado para diferenciar o poder criador de uma nova constituição daqueles instituídos para alterar o seu texto (Poder Constituinte Derivado) ou elaborar as constituições dos Estados-membros da federação (Poder Constituinte Decorrente). O Poder Constituinte Originário pode ser definido, portanto, como um poder político, supremo e originário, responsável por estabelecer a constituição de um Estado.”

limitando, *pari passu*, o exercício do poder político. Verifica-se, em realidade, uma intrínseca conexão entre o Direito e a política, especialmente, no momento de se legislar as normas jurídicas. Com efeito, o Direito é um dos principais frutos políticos, “o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas. Em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político”¹⁴.

E não há como compreender as estruturas que limitam o Estado ignorando os pilares que sustentam o constitucionalismo. A perspectiva contemporânea do constitucionalismo se baseia na conjunção de fatores histórico-político-culturais que provocam o questionamento, por parte da sociedade, sobre as antigas concepções dos poderes e privilégios políticos.

Principalmente a partir do século XVIII, passou-se a defender os atuais princípios do constitucionalismo moderno. Aos poucos se substituiu a ideia de que a Lei se restringe àquilo posto nos Códigos, introduzindo-se a noção de que as diretrizes de todo um ordenamento jurídico se encontram na Constituição. Esta é “uma das grandes conquistas da Humanidade, pois visa preservar o homem do arbítrio, garantindo-lhe direitos contra o soberano”¹⁵. Nesse sentido, discorrem Mendes e Branco:

O valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política. Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade.¹⁶

Da conjugação entre os pensamentos provenientes do constitucionalismo e da manifestação do poder constituinte originário, encontra-se a semente do princípio do governo limitado. Esta semente, ao ser germinada, expõe junto ao seu caule todos os mecanismos constitucionais de freios e contrapesos. Isso porque a Constituição garante poderes ao Estado e ao mesmo tempo expressa vedações, apresentando

¹⁴ BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 451.

¹⁵ BARCELLOS, Logan Caldas, Legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial, v. 8, p. 1, 2011, p. 4.

¹⁶ MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**, p. 53.

inúmeros instrumentos de controle, inclusive contramajoritários. De acordo com Canotilho, o constitucionalismo:

É a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.¹⁷

Dentre as disposições constitucionais que existem para frear a atuação estatal, à luz do princípio do governo limitado, encontra-se o controle de constitucionalidade. Pode ser considerado como a análise de compatibilidade entre determinados atos do poder público em face da Constituição, a qual é dotada de superioridade hierárquica, motivo pelo qual tais atos precisam ser com ela compatíveis. Em regra, no ordenamento jurídico brasileiro, a consequência jurídica da inconstitucionalidade é a nulidade. Excepcionalmente, com o objetivo de garantir a segurança jurídica, pode-se modular os efeitos da decisão que declara determinada inconstitucionalidade. A esse respeito, nas palavras de Martins:

Controle de constitucionalidade consiste na verificação da compatibilidade das leis e dos atos normativos com a Constituição. Decorre da supremacia formal da Constituição sobre as demais leis do ordenamento jurídico de um país. Ora, se a Constituição é a lei mais importante do ordenamento jurídico, sendo o pressuposto de validade de todas as leis, para que uma lei seja válida precisa ser compatível com a Constituição. Caso a lei ou o ato normativo não seja compatível com a Constituição, será inválido, inconstitucional. [...] A supremacia da Constituição sobre as demais leis conduz a uma superioridade hierárquico-normativa e, com isso, o fato de que todos os atos normativos devem ser compatíveis com a Constituição, material e formalmente, sob pena de serem inválidos. A compatibilidade deve ser material (o conteúdo dos atos deve ser harmonioso com o conteúdo constitucional) e formal (os atos devem ser elaborados conforme os procedimentos estabelecidos pela Lei Maior). Da supremacia da Constituição decorre o controle de constitucionalidade.¹⁸

A Constituição brasileira de 1988, além de possuir um rol de cláusulas pétreas, prevê um procedimento de alteração da Carta Magna sobremaneira mais dificultoso do que os outros procedimentos legislativos infraconstitucionais. Isso garante, além da natural superioridade material, a sua superioridade formal. “Nessa linha de

¹⁷ CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 51.

¹⁸ MARTINS, **Curso de direito constitucional**, p. 450.

entendimento, assenta Kelsen que uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente, obrigatória”¹⁹.

Ademais, quanto à norma ofendida, a inconstitucionalidade pode ser formal ou material. Haverá uma inconstitucionalidade formal caso o procedimento previsto na Constituição para a edição de determinado ato normativo seja desrespeitado. Por sua vez, se o conteúdo do ato normativo for incompatível com a substância das disposições constitucionais, haverá uma inconstitucionalidade material²⁰.

O controle de constitucionalidade, ademais, pode ocorrer de variadas formas, podendo ser preventivo ou repressivo, político ou jurisdicional, concreto ou abstrato, objetivo ou subjetivo e difuso ou concentrado²¹.

Dentro do escopo de nosso trabalho, interessa-nos o aprofundamento no controle jurisdicional, especialmente, aquele realizado pelo Supremo Tribunal Federal de forma concentrada.

Vale dizer, o controle jurisdicional pode ser feito de maneira difusa, por qualquer juiz ou tribunal, em caso concreto cujo julgamento dependa da pronúncia incidental da (in)constitucionalidade de determinado ato normativo aplicável ao referido caso concreto das partes. Além disso, também pode ser realizado de modo abstrato e concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal, em processo objetivo, que não possui partes. Nesse caso, o papel da Corte Constitucional passa a ser, em grande medida, atuar como um legislador negativo, o qual pode retirar do ordenamento jurídico determinada norma ao declará-la inconstitucional, com efeito *erga omnes*.

Tais afirmações, contudo, podem trazer questionamentos sobre qual seria a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para retirar do ordenamento jurídico normas elaboradas e sancionadas por representantes democraticamente eleitos pela maioria. Para responder essa pergunta, é necessário entendermos no que consiste uma democracia. De acordo com Martins:

A palavra e o conceito de democracia vieram da Grécia, especialmente de Atenas. Significa literalmente ‘poder do povo’, ou ‘poder exercido pelo povo’. Até hoje, Atenas é considerada um dos maiores exemplos de democracia direta (embora poucos fossem os cidadãos – as pessoas dotadas desses direitos políticos, já que estavam excluídos os escravos, os estrangeiros e as mulheres). Se a democracia é o poder exercido pelo povo, por meio de representantes eleitos ou diretamente, em alguns casos (como apregoa nossa

¹⁹ MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**, p. 1185.

²⁰ MARTINS, **Curso de direito constitucional**, p. 470–471.

²¹ NOVELINO, **Curso de direito constitucional**, p. 200–206.

Constituição), é imperioso reforçar que as decisões são tomadas por uma maioria, mas que jamais podem desproteger, excluir do processo decisório ou até mesmo discriminar as minorias. Caso contrário, confundiríamos 'democracia' com 'ditadura da maioria', como, em outras palavras, alertou Hans Kelsen.²²

Dessa forma, a democracia como hoje a conhecemos somente poderá ser classificada como tanto se possuir mecanismos democráticos contramajoritários. Assim, o controle contramajoritário é intrínseco à democracia constitucional contemporânea. O controle de constitucionalidade exercido pelo poder Judiciário é evidentemente uma manifestação contramajoritária. De acordo com Barcellos:

Embora os juízes não sejam eleitos, há duas justificativas para o contramajoritarismo exercido por eles: um fundamento normativo, que consiste na própria Constituição atribuir ao Poder Judiciário o dever de controlar as deliberações políticas dos outros poderes, e um fundamento filosófico, que sustenta que a jurisdição constitucional é antes uma garantia que um risco. Sua legitimidade, porém, só pode advir da fundamentação racional de suas decisões. [...] O contramajoritarismo, quando defensor dos direitos fundamentais, ao invés de ir contra a maré democrática, ruma em seu favor, preservando a Constituição.²³

Aprofundando-se sobre o assunto, Barroso discorre:

O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de *contramajoritário*: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i.e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: os agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo *contramajoritário*. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como *representativo*. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e hora pelo Congresso Nacional.²⁴

Desse modo, podemos entender que o poder Judiciário exerce sim um papel democrático, ainda que seja para declarar a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo proveniente dos representantes eleitos pela maioria. Isso pois uma democracia constitucional também é feita de controles contramajoritários, essenciais para a manutenção dos direitos e preceitos fundamentais.

²² MARTINS, **Curso de direito constitucional**, p. 423–424.

²³ BARCELLOS, Legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial, p. 25–26.

²⁴ BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 479–480.

A legitimidade democrática dos instrumentos contramajoritários, por sua vez, reside na própria Constituição, a qual, no caso brasileiro atual, foi confeccionada pela assembleia nacional constituinte de 1987-1988. Os membros da assembleia nacional constituinte, eleitos democraticamente, manifestaram o poder constituinte originário para confeccionar uma constituição responsável por redemocratizar o nosso Estado. Por consequência lógica, os mecanismos de *checks and balances* – freios e contrapesos – previstos na Constituição, ainda que destinados à imposição de limites a determinadas condutas emanadas de uma maioria, possuem força democrática.

Conclui-se, nesse tópico, portanto, ser a jurisdição constitucional um instrumento democrático contramajoritário, que se encontra em consonância com o princípio do governo limitado, fruto da teoria do constitucionalismo. Assim, a Corte Constitucional brasileira, ao ser provocada para exercer o seu controle de constitucionalidade, dentro dos parâmetros previstos na própria Constituição, encontram nesta a sua legitimidade político-jurídica. Consequentemente, com alicerce na Constituição, devem fundamentar as suas decisões, seja para declarar a nulidade de um determinado ato do poder público, seja para dar uma interpretação expansiva aos direitos fundamentais de modo a atender proativamente aos anseios legítimos de minorias ignoradas pelos representantes eleitos pelo povo.

1.2. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: origem, atributos e procedimento

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – é uma ação constitucional, destinada ao controle concentrado de constitucionalidade, cujo objeto consiste em “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”²⁵.

Historicamente, a ADPF é inspirada no agravo constitucional da Constituição Federal Alemã, previsto em seu art. 93-A. Tal agravo remonta à Constituição de 1808 do Reino da Baviera. “A importância do agravo constitucional alemão dá a característica de sua essência: proteger a todos contra os descumprimentos de preceitos constitucionais fundamentais perpetrados pelo poder público”²⁶.

No Brasil, foi **prevista originalmente** no parágrafo único do art. 102 da Constituição, posteriormente transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº

²⁵ Lei nº 9.882/99 (ADPF). Art. 1º.

²⁶ ABBOUD, **Processo constitucional brasileiro**. p. 508.

3/93. O texto constitucional previu tão somente que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”²⁷. Assim, ao instituto foi atribuído status de norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, para produzir efeitos positivos, dependia da edição de lei que o regulamentasse.

A primeira minuta de anteprojeto de lei destinada à regulamentação da ADPF foi elaborada por Celso Ribeiro Bastos. Em seguida, Gilmar Mendes contribuiu com a minuta, tendo apresentado uma segunda versão, na qual introduziu o incidente de inconstitucionalidade. Posteriormente, em razão da importância que possuía a regulamentação do instituto, foi sugerido ao à época Ministro da Justiça, Iris Rezende, a composição de uma comissão de constitucionalistas para o estudo e aperfeiçoamento do anteprojeto. Desse modo foi feito. Em 7 de julho de 1997, foi publicada no Diário Oficial da União a Portaria nº 572, que designou os membros da comissão destinada a estudar e consolidar o anteprojeto daquilo que viria a ser a Lei nº 9.882/99, que regulamentou a ADPF. Os nomes escolhidos foram Arnoldo Wald, Ives Gandra Martins, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Mendes, todos sob a presidência de Celso Ribeiro Bastos.²⁸

Ocorre que, desde 19 de março de 1997, já havia no Congresso Nacional proposta legislativa da Deputada Sandra Starling para dispor “sobre a reclamação ao Supremo Tribunal Federal em caso de descumprimento de preceito constitucional no processo legislativo”²⁹. Objetivava-se, por meio do Projeto de Lei 2872/1997:

Disciplinar o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob o *nomen juris* de ‘reclamação’. A reclamação restringia-se aos casos em que a contrariedade ao texto da Lei Maior fosse resultante de interpretação ou de aplicação dos Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional, ou do Regimento Comum, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da CF. Aludida reclamação haveria de ser formulada ao STF por 1/10 dos deputados ou dos senadores, devendo observar as regras e os procedimentos instituídos pela Lei n. 8.038, de 28-5-199. Em 4-5-1998, projeto de lei da Deputada Sandra Starling recebeu parecer favorável do relator, o ilustre Deputado Prisco Viana pela aprovação na forma de substitutivo de sua autoria. Como então se verificou, o substitutivo Prisco Viana ofereceu disciplina que muito se aproximava daquela contida no anteprojeto de lei da Comissão Celso Bastos. Aludido substitutivo, aprovado na Comissão de Constituição e Justiça

²⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁸ MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**. p. 1442-1443.

²⁹ STARLING, Sandra, **Câmara Dos Deputados. Projeto de Lei 2872/1997**, disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=41078>>. acesso em: 11 ago. 2020.

e de Redação da Câmara dos Deputados, foi referendado pelo Plenário da Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, tendo sido submetido ao Presidente da República, que o sancionou, com veto ao inciso II do parágrafo único do art. 1º, ao inciso II do art. 2º, ao § 2º do art. 2º, ao § 4º do art. 5º, aos §§ 1º e 2º do art. 8º e ao art. 9º.³⁰

Diante do exposto contexto fático, surgiu a nossa atual Lei nº 9.882/99, a qual regulamentou o processo e o julgamento da tão importante arguição de descumprimento. Na exposição de motivos da Lei, a Deputada Sandra Starling exaltou a necessidade de controles recíprocos em nossa democracia, competindo ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Igualmente, expressou entender que a instituição à qual incumbe, em última instância, garantir a autonomia individual e as liberdades é o poder Judiciário, sob a égide da Constituição³¹.

Após o desenrolar de todo o relatado histórico, o **preceito fundamental** passou a ser protegido judicialmente pela arguição de descumprimento. Mas o que seria preceito fundamental? Primeiramente, precisamos explicar que todo preceito fundamental é constitucional, mas nem todo preceito constitucional é fundamental. Contudo, não existe um rol descritivo de preceitos fundamentais, razão pela qual a identificação destes compete ao intérprete.

São preceitos fundamentais aqueles que, além de estarem previstos na Constituição, expressa ou tacitamente, traduzem valores de singular importância para a sociedade democraticamente organizada. Por exemplo, podemos identificar os fundamentos da república, os direitos e as garantias fundamentais, os deveres fundamentais do Estado e as cláusulas pétreas.

Assim, “somente os preceitos que têm magnitude máxima na ordem constitucional é que se caracterizam como *fundamentais* [...]. Os preceitos fundamentais são valores jurídicos fundamentais dominantes na sociedade”³².

A arguição de descumprimento tem como **objeto ato do poder público**, conceito esse empregado de maneira ampla pelo texto legal. Assim, entendemos que, seja qual for a forma de violação do preceito fundamental, caberá a arguição de descumprimento.

³⁰ MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**. p. 1443.

³¹ STARLING, Sandra, **Exposição de Motivos da Lei nº 9.882/99**, disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9882-3-dezembro-1999-369889-exposicaoodemotivos-150040-pl.html>>. acesso em: 17 ago. 2020.

³² ABOUD, **Processo constitucional brasileiro**. p. 508-509.

Segundo Abboud, “esse ato do poder público pode ser normativo ou administrativo, comissivo ou omissivo. Todos esses ficam sujeitos à fiscalização”³³. Há, dessa forma, uma concepção ampla dos atos do poder público. Nesse sentido, “a expressão *poder público* compreende todas as autoridades públicas e todos os órgãos das administrações públicas direta e indireta”³⁴.

Assim, o dito *ato do poder público* pode emanar de qualquer esfera da administração, direta ou indireta; bem como pode inclusive ser um conjunto de decisões judiciais. Desse modo, para fins de cabimento da arguição de descumprimento, entende-se *poder público* de forma ampla.

Os atos normativos impugnados podem ser de qualquer esfera da federação, o que, em comparação às outras ações do controle concentrado, faz com que a arguição de descumprimento tenha maior abrangência. Por exemplo, no controle concentrado, a única ação por meio da qual é possível o questionamento de atos normativos *municipais* ou *anteriores à atual Constituição* é a arguição de descumprimento.

Nesse sentido, Novellino explica que a arguição de descumprimento, diferentemente das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, que têm como objeto apenas atos normativos primários, pode ter como objeto um grande espectro, inclusive decisões judiciais³⁵. Prossegue defendendo que a locução *descumprimento*, por sua vez, precisa ser interpretada de uma forma mais abrangente do que a inconstitucionalidade pura, de modo a incluir “qualquer tipo de incompatibilidade entre atos dos poderes públicos e preceitos constitucionais fundamentais como ocorre nas hipóteses de não recepção de normas pré-constitucionais”³⁶.

A esse respeito, importante fazermos uma observação didática. O fenômeno da inconstitucionalidade, que nada mais é do que a incompatibilidade – formal ou material – entre uma norma infraconstitucional e a Constituição, apenas pode ocorrer se a referida norma houver sido promulgada durante a vigência da Carta Magna. Atos normativos anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais, porquanto editados anteriormente à promulgação desta. Desse modo, os atos normativos e as

³³ *Ibid.*, p. 509.

³⁴ ABOUD, **Processo constitucional brasileiro**. p. 509.

³⁵ NOVELINO, **Curso de direito constitucional**. p. 257.

³⁶ *Ibid.* p. 258.

leis anteriores à Constituição atual, caso sejam materialmente incompatíveis com ela, apenas não são recepcionados. Em outras palavras, o juízo de compatibilidade entre uma norma pré-constitucional e a Constituição vigente é de recepção.

Na medida em que a arguição é de *descumprimento* e não de *inconstitucionalidade*, ela pode ser utilizada para impugnar normas pré-constitucionais, se houver violação a preceito fundamental.

A atual jurisprudência do Supremo Tribunal é composta por decisões que afirmam não ser “admitidos como objeto atos tipicamente regulamentares, enunciados de súmulas comuns ou vinculantes, propostas de emendas à Constituição, vetos do chefe do Poder Executivo nem decisões judiciais com trânsito em julgado”³⁷.

Não obstante, Georges Abboud defende que, considerando as decisões da Suprema Corte que entenderam pelo cabimento da arguição de descumprimento contra decisões judiciais, é possível utilizar a arguição também para questionar “Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, não só pelo fato de efetivamente representarem a posição consolidada do Tribunal sobre determinado assunto, como também pela eficácia *erga omnes* que os verbetes”³⁸ passaram a ter depois da edição do Código de Processo Civil de 2015.

A respeito da possibilidade do cabimento da arguição de descumprimento em face de veto presidencial, os Ministros da Suprema Corte, atualmente, possuem entendimentos conflitantes³⁹, embora, no julgamento da ADPF 1, tenham decidido por unanimidade não ser isso possível. O entendimento majoritário considera a arguição incabível contra veto presidencial; porém, a decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Melo no bojo da ADPF 45, em 29 de abril de 2004, sugere um direcionamento a um novo entendimento da corte. Nas palavras do Ministro:

[...] 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 [...].⁴⁰

³⁷ *Ibid.*

³⁸ ABBOUD, **Processo constitucional brasileiro**. p. 512.

³⁹ Por exemplo, as ADPF's 1 e 45.

⁴⁰ STF, ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, d.m., j. 29.04.2004.

Assim, ponderando sobre a decisão acima mencionada, bem como tendo em vista que a discricionariedade política do veto presidencial não pode ser absoluta, porquanto não pode afrontar a Constituição, consideramos ser cabível a arguição de descumprimento em face de veto presidencial que atente contra preceito fundamental da Constituição. Nessa linha, Georges Abboud sustenta não ser o veto presidencial “um ato puramente potestativo. Na realidade, ele constitui, inclusive, uma hipótese de controle de constitucionalidade pela Administração Pública, logo, é admissível vislumbrar hipóteses em que ele possa ser objeto de ADPF”⁴¹.

Importante dizer, ainda sobre o cabimento da arguição de descumprimento, que esta ação é dotada do atributo da **subsidiariedade**. Isso significa que, se houver algum outro meio eficaz para se alcançar o objetivo perquirido por meio da arguição de descumprimento, esta não poderá ser utilizada. É o que se extrai do § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99: “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”⁴².

O atributo da subsidiariedade da ADPF condiciona “o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor”⁴³. Dessa forma, se a Corte Constitucional considerar ser possível ao autor pleitear o resultado buscado por meio da ADPF em outra ação constitucional, negará seguimento à arguição.

Todavia, há de se ter muita cautela ao interpretar o princípio da subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, para não lhe retirar a sua eficácia jurídica. É muito importante, nesse sentido, que a Corte Suprema, ao analisar essa questão formal, tenha como parâmetro hermenêutico o preceito fundamental cuja proteção está sendo buscada.

Entendemos que a inexistência de “outro meio eficaz de sanar a lesividade”, expressa no art. 4º, § 1º da Lei da ADPF, deve ser compreendida com razoabilidade. A existência de outra via processual que possa sanar a lesividade não pode implicar em automática rejeição da arguição. Isso porque o autor pode considerar que a arguição de descumprimento tenha maior eficácia em relação a outra via possível, por conta de sua maior abrangência quando o objeto processual consistir em preceito

⁴¹ ABOUD, **Processo constitucional brasileiro**. p. 516.

⁴² Lei nº 9.882/99 (ADPF).

⁴³ ABOUD, **Processo constitucional brasileiro**. p. 512.

fundamental lesado. Não por outro motivo, a jurisprudência internacional tem “atenuado o significado literal do princípio da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias ordinárias, até porque, em muitos casos, o prosseguimento nas vias ordinárias não teria efeitos úteis para afastar a lesão a direitos fundamentais”⁴⁴.

Ademais, a subsidiariedade da arguição de descumprimento, caso fosse literalmente interpretada, implicaria na total inaplicabilidade prática desta ação. Isso pois sempre é possível levar à Corte Suprema lesão a preceito fundamental pela via do Recurso Extraordinário.

De todo modo, é um ônus do autor a demonstração de que o meio mais eficaz para sanar a lesividade apontada seria a arguição de descumprimento, o que será preliminarmente analisado pela Corte.

É o que se verifica “nas hipóteses relativas ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado e cujos efeitos”⁴⁵ já estão exauridos.

Se for claro caso de cabimento de alguma ação do controle concentrado de constitucionalidade, não será possível a utilização da ADPF. *A contrario sensu*, se não for claro e preciso o cabimento de outra ação do controle concentrado, caberá, portanto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Aprofundando-se, Gilmar Mendes discorre:

A própria aplicação do princípio da subsidiariedade está a indicar que a arguição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição – alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não cuide de simples aplicação de lei ou normativo infraconstitucional. Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma pleora de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos. Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assumo, entre nós, feição marcadamente objetiva. [...] Assim, tendo em vista o perfil objetivo da arguição de descumprimento, com legitimação diversa, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre o novel instituto e as formas ordinárias ou convencionais de controle de

⁴⁴ MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**. p. 1454.

⁴⁵ *Ibid.* p. 1456.

constitucionalidade do sistema difuso, expressas, fundamentalmente, no uso do recurso extraordinário⁴⁶.

Portanto, em havendo necessidade de que a Corte Constitucional resguarde preceitos fundamentais cuja proteção seja mais adequada pela via da arguição de descumprimento, deve ser esta preferida. De todo modo, em havendo legítima dúvida por parte do autor, o Supremo Tribunal Federal tem adotado o princípio da fungibilidade entre a arguição de descumprimento e a ação direta de inconstitucionalidade. “Na ADPF 72, por exemplo, entendeu o Tribunal que, como se cuidava de impugnação de preceito autônomo por ofensa a dispositivos constitucionais, cabível seria a ADI. Daí ter-se convertido a ADPF em ação direta”⁴⁷.

A respeito do o **autor** da arguição de descumprimento de preceito fundamental, existe um rol específico de legitimado para a sua propositura: os mesmos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade⁴⁸, quais sejam, aqueles listados do art. 103 da Constituição⁴⁹. A tais legitimados, na ADPF, não se aplica a restrição da pertinência temática⁵⁰.

Importante dizer, no texto legal aprovado pelo Congresso Nacional, o inciso II do art. 2º da Lei da ADPF previa a possibilidade dos cidadãos, em seus processos individuais, promoverem arguições de descumprimento incidentais. O referido dispositivo foi vetado, sob o fundamento, em suma, de que a Suprema Corte teria de julgar arguições de descumprimento em excesso. Entendemos que essa premissa não é necessariamente correta. Ademais, a doutrina é bastante crítica ao referido veto⁵¹.

Nesse prisma, é viável defender uma interpretação conforme a Constituição para admitir que o cidadão, no curso de seu processo judicial subjetivo, oponha arguição incidental diretamente à Corte Suprema contra descumprimento de preceito fundamental. Permitir esse acesso ao Tribunal Constitucional, a um só tempo, prestigia o Direito Fundamental da Inafastabilidade da Jurisdição e evita um futuro

⁴⁶ *Ibid.* p. 1456-1457.

⁴⁷ *Ibid.* 1459.

⁴⁸ Lei nº 9.882/99 (ADPF). Art. 2º, I.

⁴⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 103: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional

⁵⁰ ABBOUD, **Processo constitucional brasileiro**. p. 518.

⁵¹ Criticam o veto, dentre outros, Georges Abboud, Gilmar Mendes, Lenio Streck e Nelson Nery Junior.

Recurso Extraordinário que, se provido, pode fazer com que a questão volte às instâncias ordinárias a fim de que estas apliquem o entendimento exarado pela Corte – o que vai demandar mais tempo de trabalho ainda do Poder Judiciário –. A esse respeito:

Não se há de negar, porém, que o reconhecimento do direito de propositura aos cidadãos em geral afigura-se recomendável e até mesmo inevitável em muitos casos. É que a defesa de preceito fundamental confunde-se, em certa medida, com a própria proteção de direitos e garantias fundamentais. Nessa hipótese a matéria está a reclamar uma disciplina normativa que, a um só tempo, permita ao cidadão a possibilidade de levar o seu pleito ao STF sem afetar o funcionamento da Corte, pelo excesso de demandas. Não há dúvida de que, na ausência de mecanismo específico, poderá o cidadão representar ao Procurador-Geral da República. Este não está obrigado, porém, a encaminhar o pedido formulado.⁵²

No mesmo sentido entende Georges Abboud, segundo o qual, por conta da falta de regulamentação a respeito da legitimação do cidadão, existe uma inconstitucionalidade, na modalidade omissão. Isso porque a ação foi reduzida ao controle de constitucionalidade concentrado e objetivo, quando deveria ser sobremaneira mais abrangente, a fim de promover a defesa dos preceitos fundamentais. Portanto, concordando com o entendimento por ele adotado:

Qualquer do povo pode pedir ao STF, por meio da ADPF, que controle a constitucionalidade de lei ou ato normativo (federal, estadual, distrital ou municipal), concedendo-lhe a tutela jurisdicional, inibindo a prática de ato quando houver ameaça ou exprobrando e desconstituindo o ato se o preceito constitucional fundamental já tiver sido violado. Quanto a outras ofensas constitucionais, que não sejam de preceitos fundamentais, para saná-las, o particular pode utilizar a vida do mandado de segurança.⁵³

Por fim, sobre este tema, em regra, os legitimados do art. 103 da Constituição possuem além de legitimidade ativa, capacidade postulatória e processual para o ajuizamento da arguição. Em outras palavras, os legitimados para o ajuizamento da ADPF possuem uma capacidade postulatória especial. A exceção se aplica aos partidos políticos, às entidades de classe de âmbito nacional e às confederações sindicais.⁵⁴

Com relação ao **procedimento** da arguição de descumprimento de preceito fundamental, existe regulamentação especial na Lei nº 9.882/99.

⁵² MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**. p. 1450.

⁵³ ABOUD, **Processo constitucional brasileiro**. p. 518.

⁵⁴ MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**. p. 1451.

A petição inicial da arguição de descumprimento deve especificar qual preceito fundamental está sendo violado, o ato que o estaria violando, a prova da violação e o pedido. Ademais, se o ato consistir em controvérsia judicial relevante a respeito da interpretação sobre o preceito fundamental que se considera violado, deve a petição inicial comprovar esta controvérsia⁵⁵.

A especificação do preceito fundamental, nesse contexto, deve ser devidamente fundamentada e justificada, sendo insuficiente a alegação de afronta à Constituição. Isto é, não basta a mera indicação de preceito fundamental. É necessário que exista também fundamentação lógica sobre a qualidade de *fundamental* do preceito, explicando-se os motivos pelos quais ele deve ser aplicado como parâmetro de controle de constitucionalidade em face do ato impugnado. Além disso, a petição inicial deve estar acompanhada de cópia do ato impugnado e da prova de que o ato violou o preceito apontado. Se o ato impugnado consistir na “existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado”⁵⁶, a prova da controvérsia deve ser feita com a apresentação de documentos, especificamente, com a juntada de um número suficiente de decisões judiciais conflitantes.⁵⁷

Como afirmamos anteriormente, em regra, os legitimados para a propositura da arguição de descumprimento possuem capacidade postulatória plena. Contudo, em se tratando dos legitimados que não detém tal capacidade ou se, independentemente disso, houver a representação por meio de advogado, este deve apresentar, junto com a petição inicial, procuração com poderes específicos. Tais poderes devem ser expressos, autorizando a propositura da ação e listando os atos a serem impugnados, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁵⁸.

De todo modo, caso haja algum vício formal na procuração outorgada pelo legitimado, entendemos tratar-se de vício sanável, aplicando-se este raciocínio a qualquer ação do controle concentrado de constitucionalidade. Isso porque, com fundamento nos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da primazia do julgamento de mérito, não deve o Poder Judiciário inviabilizar o julgamento do mérito se for possível a correção dos vícios formais. Assim, se o relator entender pela

⁵⁵ Lei nº 9.882/99 (ADPF). Art. 3º.

⁵⁶ *Ibid.* Art. 3º, V.

⁵⁷ MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**. p. 1479.

⁵⁸ MARTINS, **Curso de direito constitucional**. p. 603.

existência de vício formal inviabilizador da apreciação do mérito, não deve extinguir a ação constitucional sem resolução de mérito. Ao contrário, deve, *ex officio*, conceder prazo para a correção do vício, seja pela apresentação ou retificação de documentos, seja pela emenda da inicial.

Ainda assim, nos termos do § 2º do art. 4º da Lei da ADPF, se a petição inicial for indeferida pelo relator, o recurso cabível será o agravo, a fim de levar a questão para a análise colegiada. Nesse caso, o termo *agravo* não é adjetivado, mas a sistemática é a mesma do *agravo interno* previsto no art. 1.021 do código de processo civil. Justamente por isso, atualmente, há dúvida sobre o prazo para o agravo contra a decisão monocrática que indeferir a petição inicial da arguição de descumprimento. A Lei da ADPF diz que o prazo é de 5 dias, ao passo que o código de processo civil prevê um prazo de 15 dias. Tendemos a pensar que, em razão de a arguição de descumprimento ser regulamentada por lei especial, as disposições dela prevaleceriam sobre as posteriores disposições do código de processo civil. Todavia, a referida lei especial não exaure as disposições processuais, de modo que o código de processo civil deve ser aplicado subsidiariamente. Portanto, ainda que se entenda pela vigência do prazo especial de 5 dias, tal prazo deve ser contado em dias úteis, nos termos do art. 219 do código de processo civil.

Tema interessante é o cabimento de **medida cautelar** na ADPF. No controle concentrado, trata-se da hipótese mais concessiva de medida cautelar de todo o controle concentrado. Isso pois, nos termos do § 1º do art. 5º da Lei da ADPF, “em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno”.

O Tribunal Pleno, por sua vez, ao analisar eventual concessão liminar de medida cautelar, decidirá por maioria absoluta dos seus membros. O teor da decisão liminar, ademais, é igualmente concessivo, podendo “consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto”⁵⁹ desta ação constitucional, a menos que decorra da coisa julgada. Antes de apreciar a liminar, “o relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias”⁶⁰. Note-se não se tratar de uma obrigação

⁵⁹ Lei nº 9.882/99 (ADPF). Art. 4º, § 3º.

⁶⁰ *Ibid.* Art. 4º, § 2º.

do relator, mas sim de mera faculdade. Ainda assim, a menos que a urgência seja tão grande a ponto de fazer com que a decisão liminar não possa ser adiada, em prestígio ao debate constitucional, é recomendável que o relator ouça os agentes envolvidos.

Após a apreciação da medida cautelar ou, inexistindo tal pedido, “o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias”⁶¹. Nesta fase, caso o relator entenda ser necessário, admite-se o ingresso de *amicus curie*, bem como a manifestação daqueles que julgar ser necessário, a fim de garantir ao máximo a legitimidade democrática do controle judicial⁶². “Em princípio, o pedido de habilitação há de se fazer no prazo das informações. Na ADPF 33, entretanto, foram admitidas como *amici curie* as partes dos processos originários, a despeito de o pedido de participação ter”⁶³ sido realizado somente depois da apresentação do parecer do Procurador-Geral da República.

Além disso, o processo da arguição de descumprimento permite a realização de sustentação oral, que deve ser previamente requerida pelo interessado ao relator para deliberação. Isto é, o relator possui a faculdade de permitir ou não que o interessado sustente oralmente as suas razões em tribuna. Todavia, afigura-se aconselhável que isso seja permitido, em prestígio ao princípio do contraditório. Importante dizer, se o Ministério Público não tiver dado início à arguição, atuará como fiscal do ordenamento jurídico⁶⁴.

Após as manifestações dos interessados, o relator elaborará relatório a ser compartilhado com todos os ministros da Suprema Corte. Será designado dia para o julgamento, sendo o quórum mínimo para tanto o de dois terços dos ministros, não cabendo recurso e tampouco ação rescisória contra o resultado do julgamento⁶⁵. Entretanto, não obstante tal irrecorribilidade esteja prevista expressamente na Lei da ADPF, é razoável entendermos pelo cabimento de embargos de declaração. Este recurso possui como função típica a correção de obscuridade, contradição, omissão

⁶¹ *Ibid.* Art. 6º.

⁶² *Ibid.* § 1º: “se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

⁶³ MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**. p. 1481.

⁶⁴ Lei nº 9.882/99 (ADPF). Arts. 6º e 7º.

⁶⁵ *Ibid.* Arts. 8º e 11.

ou erro material. Dessa forma, em sua essência, não se destina a alterar o julgamento proferido pela Corte, mas sim a aperfeiçoá-lo e aclará-lo.

O resultado do julgamento, por conseguinte, deverá ser comunicado aos agentes públicos e órgãos que tenham praticado o ato impugnado por meio da arguição de descumprimento. A referida comunicação, ademais, deverá informar a maneira pela qual o preceito fundamental impugnado deve ser interpretado e aplicado. Por se tratar de ação do controle concentrado de constitucionalidade, a decisão da Corte possui eficácia *erga omnes*, ou seja, contra todos, bem como tem efeito vinculante com relação ao Poder Público. Se, contudo, a decisão for descumprida por qualquer autoridade ou órgão público, será cabível reclamação ao Supremo Tribunal Federal⁶⁶.

Enfim, sobre a **modulação dos efeitos** da decisão proferida na arguição de descumprimento de preceito fundamental, devemos fazer algumas considerações. Conforme explicamos no item 1.1. deste capítulo, a consequência da inconstitucionalidade de uma norma é a sua nulidade absoluta. Uma norma inconstitucional é uma norma natimorta, ou seja, nunca chegou a realmente fazer parte do ordenamento jurídico. Nesse mesmo sentido, uma norma que não foi materialmente recepcionada pela nossa Constituição vigente não ingressou em nosso atual ordenamento jurídico-constitucional. Portanto, em regra, uma decisão em arguição de descumprimento que declarar a incompatibilidade de determinado ato do Poder Público, incluindo os de natureza normativa, terá efeitos *ex tunc* – retroativos – e desconstituirá as situações consolidadas pelo ato violador de preceito fundamental.

Não obstante, ao julgar procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, por maioria de dois terços dos ministros, o Supremo Tribunal Federal poderá modular os efeitos de sua decisão, com fundamento nos princípios da segurança jurídica e do interesse social. Essa modulação de efeitos poderá ser feita com ampla liberdade pelos membros da Corte, os quais poderão “restringir os efeitos daquela declaração [de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo] ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento”⁶⁷ a ser definido. Dessa forma, por maioria qualificada de seus membros, pode a Corte fixar efeitos *ex nunc* – não retroativos, desde a decisão – ou em algum momento que for considerado mais conveniente à luz dos valores constitucionais.

⁶⁶ *Ibid.* Arts. 10 e 13.

⁶⁷ *Ibid.* Art. 11.

1.3. A arguição de descumprimento de preceito fundamental como catalisador processual do controle democrático

A palavra *catalisador* representa, em seu sentido literal, uma substância química que, sem ser consumida, consegue aumentar a velocidade de uma determinada reação. Em sentido figurado, por sua vez, traduz a ideia de algo capaz de “estimular ou dinamizar alguma coisa”⁶⁸.

O Estado brasileiro, conforme o *caput* do art. 1º da Constituição, constitui-se em Democrático e de Direito. A luta social e política para conquistar nossa democracia, que já conta com mais de três décadas de estabilidade institucional, não foi fácil tarefa fácil para o povo brasileiro, que é reconhecidamente o atual titular de todo o uno poder. “A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito”⁶⁹.

Segundo Ihering⁷⁰, a sociedade, a partir do plano individual, deve lutar pelos seus direitos e pela prevalência do ordenamento legal. A luta pela existência e pela manutenção do ordenamento jurídico-constitucional vai além do respeito aos direitos individuais: garante a preservação da vida nacional. Isso pois “o batalhador da lei constitucional e da lei das nações é o mesmo que batalha pela lei privada”⁷¹. Se o cidadão não cultivar o sentimento de preservação de seus próprios direitos, tampouco cultivará sentimentos pela preservação da soberania e das instituições nacionais.

Nesse prisma, um importante pilar da redemocratização brasileira foi a grande batalha social pela criação de um sistema jurídico-constitucional que, ao mesmo tempo, autorizasse e limitasse o exercício do poder estatal, bem como garantisse os direitos individuais e coletivos pelos quais a sociedade aspirava.

Inspirando-nos em Ihering, podemos enxergar o sistema jurídico atualmente vigente como uma árvore, cuja raiz se alimenta da estabilidade institucional e do sentimento de preservação da legalidade constitucional. Se essa raiz enfraquecer, enfraquece-se a nação. Portanto, para buscar o fortalecimento das raízes que

⁶⁸ **Catalisador**, Dicio, disponível em: <<https://www.dicio.com.br/catalisador/>>. acesso em: 31 ago. 2020.

⁶⁹ BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 496.

⁷⁰ VON IHERING, Rudolph, **A luta pelo direito = Der kampf ums recht**, São Paulo: Hunter Books, 2012.

⁷¹ *Ibid.* p. 128.

sustentam as instituições constitucionalmente criadas, o poder político deve ser exercido de modo a criar leis justas e políticas públicas eficientes e inclusivas.

Simultaneamente à busca pelo fortalecimento das apontadas raízes, devemos manter nossos olhos muito atentos aos mínimos sinais do execrável despotismo.

Segundo Ihering:

[O] despotismo sabe bem aonde deve bater para derrubar a árvore; ele deixa o topo intocado no início, mas destrói as raízes. O despotismo sempre começa atacando o direito privado, com a violação dos direitos legais do indivíduo; quando o trabalho está feito, a árvore cai⁷².

E é graças ao fenômeno constitucionalista que se desenvolveu no Brasil⁷³ que tais raízes contam hoje com a força de nossa Constituição Cidadã.

Certamente, reconheçamos, existem fatores reais de poder aptos a influenciar os rumos de uma nação, tais como aqueles decorrentes de forças políticas, econômicas e militares. Inclusive, é diante de tais fatores reais de poder que Ferdinand Lassalle defende que uma Constituição que não os observe é apenas uma folha de papel⁷⁴. O sociólogo Lassalle conclui ser a Constituição o elo fraco da organização estatal⁷⁵.

Não obstante, não podemos concordar que a Constituição não tenha força em si mesma. Nesse sentido, Konrad Hesse⁷⁶ apresenta um importante contraponto, defendendo que diante de eventual colisão entre os fatores reais de poder e a Constituição, esta não será necessariamente o elemento fraco.

Reforcemos: certamente, existem fatores reais de poder os quais eventualmente podem se insurgir contra a ordem constitucional, veladamente ou não. Isso não significa, contudo, que a Constituição padecerá frente a esse eventual confronto. Muito pelo contrário, segundo Hesse, a Constituição possui força normativa em si, apta a preservar a estabilidade das instituições. Para tanto, a fim de que a Constituição exteriorize a sua força normativa de forma ótima, deve levar certas

⁷² *Ibid.* p. 132.

⁷³ Abordamos o tema apontando especificamente o constitucionalismo brasileiro, pois, embora a teoria do constitucionalismo não se limite a fronteiras nacionais, parece-nos razoável entender que cada nação hoje organizada constitucionalmente percorreu os trilhos de seu próprio fenômeno constitucionalista, o qual naturalmente se influencia pelas peculiaridades regionais.

⁷⁴ LASSALLE, **Que é uma Constituição?**

⁷⁵ *Ibid.*, p. 41. Nas palavras de Lassalle: “Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.”

⁷⁶ HESSE, **A força normativa da Constituição.**

questões em consideração. Isto é, deve, dentre outras coisas, organizar o Estado atribuindo deveres de modo a direcionar a força ativa da atuação estatal, garantir direitos fundamentais aos cidadãos e levar em consideração os fatores sociais, históricos, econômicos e culturais da nação. Em outras palavras, não pode ser uma Constituição unilateral. A esse respeito, Gilmar Mendes, ao redigir a apresentação de sua tradução do livro de Hesse, expõe:

A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Fazemos votos que a reflexão sobre as teses desenvolvidas por Hesse possa contribuir para uma fecunda discussão, entre nós, sobre o significado e o valor da Constituição e sobre a necessidade de preservar a sua força normativa⁷⁷.

Dessa forma, entendemos que a Constituição possui força normativa em si mesma, sendo responsável pela organização estatal e pela estabilização do exercício do poder político, vedando as arbitrariedades. Como consequência, garante a estabilidade das instituições – em sentido amplo –, ao passo em que estimula as condições adequadas para o desenvolvimento nacional. Não por outra razão, é necessário que a força normativa da constituição seja preservada.

Importante observar, nesse contexto, conforme as ponderações já expostas, que a Constituição brasileira preenche os requisitos apontados por Hesse como importantes para ela manifestar a sua força normativa de maneira ótima.

Para tanto, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro prevê, além da distribuição das funções estatais – evitando, assim, a concentração de poder –, um complexo sistema de freios e contrapesos. As principais funções estatais são aquelas representadas pelo princípio da tripartição dos poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Essas funções, denominadas de poderes, são independentes e harmônicas entre si⁷⁸. Em razão disso, se houver abuso no exercício das funções de um poder, extrapolando os limites constitucionalmente estabelecidos, os demais poderes possuem instrumentos postos à sua disposição para frear referida atuação abusiva. Por meio desses instrumentos – previstos na própria Constituição –, a Carta Magna busca preservar a sua força normativa.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 5–6.

⁷⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 2º.

A esse respeito, um dos mais relevantes instrumentos destinados ao controle da atuação estatal – em sentido amplo – consiste na jurisdição constitucional. No Brasil, o protagonista da jurisdição constitucional é o Supremo Tribunal Federal, a quem compete precipuamente a guarda da Constituição e o controle concentrado de constitucionalidade⁷⁹. “Nos Estados constitucionais contemporâneos, é incumbência da jurisdição constitucional ser a guardiã da Constituição, nunca em detrimento dos demais Poderes democraticamente constituídos”⁸⁰.

Todos os poderes constitucionalmente constituídos são democráticos, porquanto decorrentes de legítima assembleia nacional constituinte, cujos legisladores foram eleitos pelo voto popular. Todavia, os poderes Executivo e Legislativo são, em especial, representantes da maioria que os elege; ao passo em que o poder Judiciário não possui qualquer compromisso em agradar politicamente os segmentos populares, pois seus membros não são eleitos diretamente pelo povo. Com efeito, o compromisso do poder Judiciário é com a correta interpretação e aplicação do ordenamento jurídico-constitucional, seja a sua decisão popular, seja impopular.

Essa relação entre poderes eleitos pelo voto popular e um judiciário independente – cujos membros ingressam por concurso público ou nomeação política – traduz um importante avanço democrático. Isso porque uma democracia não significa apenas a realização da vontade da maioria, mas também a preservação dos direitos das minorias. Uma sociedade verdadeiramente democrática é necessariamente uma sociedade plural. “Devemos a Kelsen a associação sistemática da jurisdição constitucional ao aspecto importante do conceito de democracia, que é, exatamente, a possibilidade de sobrevivência e de proteção das minorias”⁸¹.

⁷⁹ *Ibid.* Art. 102.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*, 2017, p. 8.

⁸¹ *Ibid.* Aprofunda-se o autor dizendo: “Numa verdadeira democracia, os entes de representação devem agir dentro de limites prescritos, estando os seus atos vinculados a determinados procedimentos. As constituições contemporâneas pretendem, portanto, que os atos praticados pelos órgãos representativos possam ser objeto de crítica e controle. Trata-se, em verdade, de um modelo de fiscalização democrática dos atos do Poder Público. Essa colocação tem a virtude de ressaltar que a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático, que imponha limites aos ímpetus da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia. Não devemos, porém, cair na tentação da onipotência e da onipresença desta Corte em todas as questões de interesse da sociedade. À esfera da política cabe a formulação de políticas públicas, cumprindo o Poder Judiciário, nessa seara, o papel de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, como obstáculos intransponíveis à deliberação política. Esse é um grande desafio para a jurisdição constitucional: conciliar a proteção dos direitos fundamentais e da democracia.”

Por essa perspectiva, integra a jurisdição constitucional o controle judicial de constitucionalidade, exercido por meio do processo constitucional. Este não deve ser visto como mero instrumento, mas sim como verdadeira garantia da prevalência dos direitos constitucionalmente previstos. Vale dizer, “o processo constitucional tem autonomia, é responsável por instrumentalizar e possibilitar a abertura da Constituição aos seus intérpretes”⁸². Percebamos, dessa forma, que o controle de constitucionalidade exercido por meio da jurisdição constitucional compõe o princípio democrático. “O controle de constitucionalidade da atividade normativa e material dos poderes públicos é um mecanismo voltado à guarda da Constituição. Onde essa defesa não se faz presente, a supremacia constitucional”⁸³ deixa de existir.

Indo além, existe, na jurisdição constitucional brasileira, um elemento dinamizador do controle democrático: a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A Constituição brasileira vigente conferiu especial prestígio ao controle de constitucionalidade concentrado, inclusive prevendo ação destinada à proteção dos preceitos fundamentais. Nesse sentido, a arguição de descumprimento consiste em “medida de cunho judicial que permite a fiscalização concentrada das leis e atos normativos e não normativos emanados do Poder Público”⁸⁴. Há, assim, ampliação do pleno controle democrático quanto a proteção aos preceitos fundamentais. Maricy Maraldi aprofunda-se neste tema dizendo:

Em razão do relevo que tais preceitos [fundamentais] assumem, torna-se premente a necessidade de controlar o maior número de atos possível, permitindo, dessa forma, uma fiscalização mais eficiente. Isso culminou no surgimento da arguição e, por conseguinte, na ampliação e aprimoramento do sistema de controle concentrado de constitucionalidade até então vigente⁸⁵.

Ademais, são relevantes as consequências de um conceito amplo de ato do poder público. “A amplitude do conceito de *ato do Poder Público* apto a ser objeto de ADPF torna-a importante via processual de controle democrático, uma vez que essa abertura permite que atos bastante atípicos sejam confrontados com a Constituição”⁸⁶.

⁸² ABOUD, **Processo constitucional brasileiro**, p. 464.

⁸³ MARALDI, **O controle de constitucionalidade das políticas públicas e a arguição de descumprimento de preceito fundamental**, p. 94.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 96.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 97.

⁸⁶ ABOUD, **Processo constitucional brasileiro**, p. 510. Prossegue o jurista dizendo: “Na realidade, a ADPF que, na gênese da CF ficou relegada ao ostracismo, atualmente, exerce protagonismo fundamental no controle de constitucionalidade. A fluidez de seu objeto tem possibilitado o controle de diversos atos que, até então, eram praticamente blindados ao controle de constitucionalidade, por

Por muitos anos, mesmo após a publicação da Lei da ADPF, no ano 1999, a arguição de descumprimento teve um papel muito tímido. Provavelmente, essa passada timidez tenha se devido às peculiaridades da arguição, em especial, ao seu atributo da subsidiariedade. Todavia, certo é que, com o tempo, a arguição de descumprimento tem ganhado maior destaque, sendo utilizada cada vez mais para a defesa de inúmeros preceitos fundamentais que sem ela ficariam desguarnecidos.

De um lado, o caráter subsidiário da ADPF restringe a sua utilização; mas, de outro, amplia o controle democrático sobre os atos do poder público. Em outras palavras, embora possa parecer contraintuitivo, o atributo da subsidiariedade da ADPF maximiza a prevalência da supremacia constitucional sobre os atos estatais. Isso porque, sem essa ação, uma série de atos do poder público estariam “blindados ao controle de constitucionalidade”⁸⁷, o que não se pode permitir. Frise-se, a supremacia constitucional – que é necessária para a estabilidade político-democrática nacional – depende de mecanismos garantam a prevalência da Constituição.

Portanto, considerando que (i) a ordem constitucional vigente foi democrática e legitimamente promulgada; (ii) que a força normativa da Constituição precisa ser respeitada em nome de sua supremacia; (iii) que a jurisdição constitucional, ao passo em que preserva a supremacia da Carta Magna, é um instrumento de controle democrático; e (iv) que a ADPF preenche as lacunas do controle concentrado de constitucionalidade em razão de seu caráter subsidiário, promovendo a expansão assecuratória dos preceitos fundamentais; esta ação é um elemento processual dinamizador e estimulador do controle constitucional-democrático.

Com efeito, a arguição de descumprimento de preceito fundamental apresenta-se como um catalisador processual do controle democrático, porquanto dinamiza a jurisdição constitucional visando a efetivação dos preceitos fundamentais.

exemplo: decisões vinculantes e súmulas de outros Tribunais Superiores, linha jurisprudencial ilegal, toda a ordem de atos do poder Executivo, leis anteriores à Constituição, bem como atos homologatórios ou atos praticados pelo Ministério Público ou advocacia pública”.

⁸⁷ *Ibid.*

2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL CONTEMPORÂNEA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM ADFP

2.1. O dirigismo constitucional e a judicialização das políticas públicas

O termo *constituição dirigente* foi concebido por José Joaquim Gomes Canotilho, em sua tese de doutorado escrita em 1982, denominada *constituição dirigente e vinculação do legislador*⁸⁸.

A *constituição dirigente* consiste naquela que determina a direção que o Estado deve percorrer, vinculando os poderes constituídos no exercício de suas funções, com vistas à efetivação de determinados objetivos elencados pelo legislador constituinte. Assim, a *constituição dirigente* fixa objetivos estatais e estabelece deveres ao Poder Público, em uma verdadeira amarração dos programas políticos. Por isso, é também chamada de *constituição programática*.

Nas palavras de Novellino, a *constituição dirigente* “se caracteriza por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos”⁸⁹. Dessa forma, de acordo com Mendes e Branco, as *constituições programáticas* “traçam metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico”⁹⁰.

No mesmo sentido, Martins se aprofunda:

Constituição dirigente é a que fixa uma direção para o Estado seguir, vinculando os Poderes Públicos e estabelecendo critérios concretos para a execução de suas metas. Dessa maneira, enseja uma judicialização da atividade pública, na medida em que a política passa a ser conformada pelo Direito. Embora não se tenha anulado o espaço da política, que continua apta a escolher os melhores caminhos na implantação das políticas públicas, sujeita-a de forma imperativa às normas constitucionais. Catarina Botelho, brilhante professora portuguesa, denomina a *constituição dirigente* uma *constituição aspiracional* [...]. Afirma a autora: ‘em contrapartida, o constitucionalismo aspiracional, como o próprio nome indica, está repleto de esperança, de objetivos mais ou menos distantes a atingir’.⁹¹

A Constituição brasileira de 1988 é dirigente. Ela elenca uma série de objetivos e deveres fundamentais ao Poder Público, que está constitucionalmente obrigado a buscar a efetivação de tais metas. Exemplificativamente, já em seu artigo 3º, afirma serem objetivos de nosso Estado a construção de uma “sociedade livre, justa e

⁸⁸ CANOTILHO, JJ Gomes, **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**, Coimbra, 1982.

⁸⁹ NOVELLINO, **Curso de direito constitucional**, p. 107.

⁹⁰ MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**, p. 63.

⁹¹ MARTINS, **Curso de direito constitucional**, p. 194–195.

solidária”, a busca pelo “desenvolvimento nacional”, a erradicação da “pobreza e da marginalização, bem como a redução das “desigualdades sociais e regionais” e a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”⁹².

Mas não somente. Ao longo do texto constitucional, muitos são os deveres atribuídos ao Poder Público, vinculando-o a trilhar determinados caminhos. Justamente por essa vinculação do exercício do poder político, atualmente existem fortes críticas ao modelo das constituições dirigentes.

Não nos esqueçamos, contudo, ser a constituição o elemento normativo supremo que legitima e limita o exercício do poder político, devendo, portanto, ser respeitada, a fim de permanecermos na busca pelo fortalecimento de sua normatividade. Evidentemente, a constituição não é perfeita, motivo pelo qual ela própria admite emendas: o caminho existente para o aperfeiçoamento de nosso ordenamento jurídico-constitucional.

“Uma das críticas mais comuns feitas à concepção de constituição dirigente é a de o texto constitucional promover de tamanha forma o dirigismo estatal que estaria pretendendo substituir o processo de decisão política”⁹³. Todavia, não se observa nas constituições dirigentes, como a nossa, o prévio estabelecimento de um único caminho para o exercício da política. A constituição aspiracional, embora elenque preceitos fundamentais e direcione a atuação política, não exclui esta atuação.

De acordo com Bercovici:

Pelo contrário, ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para a política, que deve mover-se no âmbito do programa constitucional. Dessa forma, a Constituição dirigente não substitui a política, mas se torna a sua premissa material⁹⁴.

Tanto a atuação política não é excluída que, no caso brasileiro, continua fortalecido o debate político sobre as estratégias que seriam mais adequadas para o desenvolvimento nacional. Se a constituição houvesse previamente substituído a política, não haveria razão para o debate político existir.

De todo modo, ainda assim, parece-nos que as constituições dirigentes adotam um modelo não muito eficiente para aquilo que se propõe. A partir de um olhar

⁹² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁹³ BERCOVICI, Gilberto, A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro, **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 142, p. 35–51, 1999, p. 40.

⁹⁴ *Ibid.*

pragmático, sem questionar as boas intenções do constituinte, as aspirações de um texto constitucional dirigente são claramente ingênuas. O fato de a constituição brasileira proclamar expressamente em seu art. 5º, § 1º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁹⁵ não faz com que automaticamente os direitos e as garantias fundamentais estejam efetivados; em especial, os direitos fundamentais sociais, como saúde, educação e moradia.

Justamente por isso, o próprio Canotilho fez uma releitura de suas posições defendidas em 1982, passando a defender que a “constituição deve evitar converter-se em lei da totalidade social, para não perder sua força normativa”⁹⁶.

Nas palavras de Canotilho:

Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da ‘morte’ das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que *impõem uma actividade e dirigem* materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: *simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros*, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às *normas programáticas* é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (Crisafulli). Mais que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autónoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; é a *positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes*. Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (2) vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes toma-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.⁹⁷

Prossegue o autor argumentando pela superação entre o contraste que parte da doutrina faz entre normas atuais e normas programáticas. A respeito dessa

⁹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁹⁶ BERCOVICI, A problemática da constituição dirigente, p. 41.

⁹⁷ CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1177.

questão, “todas são *actuais*, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa [...]. Problema diferente é o de saber em que termos uma norma constitucional é susceptível de *aplicação directa*”⁹⁸. Nesse sentido, Canotilho se aprofunda:

Além de constituírem princípios e regras definidoras de directrizes para o legislador e a administração, as *normas programáticas* vinculam também os tribunais, pois os juízes *têm acesso à constituição*, com o conseqüente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) e de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos feitos submetidos a julgamento, dos actos normativos contrários às mesmas normas. As normas constitucionais programáticas têm ainda efeito *derrogatório* ou *invalidante* dos actos normativos incompatíveis com as mesmas, devendo, porém, precisar-se (e isso nem sempre é fácil) em que medida as normas programáticas servem de *limite negativo* às leis consagradoras de disciplina contrária. Para além destes ‘efeitos directos’, deve reconhecer-se que as normas-tarefa e normas-fim pressupõem, em larga medida, a clarificação conformadora efectuada pelas autoridades com poderes político-normativos.⁹⁹

Enfim, Martins, clareando esse tema, explica:

A teoria de Canotilho, escrita em 1982, foi rejeitada mais recentemente pelo próprio autor. No prefácio da segunda edição de seu livro, Canotilho aponta ‘mudança relativa da opinião do autor relativamente ao livro em referência’. Vários são os argumentos por ele utilizados para justificar o insucesso de Constituições como a portuguesa, de 1976 e a brasileira, de 1988. Um dos equívocos da constituição dirigente, segundo ele, é desprezar o processo de internacionalização, que ‘torna evidente a transformação das ordens nacionais em ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto’. Outrossim, segundo ele, ‘não compete à constituição acrescentar constitucionalmente novas tarefas a um Estado pré-constituído segundo a natureza das coisas. Isso traduzir-se-á na conversão de uma lei fundamental em instrumento introvertido e autossuficiente de um projeto incerto e inseguro, mas progressivamente sobrecarregado com tarefas definidas e impostas a nível constitucional’. Critica as ‘constituições dirigentes’ que afirmam ser os direitos fundamentais de aplicação imediata, mesmo nos claros casos em que é necessária a ação legislativa regulamentar. [...] Veementemente sua crítica no sentido de que, quando a Constituição estabelece metas sociais de difícil consecução, quando jurisdicionalizadas ‘pode lançar a constituição na quarela dos *limites do estado social* e da *ingovernabilidade*. Realmente, prometer é muito fácil. O difícil é cumprir as promessas constitucionais. [...] Concordamos com Bernardo Gonçalves Fernandes, que, diante da nova posição do jurista de Coimbra, conclui: ‘a constituição dirigente não morreu, pois ainda sobrevivem importantes dimensões de

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*, p. 1180.

programaticidade e dirigismo constitucional, ainda que em uma perspectiva mais reflexiva (leve) e menos impositiva.¹⁰⁰

Com efeito, independentemente das críticas, certo é que, no Brasil, vivemos sob a égide de um ordenamento jurídico-constitucional dirigente. Suas inúmeras aspirações expressamente constitucionalizadas, muito provavelmente, foram motivadas pela necessidade de se afirmar a superação de um regime totalitário e ditatorial. De certo modo, seria até injusto “condenar” o legislador constituinte por ter optado por este caminho. Entendemos que o legislador constituinte brasileiro nunca teve a intenção impor uma “ditadura constitucional e imutável dos direitos fundamentais”. Até porque, como já dissemos, a própria Constituição admite a sua imperfeição quando estabelece os institutos da revisão e das emendas constitucionais.

E por, ainda hoje, o Brasil viver sob a égide da Constituição cidadã de 1988, a constituição dirigente não “morreu”. Teria eventualmente “morrido” se uma nova carta constitucional tivesse sobreposto atualmente vigente. Portanto, parece-nos acertada a posição adotada por Martins, segundo o qual, atualmente, o dirigismo constitucional foi atenuado, de modo que os programas constitucionais passaram a ser menos impositivos.

Não é porque hoje a programaticidade constitucional seria menos impositiva e mais reflexiva que as normas aspiracionais deixariam de ter vigência. Isso porque, ainda que o legislador infraconstitucional permaneça omissos na persecução de algum objetivo programático, não poderá adotar políticas públicas contrárias ao programa. Nesse sentido, conforme as já apontadas observações de Bercovici, “a Constituição dirigente não substitui a política, mas se torna a sua premissa material”¹⁰¹.

Um exemplo simples disso, porém elucidativo, seria o seguinte: a busca pelo “desenvolvimento nacional” é um dos objetivos da República Federativa brasileira¹⁰². Hipoteticamente, caso o Poder Público fique omissos quanto a promoção de políticas públicas que visem desenvolver o país, seria de difícil visualização um juízo de inconstitucionalidade. Por outro lado, se o Poder Público, em um lapso de sanidade, decidisse instituir uma política pública de flagrante “retrocesso nacional”, como, por exemplo, a proibição de meios informatizados de comunicação, seria uma política

¹⁰⁰ MARTINS, **Curso de direito constitucional**, p. 195–196.

¹⁰¹ BERCOVICI, *A problemática da constituição dirigente*, p. 40.

¹⁰² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 Art. 3º.

claramente constitucional, na medida em que, no mundo globalizado, o desenvolvimento depende das rápidas comunicações.

Finalmente, considerando que a constituição dirigente, como a brasileira de 1988, modela o exercício do poder político por meio do Direito, cria-se uma tendência à judicialização e ao maior protagonismo judicial. Nesse contexto, na medida em que o fundamento para grande parte das políticas públicas está na Constituição e que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹⁰³, o controle judicial de constitucionalidade das políticas públicas passa a ser acontecimento rotineiro.

2.2. O controle de constitucionalidade das políticas públicas

Na medida em que o fundamento normativo para grande parte das políticas públicas brasileiras está no texto constitucional e, considerando a força normativa da constituição precisar ser sempre estimulada, com vistas a evitar-se degenerações no exercício do poder político potencialmente autoritárias e antidemocráticas, é essencial a existência do controle judicial de constitucionalidade dos atos do Poder Público.

Inclusive, a anulação de atos do Poder Público pelo Judiciário consiste em uma métrica que pode ser adotada para averiguar se, de fato, determinado Estado é ou não democrático. Os fundamentos das decisões judiciais são sempre passíveis de críticas, políticas ou jurídicas; mas, o fato de as Cortes brasileiras reiteradamente anularem atos emanados do Poder Público reforça a consolidação democrática da República Federativa do Brasil.

O controle de constitucionalidade das políticas públicas, conforme mais profundamente abordado no Capítulo 1, é também um controle democrático. A democracia contemporânea jamais se confundirá com a imposição da vontade da maioria, porquanto existem direitos constitucionais impopulares que não podem ser violados. A dignidade humana das minorias é tão importante, do ponto de vista jurídico-constitucional, quanto a dignidade humana da maioria. Infelizmente, como humanos, temos extrema facilidade para nos comovermos com nossas próprias dores e extrema dificuldade para nos solidarizarmos com as dores dos outros. Verdade seja dita, a única dor suportável é a dor alheia.

¹⁰³ *Ibid.* Art. 5º, XXXV.

Essa tendência humana, por óbvio, reflete na atuação dos representantes eleitos pelo voto popular. Por isso, o próprio legislador constituinte, buscando não apenas a construção de uma democracia formal, mas também material, criou instrumentos contramajoritários. Com efeito, a jurisdição constitucional possui um claro papel contramajoritário na democracia atual.

Reforcemos que este papel de forma alguma se confunde com autoritarismo judicial, pois o fundamento normativo da jurisdição constitucional emana da própria Constituição, redigida pela assembleia nacional constituinte de 1987-1988. Os membros da assembleia nacional constituinte, eleitos democraticamente, manifestaram o poder constituinte originário e confeccionaram um legítimo ordenamento jurídico democrático, acolhendo sob seu manto protetor todos os indivíduos, sejam da maioria, sejam das minorias. Desse modo, os instrumentos de freios e contrapesos previstos na Carta Magna, ainda que eventualmente sejam utilizados para anular condutas emanadas da maioria, possuem força democrática.

Nessa linha, discorre Andréia Schneider Nunes Carvalhaes:

O Poder Judiciário é um espaço democrático em potencial, e legítimo para promover a fiscalização do ciclo de políticas por meio do exercício do controle judicial ante a inação ou atuação deficitária do Poder Executivo ou mesmo a omissão do Poder Legislativo para a promoção de direitos fundamentais e cumprimento das metas constitucionais. Importante pontuar que o papel do Poder Judiciário quanto à efetividade de política pública é macro, não lhe cabe a elaboração, planejamento e execução, mas sim que a fase de implementação seja assegurada mediante o exercício do controle judicial. Isso implica dizer, inclusive, que é cabível o controle judicial da própria discricionariedade administrativa se as escolhas da Administração Pública forem na contramão de preceitos constitucionais e direitos fundamentais.¹⁰⁴

O controle judicial das políticas públicas, devemos ressaltar, não fere o princípio da separação dos poderes. A título de hipótese, caso o poder judiciário viole a separação dos poderes, não será no exercício de seu controle judicial. Haverá, sim, violação a este princípio se o poder judiciário extrapolar a autoridade que lhe foi conferida pela Constituição.

Ademais, lembremo-nos que o poder é uno e emana do povo, que o delega ao Estado. Este, mandatário do povo, exerce o uno poder por meio de diversas funções. Assim, “quando se edita uma lei, quando se realiza um ato administrativo ou se aplica

¹⁰⁴ CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes, **Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 171.

uma lei diante de um caso controvertido, todos esses atos emanam de um único polo de poder, o Estado”¹⁰⁵. A esse respeito, de um lado, o Executivo pode praticar determinado ato e, de outro, o Judiciário, se provocado por quem tenha legitimidade, poderá anulá-lo, se o ato violar o ordenamento jurídico. E, ainda que estejamos falando de funções diferentes controlando uma a outra, em última análise, trata-se de manifestação da vontade constitucional do Estado, mandatário de poder uno.

Dentre os possíveis controles jurisdicionais dos atos do Poder Público, encontra-se o controle de constitucionalidade de políticas públicas. Este nada mais é do que a avaliação de compatibilidade entre a política pública e a Constituição, no bojo de um processo judicial, por magistrado ou Tribunal.

No ordenamento jurídico brasileiro, existem dois sistemas de controle de constitucionalidade: o difuso, exercido por qualquer magistrado e o concentrado, realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale pontuar, em âmbito federal, o controle concentrado de constitucionalidade é feito pelo Supremo Tribunal Federal; mas, em âmbito estadual, se uma lei violar Constituição de Estado-membro, a corte competente para fazer o controle de constitucionalidade abstrato em face de Constituição estadual será o Tribunal de Justiça do próprio Estado-membro. Sobre este ponto, não nos estenderemos, porque o presente estudo analisa aspectos específicos do controle de constitucionalidade de políticas públicas em face da Constituição Federal.

O controle difuso de constitucionalidade é exercido por qualquer juiz singular de maneira incidental em processo no qual se discuta um caso concreto. Por isso, é também chamado de controle concreto. Nele, o magistrado, para julgar uma questão concreta levada pelas partes à análise jurisdicional, poderá avaliar eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e deixar de aplica-lo, se houver violação ao texto constitucional. Seu precedente histórico remonta ao caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ocasião em que foram definidos os fundamentos da *judicial review*, o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano, o qual inspira o controle de constitucionalidade difuso brasileiro desde a constituição de 1891¹⁰⁶.

¹⁰⁵ MARALDI, **O controle de constitucionalidade das políticas públicas e a arguição de descumprimento de preceito fundamental**, p. 146–147.

¹⁰⁶ NOVELINO, **Curso de direito constitucional**, p. 206.

O caso *Marbury vs. Madison* surgiu de um contexto político sobremaneira delicado. Thomas Jefferson, do partido democrata-republicano, havia ganhado as eleições do então segundo presidente dos Estados Unidos, John Adams, do partido federalista.

Após as eleições, John Adams ainda permaneceu no governo por alguns meses, ocasião em que promoveu uma série de reformas tendentes a manter a influência do partido federalista nas cortes norte-americanas, por meio da criação de tribunais e cargos de juízes. Dentre as reformas, editou uma manobra denominada *Midnight Judges Act*, com base no qual William Marbury foi nomeado para o cargo de juiz de paz do distrito de Columbia. Ocorre que Marbury não conseguiu tomar posse no cargo para o qual fora nomeado, pois John Marshall, então secretário de justiça do governo de John Adams, não teve tempo hábil para expedir o diploma de nomeação de Marbury, que era uma formalidade necessária a ser cumprida. Vale dizer, John Marshall também foi agraciado pelo *Midnight Judges Act*, pois foi indicado para ser juiz da Suprema Corte norte-americana, tendo assumido este cargo¹⁰⁷.

Iniciado o governo de Thomas Jefferson, o novo secretário de justiça, James Madison, recusou-se a expedir o diploma de nomeação de William Marbury, razão pela qual este, com fundamento em uma norma emanada no Congresso, de 1789, denominada *Judiciary Act*, ajuizou uma ação (*writ of mandamus*) diretamente na Suprema Corte. O contexto político ficou cada vez mais delicado, tendo o novo presidente até mesmo dito que se a ação de Marbury fosse julgada procedente, não cumpriria a decisão da Suprema Corte. Após contratempos políticos, a Suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar o caso e sob a presidência de John Marshall, que tinha vínculos com o governo anterior, de John Adams¹⁰⁸. De acordo com Abboud:

Em sua decisão, Marshall cravou o argumento que viria a transformar o direito constitucional e a própria teoria do direito: afirmou que a garantia de que a Constituição era revestida de supremacia, se apresentando como uma espécie de 'lei das leis', como a *Paramount law*, implicava na conclusão lógica de que o Poder Judiciário teria o poder de fiscalizar os atos do Congresso que fossem editados em contrariedade aos ditames constitucionais. A saída de Marshall para a decisão do caso *Marbury vs. Madison* foi pela via de uma questão preliminar, não de mérito. Ele reconheceu o acerto do *writ of mandamus* impetrado por Marbury. Entendeu que tal ação era adequada para a tutela do direito em discussão. Porém, afirmou que a Suprema Corte não poderia julgar o mérito daquela ação em face de uma inconstitucionalidade que viciava, desde a origem, o *Judiciary Act*

¹⁰⁷ ABBOUD, **Processo constitucional brasileiro**, p. 971–972.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 972–973.

de 1789. No caso, este ato do Congresso, conferia uma competência originária para a Suprema Corte que estava fora das atribuições que lhe foram asseguradas pela Constituição. Nesse sentido, se ao Congresso fosse autorizado modificar a Constituição do mesmo modo que se altera uma lei ordinária, a sua supremacia seria, então, uma grande ficção. A Constituição seria, assim, uma vã tentativa dos homens de limitar um poder que, ao final, sempre se mostra como ilimitado. A partir de então, ficou assentada a possibilidade de o Judiciário rever os atos do Congresso que fossem contrários à Constituição, inaugurando a *Judicial Review of legislation*.¹⁰⁹

Destarte, John Marshall, ao passo em que evitou um conflito entre os poderes na então jovem (e talvez frágil) democracia norte-americana pós revolução de independência, concebeu fundamentação a respeito da jurisdição constitucional que nutriu as raízes do Estado constitucional, pois afirmou veementemente a supremacia da Constituição, reforçando a sua força normativa. Vale apontar que, “antes, porém, existiam dois precedentes na jurisprudência norte-americana nos quais ideias embrionárias já estavam presentes: o *Hayburn’s Case* e o *Caso Hylton v. United States*”¹¹⁰. Podemos entender, então, que estes dois precedentes embrionários germinaram uma ideia que foi depois efetivamente concebida no célebre julgamento do caso *Marbury vs. Madison*.

Prosseguindo, sobre o controle de constitucionalidade difuso ou concreto, nas palavras de Novelino, é aquele em que:

A pretensão é deduzida em juízo através de *processo constitucional subjetivo*, exercido com a finalidade principal de solucionar controvérsia envolvendo direitos subjetivos. Nessa modalidade, antes de julgar a procedência do pedido, o juiz analisa, incidentalmente, a compatibilidade entre a norma impositiva da obrigação questionada e o parâmetro constitucional supostamente violado. A verificação da constitucionalidade é, portanto, um antecedente lógico, temporal e incidental para a formação do juízo de convicção acerca da controvérsia.¹¹¹

O controle difuso, contudo, só pode ser feito monocraticamente em primeira instância. Isso porque o art. 97 da Constituição previu o que se denomina *cláusula de reserva de plenário*, pois “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”¹¹². A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante 10, segundo a qual:

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 973–974.

¹¹⁰ NOVELINO, **Curso de direito constitucional**, p. 206.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 24.

¹¹² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 Art. 97.

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte¹¹³.

Em outras palavras, órgão fracionário de tribunal não pode realizar o controle de constitucionalidade difuso, porque a Constituição atribuiu essa competência jurisdicional ao órgão especial ou pleno do tribunal. Dessa forma, colegiados fracionários dos tribunais somente podem declarar inconstitucionalidade incidental se o pleno ou órgão semelhante do próprio tribunal já houver decidido sobre a matéria, ou se já houver súmula ou entendimento firmado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, o controle concentrado de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, é feito em processo objetivo e abstrato, pois não tem partes e questiona ato normativo em tese, com eficácia *erga omnes*.

“Idealizado por Hans Kelsen e consagrado originalmente pela Constituição da Áustria (1920), esse tipo de controle proliferou na Europa, ficando conhecido como *sistema austríaco* ou *européu*”¹¹⁴.

Na Constituição brasileira de 1988, existem quatro ações destinadas ao controle concentrado de constitucionalidade: ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADECON), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)¹¹⁵.

Conforme dissemos, o controle de constitucionalidade concentrado foi teorizado por Hans Kelsen, tendo sido aceito e aplicado por diversas democracias constitucionais contemporâneas.

Em sua obra mais conhecida, intitulada Teoria Pura do Direito, o jurista dedica o terceiro capítulo à cientificação do Direito. Categoriza “as normas jurídicas como objeto da ciência jurídica”¹¹⁶. As normas jurídicas têm como objetivo a imposição de

¹¹³ **Aplicação das Súmulas no Supremo Tribunal Federal**, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. acesso em: 16 out. 2020.

¹¹⁴ NOVELINO, **Curso de direito constitucional**, p. 206.

¹¹⁵ A respeito do processo constitucional, podemos nos aprofundar. Nas palavras de Abboud, é “importante destacar a distinção entre o Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional. O primeiro consistiria nas disposições processuais que se encontram na Constituição Federal, enquanto o segundo seria a reunião dos princípios que regulam a denominada jurisdição constitucional. Ambos compõem a justiça constitucional que se consubstancia na forma e instrumentos de garantia para a atuação da Constituição”. ABOUD, **Processo constitucional brasileiro**, p. 461.

¹¹⁶ KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**, 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 79–120.

limites e diretrizes à conduta humana, mas nem por isso esta é objeto da ciência jurídica. Com efeito, a conduta humana apenas adentra ao objeto de estudo da ciência jurídica “na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou seja, na medida em que constitui conteúdo das normas jurídicas”¹¹⁷. Nesse sentido, a ciência jurídica não é uma ciência natural, porquanto seu objeto de estudo está relacionado com as normas de condutas humanas.

“A Teoria Pura de Kelsen relaciona-se diretamente com o dever jurídico, que não deve ser confundido com valor ético [...]. É pura porque ela almeja assegurar o conhecimento do direito, excluindo de seu conhecimento tudo o que”¹¹⁸ não se inclua no objeto normativo da ciência jurídica.

Kelsen “apresenta duas teorias: uma estática, em que o direito é entendido com um sistema de normas em vigor; e uma dinâmica, que tem por objeto o processo jurídico em que o direito é produzido e aplicado, isto é, o direito em seu movimento”¹¹⁹. O controle concentrado de constitucionalidade decorre da teoria estática, porquanto nesta é apresentada a hierarquização estrutural de normas. O pressuposto de validade de uma norma é uma norma de hierarquia superior. “A norma passa a buscar sua validade exclusivamente na própria positividade e não mais em valores, sejam eles éticos, morais, religiosos etc”¹²⁰. Nas palavras de Kelsen:

Determinado o Direito como norma (ou, mais exatamente, como um sistema de normas, como uma ordem normativa) e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam, delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais. Somente por esta via se alcança um critério seguro que nos permitirá distinguir univocadamente a sociedade da natureza e a ciência social da ciência natural. [...] Somente na medida em que o Direito for uma ordem normativa da conduta dos homens entre si pode ele, como fenômeno social, ser distinguido da natureza, e pode a ciência jurídica, como ciência social, ser separada da ciência da natureza.¹²¹

“A ordem jurídica, por sua vez, é validada na norma fundamental. A norma fundamental não é posta, mas pressuposta, haja vista que seu conteúdo não pode ser

¹¹⁷ ABBOUD, **Processo constitucional brasileiro**, p. 466.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 467–468.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 467.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 468.

¹²¹ KELSEN, **Teoria pura do direito**, p. 85–86.

imediatamente evidente, não se trata de um produto de descoberta livre”¹²². A esse respeito, a validade da norma pressuposta é objetiva. Vale dizer, há uma estruturação racional das normas positivadas no sistema jurídico, uma legitimando juridicamente outra de hierarquia menor, havendo, acima de todas, uma pressuposta norma hipotética fundamental, de natureza objetiva. Sem a norma hipotética fundamental, segundo Kelsen, “em resumo, todas aquelas inúmeras afirmações nas quais a vida do Direito diariamente se exprime deixariam de ter sentido”¹²³.

“Ao se lançar à busca de uma norma fundamental, todavia, não se pode cair no problema lógico da busca pelo infinito, alerta o autor. Num contexto normativo plural, é possível que o cientista jurídico se perca no interminável”¹²⁴.

Segundo Kelsen, “a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para distingui-la da Constituição em sentido jurídico-positivo”¹²⁵. Em outras palavras, traduzindo a ideia, a norma hipotética fundamental consiste na determinação de obedecermos à Constituição¹²⁶.

Portanto, na concepção de Kelsen, o do Direito deve ser visto como um sistema normativo hierarquizado no qual as normas de inferior hierarquia são legitimadas pelas normas de superior hierarquia. A norma positivada – posta – de maior hierarquia é a Constituição, a qual encontra a sua legitimidade na norma hipotética fundamental, que é pressuposta. “Tal concepção faz com que a norma fundamental, em última instância, confunda-se com o próprio conceito de soberania”¹²⁷.

É basicamente essa a essência dogmática que justifica o controle de constitucionalidade concentrado. Afinal, se um ato normativo inferior à Constituição

¹²² ABBOUD, **Processo constitucional brasileiro**, p. 469.

¹²³ KELSEN, **Teoria pura do direito**, p. 116.

¹²⁴ GONÇALVES, Alex Silva; QUIRINO, Regio Hermilton Ribeiro, A Norma Hipotética Fundamental de Hans Kelsen e a Regra de Reconhecimento de Herbert Hart: semelhanças e diferenças entre os critérios de validade do Sistema Jurídico, **Sequência (Florianópolis)**, n. 78, p. 91–118, 2018, p. 96.

¹²⁵ KELSEN, **Teoria pura do direito**, p. 222.

¹²⁶ Nesse sentido: “a norma fundamental é o comando de obediência à Constituição, com ela não se confundindo. Da norma fundamental é extraído a máxima de que ‘devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve’” GONÇALVES; QUIRINO, A Norma Hipotética Fundamental de Hans Kelsen e a Regra de Reconhecimento de Herbert Hart, p. 97.

¹²⁷ ABBOUD, **Processo constitucional brasileiro**, p. 469. Prossegue o autor dizendo: “a norma fundamental é um conceito exatamente simétrico ao de poder soberano. Dessa forma, estes são dois conceitos sinônimos, porque possuem praticamente a mesma função, qual seja, a de fechar o sistema jurídico, que é escalonado, hierárquico e cuja validade somente pode ser buscada na própria positividade/normatividade”.

for com esta incompatível, inexistirá o pressuposto de existência da norma inferior, qual seja, a legitimação de uma norma de hierarquia superior.

Por isso, na medida em que o poder é uno, mas que o Estado o exerce distribuindo as suas funções típicas, a fim de evitar concentrações de poder e eventuais arbitrariedades, deve haver um órgão estatal com competência para avaliar abstratamente a constitucionalidade das leis, retirando-lhes do ordenamento jurídico caso com a Constituição sejam incompatíveis. Esse órgão é a Corte Constitucional que, originalmente nas ideias de Kelsen, atuaria como um legislador negativo. Abboud prossegue se aprofundando sobre o tema:

A partir das premissas desenvolvidas em seu sistema estático, Hans Kelsen sistematizou o controle abstrato de constitucionalidade, no qual o Tribunal Constitucional é o protagonista. A teoria de Kelsen a respeito da fiscalização abstrata de constitucionalidade tem relação com seu conceito de Constituição, que seria formada pelos preceitos que regulam a criação de normas jurídicas gerais e, especialmente, a criação de leis. Em síntese, para Kelsen, a Constituição contém a regulação do processo legislativo. Todavia, Kelsen enfoca o controle de constitucionalidade em seu aspecto formal. Ademais, por meio da teoria kelseniana, são lançadas as premissas para sistematização de uma teoria da legislação e, por consequência, do controle de constitucionalidade. [...] A teoria de Kelsen acerca da fiscalização abstrata de constitucionalidade tem relação com seu conceito de Constituição, que seria constituída pelos preceitos que regulam a criação de normas jurídicas gerais e, especialmente, a criação de leis; em síntese, no essencial, a Constituição possui a regulação do processo legislativo. [...] Kelsen equipara a atividade jurisdicional à legislativa: enquanto essa consiste na criação de normas gerais, aquela que cria normas individuais. Assim, anular uma lei é estabelecer 'uma norma geral porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto, ela própria uma função legislativa.¹²⁸

Vale dizer, contudo, a título de acréscimo e não de crítica, que atualmente a visão kelseniana da Corte Constitucional como simples legisladora negativa deve ser superada. Não porque essa visão seja errada, mas sim porque as particularidades da jurisdição constitucional contemporânea já não são as mesmas de quando Kelsen concebeu a sua teoria. A democracia constitucional contemporânea atribui competências à jurisdição constitucional que vão além da capacidade de legislar negativamente, retirando do ordenamento jurídico normas incompatíveis com a Constituição. Nesse sentido, é inclusive possível, em determinados casos, que

¹²⁸ *Ibid.*, p. 470–471.

existam efeitos aditivos às decisões nas quais a Corte Constitucional declare a inconstitucionalidade de ato do Poder Público.

Com isso, vamos avançando em nosso tema, qual seja, o controle de constitucionalidade de políticas públicas em ADPF, que é realizado em sede de controle concentrado e abstrato, cuja competência jurisdicional é da Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal. Já superamos, no decorrer deste trabalho, o problema de legitimidade da Corte em declarar a inconstitucionalidade de atos, comissivos ou omissivos, do Poder Público.

Atos do Poder público, comissivos ou omissivos, estão, ao mesmo passo, legitimados e limitados pela Constituição. Em razão da supremacia normativa desta, o ordenamento jurídico traz ferramentas de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Dentre as principais atuações estatais possíveis em nosso sistema jurídico contemporâneo, encontra-se o dever fundamental de efetivação de direitos fundamentais por meio de políticas públicas. E, por serem estes atos do Poder Público, sujeitam-se ao ordenamento jurídico-constitucional e podem ser objeto do controle concentrado de constitucionalidade.

A esse respeito, Carvalhaes discorre:

Diante de vazios institucionais deixados pelos Poderes representativos, seja pela ineficiência na execução ou na definição de política pública, seja pela omissão diante da inação do poder público, compete ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade de lei, ato normativo ou preceito fundamental para assegurar a supremacia da Constituição e a proteção de direitos. Se por um lado a deliberação sobre a escolha e a definição das políticas públicas fica a cargo do Poder Executivo e do Poder Legislativo, por outro é incontroversa a possibilidade de sindicabilidade pelo Poder Judiciário, foro destinado ao controle judicial de hipótese de política pública não implementada, ou deficitária, pelos órgãos estatais. [...] já não há mais dúvida sobre a atividade típica do Poder Judiciário no exercício do controle judicial de políticas públicas, fundado na interpretação conforme a Constituição Federal e à legalidade, sem, contudo, ensejar interferência de um Poder sobre o outro. A separação dos Poderes, nestes termos, prevalece preservada.¹²⁹

O controle de constitucionalidade de políticas públicas implica não apenas em singela reafirmação da supremacia constitucional, mas sim em verdadeiro controle democrático. A atuação da Corte Constitucional, nestes termos, além de encontrar a sua legitimidade na própria Constituição, exerce um papel contramajoritário e

¹²⁹ CARVALHAES, **Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais**, p. 139–140.

representativo. Representativo porque, embora, ao declarar inconstitucionalidade, retire do ordenamento jurídico a vontade dos representantes da maioria, e seja, nesta medida, contramajoritário; é representativo, porquanto faz prevalecer os direitos fundamentais das minorias cuja representação parlamentar seja deficitária.

Ainda assim, há quem veja problemas no controle de constitucionalidade de políticas públicas. Nesse sentido, é produtivo delimitar o limite deste controle. O problema, então, passa a ser “identificar os limites do controle judicial e dimensionar se os efeitos da decisão invadem o campo da discricionariedade judicial, componente adverso ao Estado Democrático de Direito”¹³⁰.

Sem nos aprofundarmos a respeito da discricionariedade, que poderia ser, por si só, objeto de uma dissertação, o nosso ordenamento jurídico a trata como faculdade do Poder Público, no exercício de sua atividade administrativa.

A discricionariedade dos atos administrativos consiste na escolha, pela Administração Pública, “dentre duas ou mais soluções por aquela que, segundo critérios de conveniência e oportunidade (juízo de ‘mérito’), melhor atenda ao interesse público no caso concreto”¹³¹.

A discricionariedade é um poder da Administração Pública e não da jurisdição. O *juízo de mérito administrativo*, fundado na conveniência e oportunidade, relaciona-se com a forma dinâmica inerente ao exercício da atividade administrativa do Estado. O exercício da jurisdição, por outro lado, trilha por caminho separado. As decisões judiciais não podem ser fundamentadas no juízo de conveniência do magistrado, porquanto não é esta a sua atribuição constitucional, mas sim nas disposições do ordenamento jurídico. O exercício do poder jurisdicional, assim, é fundado na persuasão racional do magistrado, que decidirá fundamentadamente segundo os preceitos postos no direito.

Eventualmente, não obstante o seu dever de respeito às leis e à Constituição, o administrador público ou o Poder Legislativo podem editar atos que instituem, alterem ou revoguem de políticas públicas de algum modo que viole o texto constitucional. Nesse caso, faz-se imprescindível o controle de constitucionalidade.

Embora seja possível que aqueles que se sintam diretamente prejudicados busquem a tutela do Poder Judiciário com pedidos incidentais de declaração de inconstitucionalidade, tal modalidade não é a mais adequada. Isso porque existe o

¹³⁰ *Ibid.*, p. 140.

¹³¹ NOHARA, Irene Patrícia, **Direito administrativo**, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 118.

risco de haver decisões judiciais conflitantes, prejudicando-se a organicidade do ordenamento jurídico e a segurança jurídica. Destarte, ao se questionar a constitucionalidade de política pública, é mais adequado que se faça isso por meio do controle concentrado, cuja sentença constitucional criará uma norma geral e abstrata, aplicável a todos e com maior segurança jurídica¹³². A sentença constitucional, então, será o “resultado de uma atividade interpretativa e integradora do direito; ao mesmo tempo em que figura como ato jurisdicional e apresenta natureza política, em decorrência da própria jurisdição constitucional”¹³³.

Nesse sentido, Comparato discorre:

Tendo em vista a estrutura tradicional das Constituições brasileiras, a introdução do juízo de constitucionalidade de políticas públicas em nosso direito exige, indubitavelmente, uma reforma constitucional que precise a forma processual da demanda, a legitimidade das partes e a competência judiciária. A ação deveria, segundo parece mais prudente, ser exclusivamente direta e não incidental. Uma política pública é sempre decidida e executada no nível mais elevado da instância governamental. Ademais, é muito comum o seu espraiamento por toda a Administração Pública e o concurso legislativo para a consecução de seus objetivos. Nessas condições, não faz sentido que o litígio a respeito da constitucionalidade de uma política pública possa ser decidido incidentalmente, no curso de outro processo judicial, tendente à solução de uma lide particular. Por via de lógica consequência, esse juízo de constitucionalidade, ao contrário do que tem por objeto leis ou outros atos normativos, deveria ser concentrado e não difuso. O órgão judiciário competente para proferi-lo haveria de ser, com exclusividade, aquele colocado na cúpula do sistema, em cada nível da estrutura federativa, admitindo-se que, em se tratando de políticas municipais, a competência de processo e julgamento caberia ao Tribunal de Justiça do Estado onde se encontra o Município em questão.¹³⁴

Por um lado, não se pode impedir que indivíduos que tiveram seus direitos constitucionais violados por ato do Poder Público deixem de pleitear a inconstitucionalidade do ato por via difusa. Por outro, contudo, entendemos ser mais eficiente e adequado que tais questões sejam preferencialmente julgadas pela via concentrada. Assim, leva-se a questão diretamente a órgão de cúpula do Poder Judiciário, que terá não apenas a competência jurisdicional para decidir com efeitos geral e abstrato, vinculando a todos (tal qual as leis), mas também para, caso valores como a segurança jurídica o exijam, modulem os efeitos da decisão no tempo. Nesse

¹³² ABBOUD, **Processo constitucional brasileiro**, p. 216.

¹³³ CARVALHAES, **Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais**, p. 141.

¹³⁴ COMPARATO, Fábio Konder, Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, **Revista dos Tribunais**, v. 737, p. 11–22, 1997, p. 47.

contexto, em se tratando de controle de constitucionalidade de ato do Poder Público em face da Constituição Federal, o órgão jurisdicional com competência para julgar as ações do controle concentrado é o Supremo Tribunal Federal.

Conforme estamos sustentando ao longo do presente trabalho, os atuais moldes de nosso ordenamento jurídico-constitucional, estruturado sob o princípio democrático, não permite uma atuação ilimitada do Poder Público, porquanto o Direito a esta impõe limites. Uma atuação do Poder Público que ultrapasse tais limites consiste em desempenho arbitrário das faculdades estatais. Por sua vez, parcela considerável dos atos do Poder Público tem como objeto políticas públicas. Cotidianamente, o Estado edita atos normativos tendentes a instituir, modificar ou revogar políticas públicas; ou, deixa de instituí-las nos moldes constitucionalmente estabelecidos.

O Estado, ao administrar as suas políticas públicas, é dotado de poder discricionário para analisar o modo de prestar a melhor atuação pública. Pode decidir, portanto, conforme aquilo que considerar conveniente e oportuno diante da situação concreta que se lhe apresenta.

Por exemplo, no Brasil, um problema concreto com o qual o Poder Público convive é a falta de moradia para um grande grupo de pessoas e famílias que se encontram em situação de rua. Na medida em que a Constituição, concordemos ou não, prevê ser a moradia um direito social e fundamental, o Estado passa a ter o dever fundamental de instituir políticas públicas tendentes a solucionar ou, ao menos, conforme aquilo que for possível de fato, minimizá-lo. A ausência de políticas públicas a esse respeito implicaria em inconstitucionalidade por omissão. A eventual deficiência jurídico-constitucional na implementação desta política pública, por seu turno, pode em tese violar preceito fundamental, ocasião em que seria possível a utilização da arguição de descumprimento.

Abordando este tema, Carvalhaes pontua:

O agir administrativo, cujas ações repercutem em tomada de decisões e escolha de políticas públicas, não pode ser desvinculado do Direito, leia-se ordenamento constitucional. Em outras palavras, o direito não concebe espaço livre de conformação à atuação da Administração Pública, com total liberdade, sob o respaldo do juízo de oportunidade e de conveniência, mas sim a condiciona e a invalida se estiver em descompasso com o Direito. [...] Por essa razão, a ideia de que a discricionariedade do administrador consiste em espaço de livre agir e seria imune ao controle externo do Poder Judiciário já não encontra respaldo no Estado Constitucional. Na verdade, nesses moldes, a discricionariedade administrativa representa um espaço carecedor de

legitimação. Justamente por não ser um campo de livres escolhas subjetivas, mas sim de fundamentação de atos e de políticas públicas adotadas, Gustavo Binenbojm vincula a tomada de decisão à juridicidade administrativa, cujo parâmetro jurídico-objetivo é baseado na lei e na Constituição Federal. Uma vez presente a vinculação direta entre a Administração Pública e a Constituição Federal, considerando a escolha da política pública constitucionalmente mais adequada, tão menor será a densidade do controle judicial.¹³⁵

Temos afirmado que, não obstante qualquer decisão judicial possa ser objeto de críticas democráticas e argumentativas, quanto menor for a observância da Constituição pela Administração Pública, mais frequente e mais denso será o controle judicial¹³⁶. Nestes termos, o controle concentrado de constitucionalidade de políticas públicas apresenta-se como um instrumento da supremacia constitucional que busca a preservação da força normativa da Constituição.

Um Estado cujo texto constitucional seja desrespeitado ao arbítrio de seus governantes é um Estado que já se encontra com suas raízes democrático-institucionais apodrecendo. Reforcemos, o despotismo sabe que enquanto destrói as raízes das bases constitucionais do Estado, deve manter a aparente legalidade. O déspota, nesse sentido, sabe que precisa preservar a folhagem da árvore bonita, enquanto lentamente corta as suas raízes, até que o tronco não tenha mais sustentação¹³⁷.

Assim, sendo necessária a prevalência da vontade de Constituição¹³⁸, preservando-se a sua força normativa, Carvalhaes, em sua tese de doutoramento, propõe que “o controle de constitucionalidade de política pública deve ser delimitado pela ‘perimetral jurídica’, proposta nesta obra como método de aferição de não contradição a Constituição Federal”¹³⁹. Prossegue explicando a respeito de sua proposta teórica:

O desenho da ‘perimetral jurídica’ deve considerar justamente este raio de atuação do juiz pautado na razão jurídica-constitucional, a fim de afastar eventuais arbitrariedades e decisionismo, ao passo que a justificação da decisão judicial é condição imprescindível para assegurar os fins inerentes ao Estado Democrático de Direito.¹⁴⁰

¹³⁵ CARVALHAES, **Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais**, p. 143–145.

¹³⁶ Nesse sentido: “o controle judicial será tendencialmente mais denso quanto maior for o nível de restrição aos direitos fundamentais, dada a atuação administrativa discricionária”. *Ibid.*, p. 145.

¹³⁷ VON IHERING, **A luta pelo direito = Der Kampf ums recht**, p. 132.

¹³⁸ HESSE, **A força normativa da Constituição**.

¹³⁹ CARVALHAES, **Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais**, p. 150.

¹⁴⁰ *Ibid.*

O controle de constitucionalidade de políticas públicas, nestes termos, deve estar dentro da *perimetral jurídica*, isto é, a decisão judicial deve prestar a “tutela constitucionalmente adequada ao caso concreto”¹⁴¹. Desse modo, para que uma decisão judicial que tenha por objeto política pública seja legítima, é preciso que ao caso concreto seja aplicado o ordenamento constitucional com fundamentação decisória juridicamente coerente.

Delimitados todos os pressupostos até aqui apresentados, devemos iniciar a nossa análise jurisprudencial de modo metodologicamente organizado. Tomaremos por base estruturante de nossa análise a Metodologia de Análise de Decisões apresentada por Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima¹⁴². Tal método consiste em uma estrutura sobre a qual são agregados elementos de uma forma específica que permita a extração de conclusões interpretativas a respeito dos dados coletados¹⁴³.

Assim, coletaremos e organizaremos informações de decisões que tenham relação com o nosso objeto de estudo; verificaremos se existe coerência entre as decisões analisadas; e então buscaremos entender o sentido do procedimento decisório em foco. Em seguida, a partir deste último ponto, introduziremos na análise realizada a perspectiva da Economia Política Constitucional.

2.3. Introdução a respeito da análise do julgamento de políticas públicas em ADPF

Tem sido muito comum ouvir no debate público que o Supremo Tribunal Federal julga muito e adentra a questões para as quais supostamente lhe faltaria legitimidade. Quanto a questão da legitimidade, já abordamos de maneira aprofundada. Em suma, a legitimidade da Corte para decidir a respeito das matérias que julga decorre da própria Constituição. Sempre que o fundamento de competência para o julgamento da causa emanar da Constituição, haverá legitimidade democrática.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 155.

¹⁴² FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes, Metodologia de análise de decisões, **Encontro Nacional do CONPEDI**, v. 19, p. 5238–5247, 2010.

¹⁴³ Nas palavras dos autores: “A Análise de Decisões é um método que permite: 1) organizar informações relativas a decisões proferidas em um determinado contexto; 2) verificar a coerência decisória no contexto determinado previamente e 3) produzir uma explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório, a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos.”

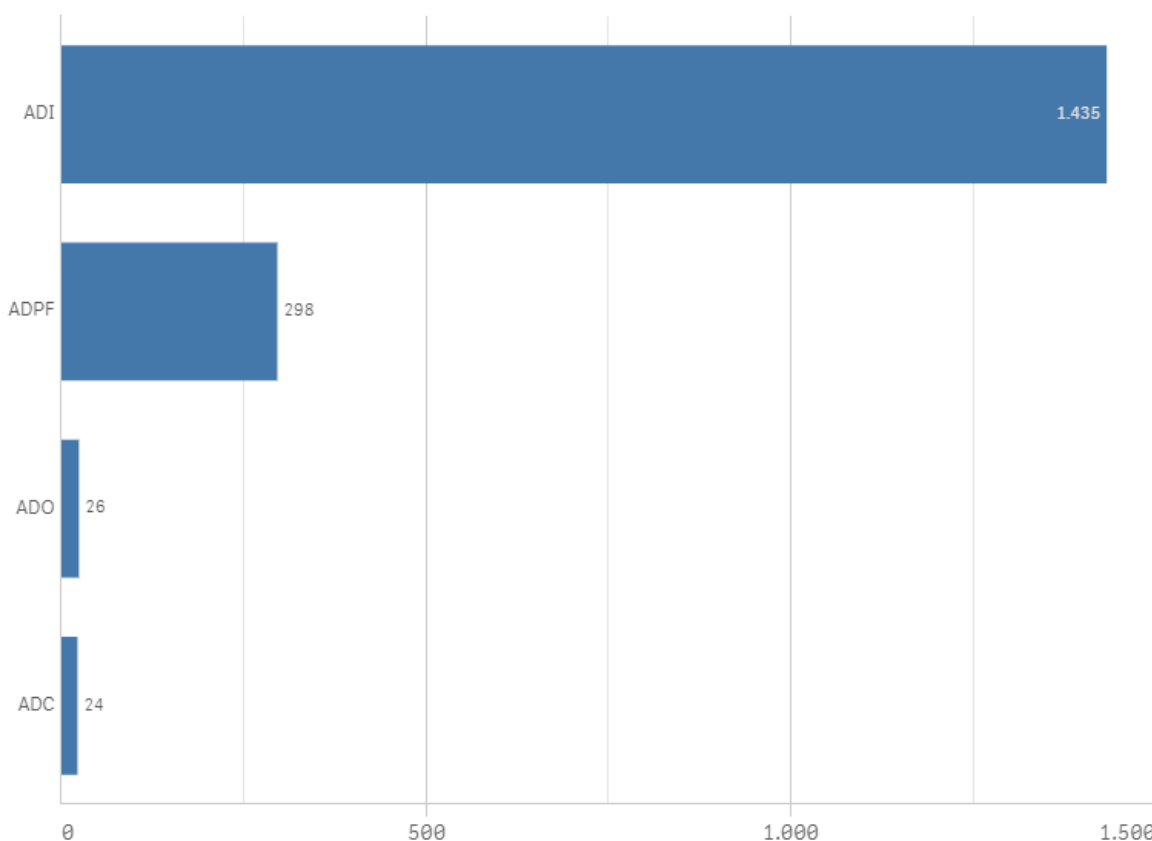
Por sua vez, sobre a quantidade de processos que tramitam na Corte, não há como negar a existência de um excesso.

O Supremo Tribunal Federal, composto por onze magistrados, apenas no ano de 2020, considerando todas as classes de processos que são de sua competência, tanto os recursos quanto os processos de competência originária, recebeu 73.392 processos¹⁴⁴.

É importante ressaltar, todavia, que esse número tão elevado não se deve em razão daqueles processos de típica responsabilidade de uma Corte Constitucional.

Considerando apenas os processos do controle concentrado de constitucionalidade, típicos de uma Corte Constitucional, em junho de 2021, tramitam 1.783, divididos da seguinte forma¹⁴⁵:

Classe de Processo



Desse modo, se considerarmos existir um problema de excesso de processos tramitando no Supremo Tribunal Federal, referido problema jamais poderia ser atribuído ao controle concentrado de constitucionalidade. Para aqueles que defendem

¹⁴⁴ Estatísticas do Supremo Tribunal Federal.

¹⁴⁵ *Ibid.*

existir um excesso de decisões por parte da Corte Suprema brasileira, é necessário delimitar tal crítica à característica recursal da Corte.

Com efeito, defendemos que a força normativa de nossa constituição seria melhor perquirida se retirássemos ou reduzíssemos a característica que o Supremo Tribunal Federal possui de ser também uma corte recursal. Consequentemente, a sua natureza de Corte Constitucional se fortaleceria. Esse debate, contudo, é tão complexo que poderia compor um outro estudo, não fazendo parte de nosso objeto.

O objeto de nosso estudo reside justamente em um recorte específico da atividade típica de Corte Constitucional do Supremo Tribunal Federal, qual seja, o controle de constitucionalidade de políticas públicas em ADPF.

2.4. Análise jurisprudencial

Como forma de organizar metodologicamente e delimitar o objeto de nossa análise empírica, primeiramente, selecionamos as principais decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, entre os anos de 2012-2020, a respeito de políticas públicas, em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. Ao todo, encontramos dezoito decisões, compostas tanto por referendos a liminares quanto por decisões terminativas.

De início, identificamos um grande crescimento na utilização da ADPF, em especial, nos últimos anos, para tratar de políticas públicas em sentido amplo. Dentre as dezoito decisões selecionadas em nossa pesquisa, podemos dividir o período de 2012-2020 em três partes iguais de três anos e observar que: entre os anos 2012-2014, encontramos duas decisões; entre os anos 2015-2017, três decisões; e entre os anos 2018-2020, treze decisões, das quais dez foram proferidas em 2020.

Há, assim, um marco temporal no ano de 2020, a partir do qual, a utilização da ADPF como instrumento jurídico apto a levar questões de políticas públicas à cognição jurisdicional cresceu muito.

Nesse contexto, podemos identificar dois marcos históricos da ADPF no Brasil. O primeiro, a ADPF 45 de 2004, em que, em celebrada decisão monocrática, o Relator Min. Celso de Mello assentou a “legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de políticas públicas, quando configurada a hipótese de abusividade governamental”¹⁴⁶. Naquela ocasião, contudo, a questão não

¹⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004.

foi levada ao Plenário, porque, após uma série de considerações que, depois, consolidaram-se na jurisprudência nacional, o Ministro extinguiu a ação, por perda superveniente de seu objeto¹⁴⁷.

Por sua vez, depois de uma década e meia, o segundo marco histórico, em nosso entender, ocorreu no ano de 2020, quando houve um crescimento exponencial de arguições de descumprimento, nas quais seus autores buscavam justamente a intervenção jurisdicional em tema de políticas públicas.

Além disso, é interessante perceber que, nas dezoito decisões selecionadas em nossa pesquisa, em apenas três o pedido foi julgado improcedente, de modo que nas demais quinze decisões, o pedido, liminar ou definitivo, foi julgado procedente. Com efeito, foi encontrada uma tendência segundo a qual, em 83,4% das ADPFs em tema de políticas pública, a Corte entendeu ter havido violação de preceito fundamental pelo Poder Público.

A respeito do quórum, tendo como parâmetro as dezoito decisões principais selecionadas, houve votação unânime por sete vezes. Isto é, em 38,8% dos julgamentos, a decisão foi unânime, contrapondo-se a 61,2% de julgamentos com divergência entre os Ministros.

Esse dado, contudo, pode, isoladamente, conduzir o leitor a uma conclusão errada. Para melhor analisarmos a informação, vamos estabelecer um pressuposto teórico em nosso trabalho: a partir deste momento, consideraremos ter havido consenso no Plenário da Corte quando houver no máximo um voto divergente.

Nas onze decisões em que houve divergência, em cinco, houve um único voto isolado em sentido contrário ao dos outros Ministros do Plenário. Em todas essas cinco ocasiões, a posição isolada foi do Ministro Marco Aurélio.

Por conta disso, consideramos ter havido doze (7+5) consensos contra seis dissensos. Isto é, observamos um consenso de 66,6% contra um dissenso de 33,4%.

Há, porém, um outro detalhe: nas seis decisões em que houve real dissenso, em duas delas os Ministros divergentes reconheciam a violação ao preceito fundamental e deferiam o pedido de maneira mais abrangente do que os demais Ministros. Além disso, em outra decisão (ADPF 347), houve divergência quanto as determinações judiciais, mas não quanto a violação de preceito fundamental.

¹⁴⁷ Esse tema foi profundamente abordado em: MARALDI, **O controle de constitucionalidade das políticas públicas e a arguição de descumprimento de preceito fundamental**.

Com efeito, em apenas três decisões houve real divergência (de dois ou mais Ministros) sobre ter havido ou não violação de preceito fundamental pelo Poder Público. Portanto, em 83,4% dos julgados, houve consenso sobre a violação ou não de preceito fundamental, de modo que as outras divergências anteriormente apontadas residem no âmbito das consequências da violação a preceito fundamental pelo Poder Público.

Isso nos leva a nossa primeira conclusão: no âmbito das arguições de descumprimento, que tenham por objeto políticas públicas em sentido amplo, há uma tendência (83,4%) de o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconhecer a existência de violação a preceito fundamental em ato do Poder Público.

Com efeito, nossa segunda conclusão, nesse ponto, é que se pode observar coerência na jurisprudência da Corte Constitucional brasileira, no que diz respeito ao objeto de estudo do presente trabalho.

Inclusive, essa coerência também pode ser demonstrada pela grande repetição de certos preceitos fundamentais nos acórdãos analisados: Vida (presente em 77,7% das decisões), Segurança Jurídica (presente em 66,6% das decisões), Dignidade da Pessoa Humana (presente em 66,6% das decisões) e Pluralismo (presente em 38,8% das decisões).

Nesse contexto, houve considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão em 72,2% das decisões, tendo esta pesquisa sido feita com palavras-chave, como “consequências”, “efeitos”, “acarretará”, “promove”, “ocasiona”, variantes e sinônimos.

Há de se ressaltar, contudo, que, embora se vislumbre uma jurisprudência preocupada com as consequências práticas de suas decisões, tal preocupação é, na maioria das vezes, discreta.

Todavia, ainda que a dita preocupação seja discreta, é possível percebê-la de maneira implícita em todos os julgados analisados.

De toda sorte, certo é que a comunidade jurídica tem se preocupado cada vez mais com as consequências práticas das decisões judiciais, motivo pelo qual a Lei nº 13.655/2018 introduziu o art. 20 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Por um lado, o julgador não pode decidir exclusivamente com base nas consequências de sua decisão, sob pena de substituir o Direito pelo utilitarismo. Por

outro, tampouco deve decidir com base em preceitos abstratos sem considerar as consequências práticas do julgamento, de modo a evitar que o Direito se perca da realidade fática.

Tendo isso em vista, entendemos ser positivo que a Suprema Corte passe a se preocupar mais em deixar expressas as considerações a respeito das consequências práticas de suas decisões. Não basta que elas sejam implicitamente consideradas, pois, objetivamente, o que não está expresso não está dito.

A exposição expressa, por parte do julgador, dos motivos que o levaram a decidir de uma determinada forma diz respeito não somente ao dever de transparência, mas adentra ao próprio dever de fundamentação das decisões judiciais.

Logo, nessa abordagem, nossa terceira conclusão é de que a jurisprudência tem se preocupado com as consequências práticas de suas decisões, mas tal preocupação ainda é discreta e deveria ser tratada de maneira mais expressa, como uma espécie de capítulo ou tópico da decisão judicial que se basear em preceitos, em alguma medida, abstratos.

Por conseguinte, adentrando à análise do conteúdo das decisões, identificamos, em cada acórdão, uma norma geral emanada daquele julgado, as quais iremos objetivamente expor a seguir:

É constitucional a instituição de ações afirmativas objetivando a inclusão de determinados grupos étnico-raciais no ensino público superior, que deste estejam tradicionalmente excluídos¹⁴⁸.

É constitucional a regulamentação, por órgão técnico e com fundamentos técnicos, consistente na imposição de cronograma e de metas realistas para a implementação de política pública de acessibilidade¹⁴⁹.

É inconstitucional, por ferir a segurança jurídica, a aplicação retroativa de novas exigências para o acesso a determinada política pública àqueles que dela já usufruíam¹⁵⁰.

¹⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data de julgamento: 26/04/2012.

¹⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 309, Rel. Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 25/09/2014.

¹⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 341, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Data de Julgamento: 27/05/2015.

É inconstitucional a violação estrutural pelo Estado à integridade física e moral da população carcerária, decorrente da superlotação dos presídios, que traz consigo condições desumanas. É inconstitucional o contingenciamento de verbas previstas no orçamento para o Sistema Penitenciário Nacional, que devem obrigatoriamente ser destinadas a corrigir as falhas do Sistema. É um dever fundamental do Estado a realização de audiência de custódia em até 24 horas do momento da prisão¹⁵¹.

É constitucional a proibição, por lei municipal, do uso e comércio de substância altamente nociva à saúde, nos termos da competência suplementar pautada no interesse local da municipalidade, se não houver lei federal expressa e clara em sentido contrário¹⁵².

É constitucional a política pública de acesso à educação infantil e fundamental que considere critério único etário para a matrícula dos estudantes¹⁵³.

É inconstitucional a proibição do livre exercício profissional de transporte particular de passageiros, individual e remunerado, contratado por meio de aplicativos ou diretamente¹⁵⁴.

É constitucional o art. 38 da Lei nº 8.880, que dispõe sobre a atualização monetária nos meses de julho e agosto de 1994, primeiros meses de instituição do plano real, não havendo violação ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido¹⁵⁵.

É inconstitucional a concessão de medida cautelar de ofício (sem provocação fundamentada pelo Autor) para determinar condutas pelo Poder Público em substituição dos gestores de políticas públicas¹⁵⁶.

É inconstitucional a interferência discricionária do Poder Judiciário na organização de políticas públicas, em especial, para modificar a destinação de recursos públicos previamente direcionados para a promoção de projetos específicos¹⁵⁷.

¹⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 374, Rel. Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 09/09/2015.

¹⁵² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 109, Rel. Min. Edson Fachin, Data de Julgamento: 30/11/2017.

¹⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 292, Rel. Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 01/08/2018.

¹⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 449, Rel. Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 08/05/2019.

¹⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 77, Rel. Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 16/05/2019.

¹⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Alexandre de Moares, Data de Julgamento: 18/03/2020.

¹⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 620, Rel. Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 03/04/2020.

É inconstitucional lei municipal que altere diretrizes e bases educacionais, bem como disponha sobre conteúdos programáticos ou modo de ensino da atividade docente. Além disso, é inconstitucional lei que atente contra a liberdade de ensinar e aprender, bem como ao pluralismo de ideias, à igualdade e ao bem de todos, definindo censura prévia a determinados temas que seriam desautorizados¹⁵⁸.

É inconstitucional ato infralegal (portaria) que extrapole a sua competência administrativa regulamentar, para criar direitos, em especial, para estabelecer prazos de aprovação tácita do uso de químicos que possam afetar o meio ambiente e a saúde de todos¹⁵⁹.

É inconstitucional lei municipal que altere diretrizes e bases educacionais, bem como disponha sobre conteúdos programáticos ou modo de ensino da atividade docente. Além disso, é inconstitucional lei que atente contra a liberdade de ensinar e aprender, bem como ao pluralismo de ideias, à igualdade e ao bem de todos, proibindo temas relacionados à identidade de gênero e à orientação sexual¹⁶⁰.

É inconstitucional a política de segurança pública que de forma consistente e reiterada adota práticas arbitrárias e violentas em locais específicos, promovendo alta letalidade decorrente da atividade policial, colocando em risco direto populações carentes e grupos vulneráveis, como crianças e adolescentes¹⁶¹.

É inconstitucional a falta de política pública sanitária, de enfrentamento à pandemia de coronavírus, específica para os povos indígenas, cujas peculiaridades e maior vulnerabilidade demandam política pública específica¹⁶².

É inconstitucional a interferência do Poder Judiciário na administração do orçamento e na definição de prioridades na execução de políticas públicas¹⁶³.

É constitucional o estabelecimento de políticas públicas de caráter afirmativo que incentivem a candidatura de pessoas negras para cargos eletivos¹⁶⁴.

¹⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 457, Rel. Min. Alexandre de Moares, Data de Julgamento: 27/04/2020.

¹⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 656, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 22/06/2020.

¹⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 460, Rel. Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 29/06/2020.

¹⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 635, Rel. Min. Edson Fachin, Data de Julgamento: 05/08/2020.

¹⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 709, Rel. Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/08/2020.

¹⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 513, Rel. Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 28/09/2020.

¹⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 738, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 05/10/2020.

É constitucional a edição de atos pelos governos estaduais e municipais que imponham medidas restritivas no combate à pandemia, estando assegurado o exercício de sua competência concorrente; podendo, no entanto, se for o caso, ser analisada individualmente a validade formal e material de cada ato normativo específico¹⁶⁵.

Em última análise, para a coleta empírica de dados, conforme temos dito, foi adotado um conceito amplo de políticas públicas. Por sua vez, os dados coletados, como data de julgamento, órgão julgador, relator, status, objeto, elementos decisórios do acórdão, quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão, norma geral emanada, quórum e divergência, estão todos no Anexo I deste trabalho.

A partir dos referidos dados, pudemos expor as conclusões aqui narradas. Outrossim, nota-se algo que temos dito desde o primeiro capítulo: o caráter de subsidiariedade da ADPF é essencial para a democracia brasileira. Afinal, em razão disso, atos do Poder Público que, a princípio, seriam inquestionáveis, podem ser levados, por um rol específico de legitimados, ao Poder Judiciário.

Nas vezes em que, entre os anos de 2012-2020, por meio da ADPF, foram questionados atos que se interligavam com políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal adotou jurisprudência coerente e preocupada com a efetivação dos direitos fundamentais, bem como dos preceitos da igualdade material, vida, dignidade, separação e harmonia entre os poderes, federação, livre iniciativa e, principalmente, da segurança jurídica.

Enfim, dentro do escopo de nosso estudo, é possível concluir que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se desenvolve em uma linha lógica, com alto grau de consenso, respeitando a *perimetral jurídica*¹⁶⁶, a inafastabilidade da jurisdição e exercendo tão somente a sua atribuição constitucional. A esse respeito, é importante encerrar a presente abordagem lembrando que o próprio Plenário da Suprema Corte, ao julgar em 2020 a ADPF 513, assentou expressamente ser inconstitucional “a interferência indevida do Poder Judiciário na administração do orçamento e na definição das prioridades na execução de políticas públicas”¹⁶⁷,

¹⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 13/10/2020.

¹⁶⁶ CARVALHAES, **Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais**.

¹⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 513, Rel. Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 28/09/2020.

competindo, portanto, à atuação jurisdicional tão somente o juízo de juridicidade do ato do Poder Público em questionamento.

3. ECONOMIA POLÍTICA CONSTITUCIONAL: a análise econômica do direito pragmática às restrições constitucionais

3.1. Considerações elementares

Um provérbio elementar de qualquer análise econômica e muito conhecido diz que “nada é de graça”. Ao contrário do que pode parecer inicialmente, essa expressão não está se referindo a eventuais “preços embutidos”, como no caso de um supermercado que não cobra pelo seu estacionamento, mas recupera o investimento com o lucro proveniente da venda de produtos.

Na verdade, afirmar que “nada é de graça” revela que para cada escolha há uma renúncia. Ou seja, as pessoas enfrentam *tradeoffs*:

Em economia, *tradeoff* é uma expressão que define uma situação de escolha conflitante, isto é, quando uma ação econômica que visa à resolução de determinado problema acarreta, inevitavelmente, outros. Por exemplo, em determinadas circunstâncias, a redução da taxa de desemprego apenas poderá ser obtida com o aumento da inflação, existindo, portanto, um *tradeoff* entre inflação e desemprego¹⁶⁸.

Na medida em que os indivíduos lidam com *tradeoffs*, a tomada de decisão demanda um juízo de custo-benefício, que nem sempre é claro. De todo modo, considerando que os recursos (tempo, dinheiro, saúde *etc.*) são escassos, adotar uma ação demandará um custo. “O custo de oportunidade de um item é aquilo que você abre mão para obtê-lo”¹⁶⁹.

Por conseguinte, o juízo de escolha está essencialmente relacionado à noção de escassez. Com efeito, o raro é considerado valioso e o abundante, vil. Pode-se dizer que “uma coisa se torna escassa quando não há mais quantidade suficiente para que todos os que a desejam possam obtê-la à vontade: é preciso escolher entre diferentes usos, ou, o que dá na mesma, regular o uso”¹⁷⁰.

Abordando a questão de maneira simples, especialmente em tempos antigos, era comum a adoção da violência como forma de regular a escassez, defendendo-se a posse por meio da força. Nas sociedades classificadas como mais evoluídas e atuais, porém, a regulamentação da escassez emana do Direito. “O estabelecimento de direitos é uma resposta à escassez que permite a criação de uma sociedade

¹⁶⁸ MANKIW, *Introdução à economia*, p. 4.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 6.

¹⁷⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, *Análise econômica do direito*, n. 2, 2020, p. 29.

baseada em outra coisa além da posse material de objetos e a violência para defendê-la”¹⁷¹. A questão pode ser aprofundada sob a seguinte perspectiva:

[a propriedade] particular nas sociedades fundadas sobre o primado do direito (*rule of law*) é a forma de conferir direitos sobre a gestão dos bens. Os direitos são individuais e exclusivos, há regras precisas sobre sua primitiva atribuição tanto quanto sobre o que se pode fazer do direito uma vez adquirido. Assim os direitos do proprietário em sentido amplo (*property rights*). Chama a atenção a relação entre a forma desses direitos e o notável sucesso das sociedades ocidentais em dominar a escassez.

As considerações anteriores mostram o papel da força no estabelecimento de direitos. Em uma tirania a força é determinante para o bem-estar daqueles a ela submetidos. O estudo dos direitos de propriedade privada leva à descoberta, nas sociedades fundadas sobre o primado do direito, de que a força, necessária para assegurar o respeito por todos os direitos, não determina o bem-estar dos cidadãos.¹⁷²

Percebe-se, assim, que se a tomada de decisão está intimamente relacionada com a escassez e que qualquer escolha implica em alguma renúncia, devemos refletir a respeito do modo pelo qual as pessoas fazem essas escolhas.

“Os economistas geralmente presumem que as pessoas são racionais. Uma pessoa racional faz o melhor para alcançar seis objetivos, sistemática e objetivamente, conforme as oportunidades disponíveis”¹⁷³. E para a nossa análise, nós adotaremos esse pressuposto. Entendamos, todavia, que a eventual discordância de uma decisão alheia não a classifica como irracional. É importante fazer essa ressalva, pois as pessoas tem uma tendência a considerar uma série de atos de outras pessoas como irracionais, como, por exemplo, o pensamento de que quem pensa politicamente diferente é um pensamento irracional. Enfim, para a compreensão do raciocínio que estamos construindo, consideramos toda a tomada de decisão racional.

Na medida em que as pessoas são e vivem em contextos diferentes, certamente a racionalidade do processo de tomada de decisão será distinto entre elas. Aliás, “uma pessoa racional sabe que as decisões que tomamos durante a vida raramente são ‘preto no branco’; elas geralmente envolvem diversos tons de cinza”¹⁷⁴. Em outras palavras, dificilmente as decisões são binárias: tudo ou nada.

Em geral, o indivíduo se vê cotidianamente em situações nas quais precisa pequenas escolhas decorrentes de uma escolha maior. Por exemplo, na hora de uma

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 30.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ MANKIW, **Introdução à economia**, p. 6.

¹⁷⁴ *Ibid.*

refeição, a escolha comum não é entre comer ou abster-se de comida, mas sim se você vai colocar mais ou menos feijão no prato.

De tal modo, introduzimos o conceito de *mudança marginal*, que podem ser explicados como “pequenos ajustes incrementais a um plano de ação existente. Lembre-se de que ‘margem’ pressupõe a existência de extremos, portanto mudanças marginais são ajustes ao redor dos ‘extremos’ daquilo que você está fazendo”¹⁷⁵. O propósito da mudança marginal, tendo em vista a racionalidade como pressuposto, é a obtenção de um benefício marginal, um incremento àquilo que originalmente se obteria. A esse respeito, o juízo de custo-benefício será feito entre os custos marginais e os benefícios marginais. Nesse sentido:

Ao reagir à mudança das circunstâncias, o ser humano tenta extrair aquilo que, a seus olhos, pareça melhor. A hipótese baseia-se no que é conhecido, nas ciências sociais, como modelo da escolha racional. Diante de um caso que precisa ser resolvido, a decisão, segundo o modelo da escolha racional, faz a pessoa inventariar os resultados desejados (valores), identificar as ações que podem ser tomadas na sua busca (opções); determinar em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo (valorização) e adotar aquela que contribuir mais (escolha). Presumimos que os seres humanos, sem necessariamente seguir tal procedimento, tomam suas decisões como se o fizessem.¹⁷⁶

Nessa perspectiva, chegamos ao quarto e último princípio elementar a respeito de como as pessoas tomam decisões: elas reagem a incentivos. “Como as pessoas racionais tomam decisões comparando custo e benefício, elas respondem a incentivos, que têm papel importante no estudo da economia”¹⁷⁷. Com efeito, incentivo consiste em alguma coisa que induz o indivíduo a adotar certa conduta, ativa ou comissiva.

Justamente porque as pessoas respondem a incentivos, a análise do funcionamento do mercado pressupõe a análise dos incentivos existentes. Por exemplo, quanto maior for a tributação do combustível, menor será o consumo de carros grandes e pesados e maior será o consumo de veículos menores e econômicos. “Os formuladores de políticas públicas nunca devem esquecer os incentivos: muitas políticas públicas alteram os custos e benefícios para as pessoas e, portanto, alteram o seu comportamento”¹⁷⁸. Muitos dos incentivos que agem

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ MACKAAY; ROUSSEAU, *Análise econômica do direito*, p. 31.

¹⁷⁷ MANKIW, **Introdução à economia**, p. 7.

¹⁷⁸ *Ibid.*

diretamente sobre a tomada de decisão das pessoas e das instituições emanam do Direito. É nesse ponto em que pretendemos avançar.

O Direito pode compreendido, de uma maneira simplificada, como um sistema orgânico de normas que regulamentam o comportamento humano. Essas normas, em seu sentido amplo, emanam de todos os Poderes constituídos: Legislativo (lei em sentido estrito), Executivo (decretos e regulamentos) e Judiciário (cujas decisões podem impor comportamentos *inter partes*, quando o processo for subjetivo, ou *erga omnes*, quando o processo for objetivo, como na ADPF).

Nesse prisma, observamos que a formulação de políticas públicas ocasiona incentivos, por vezes planejados e por vezes não. Assim, a imposição, pelo Direito, de incentivos que alterem os custos e benefícios marginais de determinada conduta, certamente influenciará a tomada de decisão das pessoas, tendo em vista o modelo da escolha racional.

Existe, contudo, antes de avançarmos nessa discussão, um outro conceito que precisa ser introduzido: o de externalidades. Considera-se externalidade “o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não tomam parte da ação”¹⁷⁹. Em outras palavras, externalidades são os custos ou benefícios que decorrem da conduta de um agente econômico.

É intuitivo, desde já, que as externalidades, portanto, podem ser positivas ou negativas. Geralmente, o livre mercado com bom nível de competitividade conduz a um ponto de eficiência. “A *mão invisível* do mercado leva os compradores e vendedores de um mercado, que só estão interessados em si próprios, a maximizar o benefício total que a sociedade obtém do mercado em questão”¹⁸⁰. Entretanto, há várias exceções para essa espécie de equilíbrio automático, hipóteses em que passa a ser necessária a intervenção estatal, por meio de alguma política pública em sentido amplo, para corrigir as chamadas falhas de mercado.

Podemos exemplificar a externalidade negativa como a poluição que os automóveis jogam na atmosfera, prejudicando a saúde de todos, que a inalam, e o equilíbrio ambiental. Por outro lado, a educação gera externalidades positivas. O consumidor de um serviço educacional tem um impacto direto e privado. Em larga escala, todavia, existem impactos positivos para toda a sociedade, como a redução da criminalidade, o aumento da renda *per capita* e a existência de eleitores com maior

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 195.

¹⁸⁰ *Ibid.*

senso crítico e maior capacidade de escolha de gestores aptos para administrar a máquina pública.

É lógico deduzir que as externalidades negativas são indesejadas, demandando uma atuação estatal para reduzir a sua incidência, ao passo em que as externalidades positivas são desejadas, justificando políticas públicas que as estimulem. Ilustrativamente, “para solucionar esse problema, o governo pode internalizar a externalidade tributando bens que carregam externalidades negativas e subsidiando os bens que trazem externalidades positivas”¹⁸¹.

Entretanto, não se pode supor que a questão das externalidades negativas apenas seja solucionável por meio da atuação estatal. Inclusive, muitos argumentam que a edição de leis que se direcionem diretamente às externalidades não é tão eficiente. Com efeito, as leis seriam mais eficientes quando se destinem a definir melhor os direitos de propriedade e reduzir os custos de transação.

A esse respeito, o economista Ronald Coase, em 1960, publicou um célebre artigo denominado *O Problema do Custo Social*¹⁸², desenvolvendo uma análise teórica sobre as externalidades, que deu origem ao hoje denominado *teorema de Coase*. “O atual movimento de análise econômica do direito começou, verdadeiramente, com o artigo de Ronald Coase”¹⁸³.

Os custos de transação são todos os ônus com os quais as partes arcam no momento em que buscam uma autocomposição. Isto é, são os custos inerentes a uma negociação privada. Na visão de Coase, tais custos se traduzem por aquilo que “impede duas pessoas de chegarem a um entendimento que parece proveitoso para elas. Inexistindo custos de transação, nenhuma externalidade poderia ocorrer, porque tudo estaria internalizado no contrato”¹⁸⁴. Nesse sentido:

Resumindo: o teorema de Coase diz que os agentes econômicos privados podem solucionar o problema das externalidades entre si. Qualquer que seja a distribuição inicial dos direitos, as partes interessadas sempre podem chegar a um acordo no qual todos fiquem numa situação melhor e o resultado seja eficiente.¹⁸⁵

A partir do teorema de Coase, entendemos que, se os direitos de propriedade estiverem definidos com clareza e não houver custos de transação, os agentes

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 199.

¹⁸² COASE, Ronald H., The problem of social cost, *in*: **Classic papers in natural resource economics**, [s.l.]: Springer, 1960, p. 87–137.

¹⁸³ MACKAAY; ROUSSEAU, Análise econômica do direito, p. 201.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 218.

¹⁸⁵ MANKIOW, **Introdução à economia**, p. 207.

econômicos que forem afetados por externalidades encontrarão a solução mais eficiente por meio da negociação privada, pouco importando a disposição inicial dos recursos.

A ideia é que, em um mundo com competição perfeita, amplo acesso à informação e com ausência de custos de transação, a alocação de recursos econômicos será eficiente, sem que importem as regras jurídicas no que diz respeito à responsabilidade pelos custos decorrentes de alguma externalidade¹⁸⁶. Aprofundando esse pensamento:

O teorema de Coase é importante como ponto de partida da análise econômica do direito. Propõe aos juristas uma conclusão que fere a sua intuição, a saber, que as externalidades não são problema senão aparente, e que a coordenação das ações, pelos mercados, delas se ocupa sem que o direito imponha ação de responsabilidade ao autor das externalidades. O estudo do teorema demonstrou que tal conclusão tem nuances, deve ser flexibilizada; a atribuição justa dos direitos e das responsabilidades importa mais quando os custos de transação são elevados. O teorema é, também, ponto de partida sob o plano conceitual. Põe em evidência a importância de definir bem os direitos para facilitar a solução de diferenças sobre usos concorrentes que não deixarão de surgir à medida que descoberta e movimentação das pessoas modificarem a escassez das coisas no nosso mundo.¹⁸⁷

Indo além, é importante citar a conclusão de Mankiw sobre o teorema de Coase:

A mão invisível é poderosa, mas não onipotente. O equilíbrio de um mercado maximiza a soma do excedente do produtor e do consumidor. Quando os compradores e os vendedores do mercado em questão são as únicas partes interessadas, esse resultado é eficiente do ponto de vista da sociedade como um todo. Mas, quando há efeitos externos, como a poluição, para avaliar o resultado de um mercado é necessário levar em consideração o bem-estar de terceiros. Nesse caso, a mão invisível do mercado pode falhar no trabalho de alocar os recursos com eficiência. Em alguns casos, as pessoas podem resolver sozinhas os problemas das externalidades. O teorema de Coase sugere que as partes interessadas podem negociar entre si e chegar a uma solução eficiente. Algumas vezes, entretanto, não há como chegar a um resultado eficiente, talvez porque o grande número de interessados dificulte a negociação. Quando as pessoas não são capazes de resolver o problema das externalidades privadamente, o governo frequentemente entra em ação. Mas, mesmo assim, a sociedade não pode deixar completamente de lado as forças do mercado. Mais exatamente, o governo pode abordar o problema exigindo que os tomadores de decisão arquem totalmente com os custos de suas ações. Os impostos corretivos e as licenças de poluição, por exemplo, foram criados para internalizar a externalidade da poluição. As forças

¹⁸⁶ REGAN, Donald H., The problem of social cost revisited, **The Journal of Law and Economics**, v. 15, n. 2, p. 427–437, 1972, p. 427.

¹⁸⁷ MACKAAY; ROUSSEAU, *Análise econômica do direito*, p. 224.

do mercado, quando corretamente redirecionadas, são, em muitos casos, o melhor remédio para as falhas de mercado.¹⁸⁸

Em última análise, compreendemos que “nada é de graça”, pois o processo de escolha implica em renúncia e tem como parâmetro, dentro do modelo de escolha racional, a escassez. A tomada de decisão, contudo, dificilmente envolve um juízo binário, de modo que existem várias nuances a ser avaliadas e, eventualmente, levam a posteriores ajustes marginais, em busca de maiores benefícios. Ademais, o juízo de escolha é afetado pelos incentivos existentes, os quais podem advir de políticas públicas.

Por sua vez, existem casos em que a tomada de decisão privada gera efeitos a indivíduos ou grupos que não participaram do processo de escolha, promovendo, assim, externalidades, que podem ser positivas ou negativas. Ao passo em que aquelas são benquistas e podem ser subsidiadas, estas são indesejadas, pois dão causa ao problema do custo social. Isto é, indivíduos que não fazem parte do contrato passam a arcar com um custo decorrente da ação alheia.

Contudo, segundo Coase, o problema das externalidades negativas, decorrentes de falhas de mercado, não existiria em um mercado que, ao mesmo tempo, seja competitivo, tenha direitos de propriedade muito bem definidos e não possua custos de transação, pois, diante desse contexto, as externalidades seriam internalizadas em contrato.

Ainda assim, na medida em que no mundo fenomênico existem custos de transação, o que é um fato, nem sempre o teorema de Coase poderá ser aplicado. Com efeito, observa-se que no Brasil há custos de transação muito elevados e de maneira generalizada. Isso dificulta ainda mais a internalização das externalidades em contratos decorrentes de negociação privada.

Nesse contexto, é importante compreender que o desenvolvimento nacional está atrelado em grande parte à economia. A economia, por sua vez, dentre outros fatores, relaciona-se com as “regras do jogo”, as quais, por conseguinte, estão atreladas às instituições. Para a economia, o Direito é uma dessas instituições, motivo pelo qual ele possui a capacidade de influenciar os aspectos econômicos de uma nação. Um sistema jurídico que ao mesmo tempo seja dotado de estabilidade –

¹⁸⁸ MANKIWI, **Introdução à economia**, p. 210.

trazendo segurança jurídica – e busque a redução dos custos de transação e das externalidades negativas, tende a promover o desenvolvimento¹⁸⁹.

Enfim, considerando que a nossa análise econômica do direito passa a ser construída sob esses pilares, entendemos que a concepção de políticas públicas deve também tê-los em vista, a fim de promover uma atuação estatal eficiente. Para tanto, é necessária a existência de segurança jurídica, com um sistema normativo coerente, conhecido e eficaz. Mas isso não é suficiente. É preciso, também, que os criadores de políticas públicas e os legisladores se preocupem em formular um Direito que reduza os custos de transação; cujo reflexo econômico é direto, porque tal redução facilitaria a atuação privada e reduziria as externalidades negativas, proporcionando um ordenamento jurídico facilitador do desenvolvimento.

3.2. Economia Política Constitucional

Os assuntos anteriormente abordados ao longo desta dissertação convergem todos em um ponto singular: a Constituição. Não apenas as questões eminentemente jurídicas são afetadas diretamente pela Carta Magna, mas também o processo de escolha racional, os custos de transação, as externalidades, os incentivos e políticas públicas que influenciam na alocação de recursos. Com efeito, “o Direito é uma externalidade pública necessária para evitar que o livre arbítrio de cada um prejudique a liberdade e o bem-estar dos demais”¹⁹⁰.

A pedra angular de um ordenamento jurídico democrático é a Constituição, que, como vimos anteriormente de maneira detalhada, estabelece a organização do Estado, dá as diretrizes originárias que todas as leis devem seguir, bem como estabelece direitos e deveres fundamentais. Portanto, é evidente a repercussão econômica, em especial, no caso brasileiro, em que temos uma constituição analítica, isto é, que é prolixa e desenvolve muitos assuntos.

Nesse contexto, demonstra-se sobremaneira relevante introduzirmos o estudo de área pouco abordada no Brasil, qual seja, a *Economia Política Constitucional*, fruto da Obra do Nobel de Economia, James Buchanan, que concebeu esse programa de pesquisa em 1989, posteriormente exposta, no ano seguinte, no artigo *The Domain of*

¹⁸⁹ NORTH, Institutions.

¹⁹⁰ MONTARROYOS, Heraldo Elias, A economia política constitucional do prêmio Nobel James Buchanan, **Revista Economia Ensaios**, v. 23, n. 2, 2009, p. 2.

*Constitutional Economics*¹⁹¹. Mais recentemente, em 2008, explorou de novo o tema, no capítulo 17, denominado *Constitutional Political Economy*, do livro *Readings in public choice and constitutional economy*¹⁹². James Buchanan fornece, portanto, o nosso referencial teórico para este capítulo.

Nossa primeira tarefa será distinguir economia constitucional de economia. Podemos sintetizar que, de certo modo, tudo em economia diz respeito à tomada de decisão racional e sobre os complexos arranjos institucionais que delimitam as alternativas, em alguma medida escassas, passíveis de escolha por grupos ou indivíduos. A economia constitucional parte desse ponto, direcionando atenção analítica às escolhas em um ambiente de escassez. Para os economistas do passado, seria lógico deduzir que, se não houver escassez, não haverá a necessidade de escolher. Esse raciocínio, contudo, está superado. Existem questões além da escassez que influenciam a tomada de decisão, como a moral, a religião, o autocontrole *etc.* É essencial reconhecer que, por diversas razões, os indivíduos optam por impor limites ao seu próprio comportamento, independentemente do juízo de custo-benefício.

Avançando nesse pensamento e introduzindo a economia constitucional, o indivíduo que, ao fazer parte de um grupo – Poder Constituinte –, cria uma decisão coletiva de impor uma norma constitucional aplicável a todos, no fundo, está se comportando da mesma maneira observada no modelo da escolha racional.

Na medida em que convivemos sob um sistema constitucional que organiza as instituições, as políticas públicas e as leis que disciplinam a troca recíproca de liberdades, vislumbra-se o campo de estudo da economia constitucional. Destarte, a pesquisa econômica vai muito além do estudo sobre a alocação de recursos escassos.

Escolher se faz necessário em razão da escassez dos meios, sendo o desejo individual maximizado pela medida da utilidade que o fim alcançado proporcionar. Mas Buchanan vai além: afirma que essa formulação elementar pode ser transferida da análise de escolha individual para a escolha social, política ou coletiva, pois as coletividades escolhem de maneira análoga aos indivíduos. Essa mudança da perspectiva da escolha individual para supraindividual relaciona-se com a teoria

¹⁹¹ BUCHANAN, The domain of constitutional economics: constitutional political economy.

¹⁹² ROWLEY; SCHNEIDER, **Readings in public choice and constitutional political economy**, cap. 17.

macroeconômica e com as diretrizes políticas que guiam a tomada de decisão governamental, como o PIB, a taxa de crescimento econômico, os níveis de emprego *etc.* Com o passar do tempo, foi-se definindo níveis-alvo dos referidos indicadores, proporcionando guias para as escolhas feitas por entidades coletivas, como os governos. Nesse contexto, inclusive, criou-se uma narrativa romantizada segundo a qual os governos seriam capazes de promover o bem de todos, segundo parâmetros fixados por estudiosos das ciências econômicas e sociais¹⁹³.

Nesse prisma, a economia política constitucional traz para o debate econômico uma série de questões anteriormente negligenciadas. A economia política constitucional traça uma análise consistentemente individualista, mas tendo sempre em vista as restrições institucionais que influenciam no cálculo das escolhas individuais. Além disso, essa perspectiva analítica pressupõe uma mudança de paradigma: abandona-se a idealista e romantizada busca pelo bem comum, concentrando-se na questão das trocas. Nesse sentido, analisa-se a escolha coletiva considerando que a sua formação se deu a partir do comportamento de membros individuais¹⁹⁴.

Finalmente, a economia política constitucional também dá ênfase às regras ou instituições que, por sua vez, limitarão o comportamento das pessoas que operam dentro de entidades coletivas. As instituições, em sentido amplo, fazem parte das variáveis que devem ser consideradas na análise econômico-constitucional. Assim, o objeto de estudo da economia constitucional é bastante inclusivo e considera que normas de restrição atingem o comportamento individual e coletivo. Outrossim, o comportamento das coletividades é formado por um agrupamento maior do que o limite, em um extremo, de uma singularidade, mas menor do que o limite, em outro extremo, da política como um todo. Associações, sindicatos, empresas, corporações, partidos, clubes, universidades e o próprio governo existem e atuam sob constituições que são passíveis de investigação científica¹⁹⁵.

Prosseguindo na delimitação do objeto de estudo da *economia* constitucional, Buchanan a diferencia de *política* constitucional. O termo *política* costuma ser interpretado de maneira muito ampla, de modo a extrapolar o objeto que se está

¹⁹³ *Ibid.*, p. 284.

¹⁹⁴ BUCHANAN, The domain of constitutional economics: constitutional political economy.

¹⁹⁵ ROWLEY; SCHNEIDER, **Readings in public choice and constitutional political economy**, p. 284.

delimitando agora. De todo modo, deve-se fazer uma ressalva. É certo que muitas das análises e investigações constitucionais se debruçam, em algum nível, sobre coletividades politicamente organizadas. No entanto, a distinção a ser enfatizada é de perspectiva. Em vez de nos focarmos diretamente nas organizações e em suas atividades, iremos adotar as trocas como paradigma investigativo. Esse paradigma ou modelo econômico adotado se concentra nos arranjos cooperativos da interação humana, o que envolve desde uma simples negociação entre duas pessoas até arranjos constitucionais complexos (associações, organizações, empresas, governos *etc.*). Em outras palavras, a perspectiva da troca permite a análise econômica de atividades não comerciais ou políticas¹⁹⁶.

Ainda nesse ponto, a perspectiva adotada na economia política constitucional é de cooperação. Faz-se importante pontuar esse aspecto, na medida em que a política pressupõe o conflito, o qual, em seu sentido puro, diz respeito ao debate de ideias e ao convencimento coletivo sobre alguma espécie de “verdade”.

A política em sentido estrito está associada à divisão em dois subgrupos: os vencedores e os perdedores. Exemplificativamente, é fácil visualizar essa distribuição nas eleições: alguns serão eleitos e outros não; ademais, dentre os eleitos, certo grupo será situação e o outro oposição.

Há, todavia, uma perspectiva distinta, qual seja, a cooperativa, que está dentro de nosso objeto de estudo, e diz respeito aos benefícios aproveitados por todas as partes, indistintamente, sem divisão entre vencedores e perdedores. É pressuposto da cooperação nas interações sociais a expectativa de ganhos generalizados, que extrapolam qualquer disputa. Aqui, a política no nível constitucional de escolhas entre alternativas escassas resgata o modelo cooperativo. Portanto, o estabelecimento de normas gerais que, ao definir as regras do jogo, legitimem e limitem o poder político, proporciona efeitos positivamente aproveitados por todos os membros da política que partilhem do ideal democrático. Em outras palavras, enquanto a política pura se debruça sobre análises de interações de conflito, a política constitucional se dedica ao exame de uma estrutura analítica cooperativa¹⁹⁷.

Com isso, queremos dizer que certos pactos coletivos instituidores regras constitucionais permitem a posterior confecção de novas decisões coletivas por meios que independem de um novo pacto coletivo e isso proporciona um retorno positivo

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 285.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 286.

para toda a sociedade. Inclusive, vale dizer, essas novas decisões, que encontram legitimação nos pactos coletivos anteriores, podem ser contramajoritárias.

Avançando no tema, o uso da terminologia do programa de pesquisa *economia política constitucional*, no lugar de apenas *política constitucional*, é mais adequada por conta do patrimônio científico entre economia e cooperação, bem como em razão do foco nas trocas segundo o modelo da escolha racional¹⁹⁸.

Enfim, superadas as questões anteriores e definidos os pressupostos teóricos, Buchanan define que o núcleo do programa de pesquisa denominado economia política constitucional é composto por três elementos fundamentais: o individualismo metodológico; o postulado da escolha racional; e a generalização do individualismo e da racionalidade para todos os indivíduos que compõem a comunidade política. Além desses elementos, há, claro, o pressuposto teórico de que toda a análise de economia política constitucional se edifica sob o alicerce democrático¹⁹⁹.

O individualismo metodológico, primeiro elemento fundamental de nosso programa de pesquisa, significa que a autonomia individual é o ponto de partida para qualquer investigação séria em economia política constitucional. O pressuposto da autonomia individual, como qualidade do sujeito singular, não implica dizer que o indivíduo age como se existisse sozinho no mundo, alheio de qualquer comunidade ou organização social/institucional.

Na medida em que o indivíduo está inserido em uma comunidade organizadamente instituída ou em qualquer outra categoria de grupo social, não se nega que o meio exercerá um poder de influência sobre o sujeito singular. Isso pode ocorrer seja pelo compartilhamento de valores, seja pela adoção de valores alheios e socialmente partilhados que pode se dar pelo intuito do indivíduo de se sentir incluído em algum grupo, ou pelo mero temor reverencial que possui por outrem. Assim, indivíduos exercem influências recíprocas entre si.

A crítica que se coloca ao individualismo metodológico, contudo, é o argumento da suposta impossibilidade de se separar o comportamento individual do comunitário; o que, segundo a crítica comunitária, tornaria despropositada a análise de potenciais divergências de interesses individuais dentro de um mesmo grupo.

¹⁹⁸ BUCHANAN, The domain of constitutional economics: constitutional political economy.

¹⁹⁹ ROWLEY; SCHNEIDER, **Readings in public choice and constitutional political economy**, p. 289–291.

De todo modo, o individualismo metodológico como pressuposto da investigação científica é utilizado na maioria dos programas de pesquisa na economia e na ciência política. Com efeito, as evidências epistemológicas confirmam a assertividade de tal método.

Por sua vez, o postulado da escolha racional está presente em todos os programas de pesquisa na ciência econômica. Conforme já detalhado, o indivíduo autônomo é capaz de escolher entre alternativas racionalmente ordenadas segundo ordens pessoais de preferência que, consciente ou inconscientemente, guiam o seu juízo de custo-benefício.

Para que se faça presente o método da escolha racional, não é necessário que um observador externo consiga antecipar ou compreender as ordens pessoais de preferências de outrem. Entretanto é pressuposto mínimo da racionalidade a aptidão para distinguir as alternativas entre boas ou más. Nesses termos, as alternativas serão ordenadas segundo critérios pessoais de maiores benefícios e menores malefícios, que não precisam estar relacionados com interesses econômicos.

Na economia política constitucional, o postulado da escolha racional é aplicado de maneira extensiva. Assim, escolher entre as alternativas escassas é uma capacidade presente não apenas no processo de tomada de decisão individual, mas também no coletivo.

Ao passo que o individualismo metodológico possibilita que se observe diferenças entre os interesses de indivíduos distintos, o postulado da escolha racional não restringe tais interesses apenas àquilo que se pode constatar da etapa classificatória. Então, o pesquisador que utiliza os modelos da economia empírica pode, mas não precisa, descrever as ordens pessoais de benefícios e malefícios que algum indivíduo ou grupo estabeleceu. De toda sorte, no âmbito da economia política constitucional, é certo dizer que a Constituição estabelece limites e restrições para as ações individual, coletiva e institucional. Nesse contexto, faz parte do processo de escolha, afetada pelas restrições constitucionais, alguma medida de previsão do comportamento alheio²⁰⁰.

Finalmente, o terceiro e último elemento basilar do programa de pesquisa economia política constitucional é a generalização do individualismo e da racionalidade para todos os indivíduos que compõem a comunidade política. Isso

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 290.

significa estabelecer que todos os indivíduos são igualmente capazes de escolher racionalmente segundo escalas pessoais de valor, não havendo ponderação de hierarquia entre diferentes indivíduos. Afinal, dentro do método que estamos delimitando, considerar algumas pessoas mais importantes do que outras implicaria em aceitar alguma fonte supraindividual de valor, o que é, logicamente, descartado pela adesão ao postulado do individualismo metodológico²⁰¹.

Enfim, o núcleo da economia política constitucional é composto pelos postulados do individualismo metodológico, da racionalidade e da sua generalização a todos os membros de um grupo. Ao redor desse núcleo elementar, orbitam as restrições constitucionalmente estabelecidas que parametrizam o processo de tomada de decisão.

3.3. Jurisdição e Economia Política Constitucional

De acordo com o exposto no item anterior, entendemos que o programa de pesquisa concebido por Buchanan, denominado economia política constitucional, pode ser utilizado para investigar cientificamente diversas categorias de organizações regidas por restrições (constituição). Assim, há espaço para muitas análises nessa área. De todo modo, a análise no presente trabalho se restringe à Constituição responsável por instituir juridicamente um Estado Soberano. Especificamente, em nosso caso, debruçamo-nos sobre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sobre um tópico determinado da Jurisdição Constitucional, qual seja, o controle de políticas públicas na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A visão introduzida por Buchanan é perfeitamente compatível com a doutrina jurídica constitucionalista estudada nesse trabalho. Resgatemos, nesse sentido, o postulado segundo o qual, “em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político”²⁰².

Verdadeiramente, a Constituição atribui direitos e restrições de forma isonômica a todos os indivíduos, os quais devem considera-los em seu processo de escolha racional. Certamente, existem categorias de restrições aplicáveis a

²⁰¹ *Ibid.*, p. 291.

²⁰² BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 451.

particulares, como o direito de propriedade e a sua função social²⁰³, e outras aplicáveis a ocupantes de cargos públicos. Por exemplo, “aos juízes é vedado dedicar-se à atividade político-partidária”²⁰⁴.

Existem, ademais, restrições aplicáveis ao próprio Estado, em diversos âmbitos. Ilustrativamente, “é vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”²⁰⁵. Nessa mesma ideia, “é vedado ao banco central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira”²⁰⁶.

Feita essa contextualização e vislumbrando evidências de relação entre a Jurisdição Constitucional e a Economia Política Constitucional, nossa proposta conclusiva para o presente trabalho será testar a teoria de Buchanan. Esse teste envolverá uma análise econômica do direito pragmática às restrições constitucionais, no âmbito da Jurisdição Constitucional. Mais especificadamente, no controle jurisdicional de políticas públicas em ADPF.

Para tanto, estabeleceremos o seguinte método avaliativo: aplicaremos os três elementos fundamentais da economia política constitucional ao processo de tomada de decisão da Corte Constitucional e verificaremos se existe coerência pragmática e empírica entre a teoria e a observação em nosso ambiente mentalmente controlado.

Superada essa primeira etapa, mudaremos o foco da Corte para o jurisdicionado, aplicando novamente os três elementos fundamentais ao processo de tomada de decisão do indivíduo afetado pelo pronunciamento judicial que, em última análise, define normas com aplicação geral e abstrata, as quais, por sua vez, na perspectiva do indivíduo, se traduzem por restrições constitucionais que parametrizam o processo de escolha racional.

A superação dessas duas etapas evidenciará a assertividade da teoria; e, de maneira contrária, a falha em alguma das etapas afastará a precisão da teoria.

A Corte Constitucional profere decisões institucionais. Isto é, emana da Corte a atuação jurisdicional que nela ocorre. O órgão hierarquicamente superior da Corte Constitucional é o seu Plenário, cujas manifestações são colegiadas. Nesses termos,

²⁰³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, XII e XIII.

²⁰⁴ *Ibid.*, art. 95, parágrafo único, III.

²⁰⁵ *Ibid.*, art. 152.

²⁰⁶ *Ibid.*, art. 164, § 1º.

os pronunciamentos do Plenário da Corte consistem em decisões institucionais e coletivas.

Ainda assim, o processo de tomada de decisão não é supraindividual, não havendo uma espécie de “consciência coletiva” que se guia por hipotéticos valores capazes de promover o bem comum. Abandona-se, aqui, a narrativa romantizada de que o Estado possui qualquer capacidade automática e inquestionável de produzir o bem. Afinal, o Estado e as suas instituições, em última análise, compõem-se de pessoas. Não é diferente com a Corte Constitucional. Inclusive, é mais fácil de observar esse fato em uma Corte.

Nesse sentido, o processo de tomada de decisão da Corte respeita o individualismo metodológico. Embora exista um meio coletivo em que os seus integrantes exerçam influências recíprocas, o processo de tomada de decisão inicia no indivíduo, o qual, nesse caso, está investido na posição de juiz.

O juiz possui uma série de garantias para assegurar a sua liberdade para decidir segundo o Direito, ainda que a decisão seja impopular ou contramajoritária. Ao magistrado, assim, é garantido o livre convencimento motivado. No seu processo de escolha, certamente, existem restrições (emanadas, nesse caso, da própria Constituição). Essas restrições fazem com que as alternativas sejam racionalmente ordenadas segundo o que o magistrado considerar como sendo o melhor direito. Avançamos, portanto, do individualismo metodológico para o postulado da racionalidade.

A esse respeito, faz parte dos deveres funcionais do juiz a expressa exteriorização dos motivos que o levaram a decidir de determinada forma, o que facilita a compreensão, ao observador externo, da racionalização das alternativas pelo magistrado. Não somente o postulado da racionalidade, como também a própria Constituição, determinam que o juiz, para formar a sua convicção em um caso que a ele foi levado, deverá apreciar as alternativas juridicamente possíveis e ordená-las segundo as restrições jurídico-constitucionais existentes. Nesse prisma, estabelecer-se-á uma classificação dos argumentos jurídicos, do pior para o melhor, após o que o processo de tomada de decisão se consumará com a escolha do melhor Direito aplicável.

Logo, constatamos que o processo de tomada de decisão da Corte Constitucional é essencialmente pautado pelo individualismo metodológico e pelo postulado da racionalidade, sendo as restrições que parametrizam as alternativas

impostas diretamente pela Constituição. Por conseguinte, adentrando no terceiro elemento fundamental da economia política constitucional, as características anteriormente identificadas são vistas de maneira generalizada no Tribunal.

Em outras palavras, o individualismo e a racionalidade são características partilhadas por todos os sujeitos que compõem a Corte: todos os seus Ministros são igualmente capazes de escolher racionalmente segundo escalas pessoais de compreensão dos argumentos jurídico-constitucionais ventilados na discussão processual, não havendo hierarquia entre eles. Certamente, a decisão do Plenário possui natureza coletiva, mas o seu processo de formação percorre uma via de mão única, iniciando no indivíduo e terminando no grupo. Nesses termos, constata-se forte coerência pragmática entre a teoria de Buchanan e a observação do processo de tomada de decisão de uma Corte Constitucional.

Por sua vez, a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em ADPF, que tenha por objeto o controle jurisdicional de políticas públicas, possui efeitos que repercutem para toda a sociedade. Como dito anteriormente, então, direcionamos, agora, o nosso foco para o jurisdicionado, destinatário, direta ou indiretamente, da política pública objeto de controle judicial em ADPF.

Outra vez, partiremos do individualismo metodológico, pressuposto da análise em economia política constitucional. Ainda que existam decisões coletivas, os grupos são formados por pessoas e pessoas possuem consciência autônoma e individual. Assim, o indivíduo iniciará, em sua singularidade, um processo de escolha que possui alternativas escassas e com determinadas restrições constitucionais. Essas restrições, por conseguinte, dentro de nosso experimento mentalmente controlado, são constituídas também pelas decisões judiciais proferidas pela Corte Constitucional.

Diante das restrições existentes, o indivíduo, seguindo o método da escolha racional, classificará as alternativas existentes de acordo com aquelas que a ele proporcionem maiores benefícios e menores custos.

Outrossim, os postulados da individualidade e da racionalidade são observados em todos os indivíduos que compõem a sociedade, sem hierarquia entre eles, afinal, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”²⁰⁷.

Exemplificativamente, indivíduos são afetados por políticas públicas afirmativas que estabeleçam cotas (em universidades, nas candidaturas eleitorais etc), que fixem

²⁰⁷ *Ibid.*, art. 5º, *caput*.

o acesso à creche a partir de critério etário ou que permitam o exercício profissional de transporte particular de passageiros (aplicativos).

Todos esses casos e muitos outros, conforme estudado no capítulo 2, foram objeto de controle jurisdicional em ADPF. Logo, a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal afetou as “regras do jogo” que pautam o processo de escolha racional dos indivíduos de maneira generalizada. Nesse sentido, uma ação afirmativa estabelece, concomitantemente, um incentivo a um grupo excluído de determinado meio e uma restrição aos demais; uma política pública de fixa idade específica para que a criança tenha acesso à creche estabelece uma restrição a um grupo de crianças mais novas e cria um incentivo às crianças mais velhas, até como forma de garantir a existência de vagas; e, por fim, uma política pública que permita o exercício profissional de transporte particular de passageiros, como ocorre nos aplicativos Uber e 99, estabelece, ao mesmo tempo, incentivos e restrições recíprocas a motoristas (particulares ou táxis) e passageiros.

Em última análise, portanto, com base na experimentação mental realizada, em que se buscou observar os elementos basilares da economia política constitucional dentro do exercício da jurisdição constitucional, verificamos haver plena coerência teórica. O programa de pesquisa é assertivo em indicar um método que de modo eficiente direciona a análise do processo de tomada de decisão balizada pelas restrições constitucionais. Nesse sentido, tanto as decisões institucionais da Corte quanto as escolhas individuais dos cidadãos, impactados pelas externalidades das decisões que daquela emanam, adequam-se à análise econômica do direito pragmática às restrições constitucionais. Existe, nesses termos, ampla sintonia entre o programa de pesquisa economia política constitucional e o exercício da jurisdição constitucional, cujos processo de formação de decisões, efeitos no âmbito dos custos de transação e externalidades são passíveis de investigação científica a partir do exposto método empírico de análise econômica do direito.

CONCLUSÃO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental consiste em importante instrumento democrático da jurisdição constitucional, inclusive, em decorrência de sua natureza subsidiária às outras ações do controle concentrado de constitucionalidade. Isso, pois a subsidiariedade amplia o espectro do controle jurisdicional abstrato e o torna pleno. Claro, restrito, porém, a um rol específico de legitimados ativos para a sua propositura. O seu efeito democrático não é apenas formal, mas também material, porquanto pode ter natureza contramajoritária. A Corte Constitucional brasileira exerce a sua jurisdição dentro de balizas previstas na Constituição, que, por sua vez, legitima jurídica e democraticamente a atuação jurisdicional.

Com alicerce na Constituição, o Tribunal Constitucional deve fundamentar as suas decisões, podendo, se for o caso, anular atos do poder público. É importante ponderar que, em um Estado Democrático de Direito, é essencial que as instituições tenham garantida a capacidade de exercer controles recíprocos, como acontece no controle jurisdicional, efetivando-se a força normativa da Constituição. Com efeito, a arguição de descumprimento de preceito fundamental apresenta-se como um catalisador processual do controle democrático, porquanto dinamiza a jurisdição constitucional visando a efetivação dos preceitos fundamentais.

A esse respeito, na medida em que a Constituição brasileira é dirigente e constitui fundamento para grande parte das políticas públicas, bem como tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o controle de constitucionalidade das políticas públicas tem se consolidado como uma realidade institucional frequente.

Ao nos debruçarmos sobre essa temática, realizamos uma coleta empírica de dados, selecionando as principais decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, entre os anos de 2012-2020, a respeito de políticas públicas, em ADPF. Ao adotar, para essa pesquisa, um conceito amplo de políticas públicas, encontramos dezoito decisões, compostas tanto por referendos a liminares quanto por decisões terminativas. A análise jurisprudencial, por conseguinte, demonstrou a adoção, pelo Plenário, de uma linha coerente e preocupada com a efetivação dos direitos fundamentais, bem como dos preceitos da igualdade material, vida, dignidade, separação e harmonia entre os poderes, pacto federativo, livre iniciativa e, principalmente, da segurança jurídica. Outrossim, observou-se, nas fundamentações, crescente preocupação com as consequências práticas das decisões do Tribunal e

alto grau de consenso no que diz respeito ao juízo de juridicidade sobre o ato do Poder Público em questionamento.

A análise econômica do direito, por sua vez, trouxe-nos interessantes reflexões. A Constituição, norma máxima de um Estado, estabelece regras de conduta aplicáveis ao Poder Público, às instituições e aos indivíduos. Tais normas de conduta, em alguma medida, apresentam-se como restrições que afetam o processo de tomada de decisão, público ou privado. O processo de escolha é objeto de estudo da ciência econômica. Toda escolha pressupõe renúncia, sendo o custo de algo aquilo de que se abdica para obter alguma coisa. Se é necessário escolher, logo, é porque existe escassez, cuja regulamentação é objeto do Direito. Nesse ponto está o fio de ligação entre o Direito e a Economia.

O sucesso na regulação da escassez, por meio do Direito, é importante fator para o desenvolvimento de uma sociedade. Daí a relevância de se buscar o fortalecimento do estudo de *Law and Economics*, tanto por pesquisadores oriundos da área econômica quanto do Direito.

A esse respeito, Buchanan concebeu, dentro da análise econômica do direito, o programa pesquisa economia política constitucional, em que se estuda o modo pelo qual as restrições constitucionais influenciam no processo de decisão, a partir dos postulados do individualismo metodológico, da racionalidade e da sua generalização a todos os membros de um grupo.

Não somente questões jurídicas são balizadas pela Constituição, a qual exerce força normativa de fato no mundo fenomênico. A Constituição projeta uma influência direta no processo de escolha racional, nos custos de transação, nas externalidades, nos incentivos, bem como nas políticas públicas que direcionam a alocação de recursos. Logo, as restrições constitucionalmente estabelecidas parametrizam o processo de tomada de decisão, seja pública, seja privada.

Nesse prisma, Buchanan demonstra que as escolhas coletivas, como aquelas feitas por um governo, sempre iniciam na dimensão individual, sendo as pessoas igualmente capazes de escolher racionalmente segundo escalas pessoais de valor, utilizadas para classificar as alternativas em ordem de maiores benefícios e menores custos.

Aplicamos à análise jurisprudencial sobre políticas públicas em arguições de descumprimento de preceito fundamental o método de análise econômica do direito segundo a economia política constitucional. Com efeito, observamos a aplicação

prática da teoria estudada no processo decisório do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Em última análise, o adequado funcionamento das instituições constitucionalmente fundadas e organizadas, bem como o estabelecimento de direitos bem definidos e a redução dos custos de transação consistem em fatores essenciais para o progresso de uma nação. Para tanto, é preciso que as instituições possam exercer controles recíprocos com eficiência, a qual pudemos observar no estudado controle de constitucionalidade de políticas públicas. Enfim, considerando que a estabilidade institucional é elementar para as boas relações humanas e para o desenvolvimento nacional, bem como que instrumentos garantidores da força normativa da Constituição, como a jurisdição constitucional, propiciam tal estabilidade; propomos que a Constituição seja vista também como um instrumento normativo estabilizador das relações socioeconômicas e promovedor do desenvolvimento.

ANEXO I – Coleta empírica de dados

a) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186*

- *Data do julgamento:* 26/04/2012
- *Órgão julgador:* Plenário
- *Relator:* Min. Ricardo Lewandowski
- *Status:* Transitado em julgado – improcedente
- *Objeto:* Cotas étnico-raciais no processo seletivo de ingresso no ensino público superior
- *Elementos decisórios do acórdão:* Trata-se de arguição ajuizada em face de política pública afirmativa de cotas étnico-raciais no processo seletivo de ingresso em universidade pública. A Corte entendeu pela improcedência da arguição e pela consequente constitucionalidade da aludida política pública. Fundamentou que existe uma realidade fática segundo a qual os negros representam um pequeníssimo percentual do corpo discente nas universidades. Esta exclusão, por sua vez, decorreria de um processo histórico que, no passado, afastou esse grupo dos bancos universitários, bem como de profissões melhor remuneradas. Consequentemente, os ministros entenderam existir hoje no Brasil uma situação socioeconômica em que os negros são desfavorecidos, por conta de condutas institucionais pretéritas que os afastaram de posições sociais de destaque. Essa exclusão social pretérita, portanto, deveria ser reparada. O plenário da Corte asseverou que a política pública de cotas étnico-raciais é constitucional, na medida em que prestigia o princípio da igualdade material. Nestes termos, à luz da Constituição, caberia ao Estado não apenas promover políticas públicas universalistas, mas também ações afirmativas aptas a emancipar determinados grupos sociais, a fim de que estes possam superar desigualdades históricas. Ademais, foi ponderado que processos seletivos para o ingresso no ensino superior que considerem critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, além de materializarem a justiça social, promovem a pluralidade de ideias no universo acadêmico, o que geraria um benefício correspondente à própria sociedade como um todo. Devem, contudo, as ações afirmativas ser temporárias, perdurando apenas enquanto persistir o contexto de exclusão social que as justificou.

- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* 4 (páginas 62, 185, 198 e 202 do inteiro teor do acórdão).
- *Norma geral emanada:* É constitucional a instituição de ações afirmativas objetivando a inclusão de determinados grupos étnico-raciais no ensino público superior, que deste estejam tradicionalmente excluídos.
- *Quórum:* Unanimidade.
- *Divergência:* Não houve.

b) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309*

- *Data do julgamento:* 25/09/2014
- *Órgão julgador:* Plenário
- *Relator:* Min. Marco Aurélio
- *Status:* Tramitando – liminar concedida
- *Objeto:* Cronograma estabelecido pelo Ministério das Comunicações e destinado aos prestadores de serviços de radiodifusão de sons e imagens para a implementação de política pública de acessibilidade consistente na audiodescrição do conteúdo a fim de melhorar a sua compreensão pelas pessoas com deficiência intelectual ou visual.
- *Elementos decisórios do acórdão:* Trata-se de arguição ajuizada em face de decisão judicial da 5ª Turma do TRF da 1ª Região e de Portaria do Ministério das Comunicações, a qual foi editada para cumprir a aludida decisão judicial. O Ministério das Comunicações havia editado ato infralegal, qual seja, uma Portaria, por meio da qual estabeleceu-se cronograma para a implementação de política pública consistente na audiodescrição do conteúdo transmitido pelos prestadores de serviços de radiodifusão de imagens e sons, a fim de melhorar a compreensão do conteúdo pelas pessoas com deficiência intelectual ou visual. Por conta de dificuldades eminentemente técnicas, foi realizada consulta pública a respeito do tema, bem como foi analisada a experiência internacional sobre o tema. Diante disso, o Ministério das Comunicações editou uma nova Portaria (nº 188, de 24 de maio de 2010), objetivando a modificação das metas originalmente criadas e a elaboração de novo cronograma, de modo a solucionar as dificuldades técnicas encontradas. Vale dizer, tais dificuldades

para o cumprimento do cronograma relacionavam-se não apenas com aspectos financeiros dos prestadores de serviços, mas também com a mudança da transmissão televisiva analógica para a digital. Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal, em sede de cognição sumária, entendeu estar *a priori* demonstrada a fundamentação técnica do órgão especializado para a regulamentação da implementação de política pública de acessibilidade. A Corte ponderou que os atos tendentes a materializar o direito à acessibilidade devem ser compreendidos por uma perspectiva realista. Nesse sentido, o Ministério das Comunicações é o órgão técnico competente para avaliar os meios existentes para se alcançar o fim objetivado, que é a ampla acessibilidade do conteúdo transmitido. Inclusive, a Corte ressaltou tratar-se de matéria de alta complexidade técnica, cujo conhecimento não é de domínio do Poder Judiciário, o qual deve consultar devidamente os órgãos técnicos e respeitar as decisões que forem adotadas com fundamentos eminentemente técnicos. Enfim, os Ministros entenderam que a decisão judicial do TRF1 violou os preceitos fundamentais da separação de poderes, da eficiência administrativa, do devido processo legal e da razoabilidade entre os fins almejados e as condições externas que influenciam os meios disponíveis.

- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* 1 (páginas 8-9 do inteiro teor do acórdão).
- *Norma geral emanada:* É constitucional a regulamentação, por órgão técnico e com fundamentos técnicos, consistente na imposição de cronograma e de metas realistas para a implementação de política pública de acessibilidade.
- *Quórum:* Unanimidade.
- *Divergência:* Não houve.

c) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 341*

- *Data do julgamento:* 27/05/2015
- *Órgão julgador:* Plenário
- *Relator:* Min. Luís Roberto Barroso
- *Status:* Tramitando – liminar referendada

- *Objeto:* (Im)possibilidade de aplicação retroativa de novas regras do fundo de financiamento ao estudante do ensino superior – FIES
- *Elementos decisórios do acórdão:* Trata-se de arguição ajuizada contra ato do Poder Público Federal consistente na aplicação retroativa de normas que estabeleceram novas exigências para que os estudantes se inscrevessem no programa FIES ou para que renovassem os contratos já celebrados com base no regramento anterior. O Ministério da Educação editou portaria normativa por meio da qual criou novas exigências para que os estudantes pudessem pleitear o financiamento público por meio do programa FIES. A controvérsia, por sua vez, diz respeito aos efeitos da alteração normativa editada pelo Ministério, tendo a própria Portaria Normativa estabelecido período de *vacatio legis*, após o qual as alterações passariam a produzir efeitos. Ocorre que, após o término da *vacatio legis*, a Corte entendeu estar demonstrado que o Ministério estaria aplicando as novas exigências aos pedidos de inscrição anteriormente realizados e aos contratos de financiamento já celebrados. O Plenário do STF considerou que a aplicação retroativa dos efeitos da alteração normativa feriria a segurança jurídica e a legítima expectativa que tinham os estudantes que já usufruíam da política pública de continuar usufruindo até o fim de seus estudos. Em outras palavras, os ministros pontuaram ser permitido ao Poder Público alterar as condições de acesso para as suas políticas públicas, inclusive, porque o orçamento é limitado. Entretanto, ainda nestes casos, consiste em um dever fundamental do Poder Público a criação de regras de transição e o respeito à segurança jurídica. Não é possível, nestes termos, restringir o acesso à política pública daqueles indivíduos que dela já usufruíam, por meio da aplicação de novas exigências, as quais só podem ser aplicadas para situações novas.
- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* 5 (páginas 13, 14, 29, 30, 63 e 69 do inteiro teor do acórdão).
- *Norma geral emanada:* É inconstitucional, por ferir a segurança jurídica, a aplicação retroativa de novas exigências para o acesso a determinada política pública àqueles que dela já usufruíam.
- *Quórum:* Maioria.

- *Divergência:* Foram vencidos parcialmente os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Teori Zavascki, que concediam a cautelar em maior extensão.

d) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*

- *Data do julgamento:* 09/09/2015
- *Órgão julgador:* Plenário
- *Relator:* Min. Marco Aurélio
- *Status:* Tramitando – liminar referendada
- *Objeto:* As condições concretas do sistema penitenciário nacional e o contingenciamento de verbas a ele destinado
- *Elementos decisórios do acórdão:* Trata-se de arguição ajuizada contra atos do Poder Público consistentes em falhas estruturais do sistema penitenciário nacional, especialmente, quanto à superlotação do sistema e as condições subumanas disso decorrentes. Ademais, uma situação peculiar é que, ao passo em que as falhas estruturais se agravavam, o Poder Público contingenciava as verbas do fundo penitenciário nacional. Os ministros entenderam que o sistema penitenciário nacional possui falhas estruturais tão grandes que violam massivamente e de maneira reiterada os direitos fundamentais dos custodiados. Diante dessa violação estrutural, institucionalizada e reiterada de direitos fundamentais da população carcerária, o Supremo Tribunal Federal entendeu estar configurado o denominado “Estado de Coisas Inconstitucional”. A Corte ponderou que a falência do sistema carcerário brasileiro se deve não apenas a limitações orçamentárias, mas principalmente porque, em geral, não faz parte da vontade geral que os políticos eleitos invistam no sistema carcerário. Para muitos da população, inclusive, as más condições carcerárias serviam como parte da “punição”. Em outras palavras, enquanto plataformas políticas que defendem o fortalecimento do sistema de saúde contam com o apoio de muitos cidadãos, o mesmo não se pode dizer a respeito da melhoria do sistema carcerário. Até porque os presos que cumprem pena nem sequer podem votar, já que a suspensão dos direitos políticos é efeito da condenação criminal transitada em julgado. Falta, portanto, à população carcerária,

representatividade. Essa falta de representatividade, na prática, fez com que as condições carcerárias se agravassem com o tempo, ainda que houvesse orçamento aprovado para ser aplicado em melhorias no sistema. Nesse sentido, os ministros determinaram que as verbas orçamentárias do fundo penitenciário nacional fossem liberadas e aplicadas integralmente na melhoria do sistema, em nome do interesse público. Com efeito, ainda que seja impopular, é do interesse público a melhoria do sistema carcerário, pois não é permitido ao Estado violar os direitos fundamentais de seus custodiados, bem como é seu dever fundamental buscar a ressocialização dos condenados, o que, quando exitosa, tende a reduzir a criminalidade. Deve o Supremo Tribunal Federal, portanto, ao analisar este caso, exercer a sua função contramajoritária para efetivar o texto constitucional, ainda que a norma constitucional seja impopular. Enfim, determinou a Corte ser de observância obrigatória a audiência de custódia do indivíduo que for preso, em até 24 horas da prisão. Assim, por meio da audiência de custódia, o Poder Judiciário averigua a regularidade da prisão e evita prisões abusivas, as quais apenas agravam e oneram financeiramente a difícil situação das penitenciárias brasileiras.

- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* 5 (páginas 13, 37, 69, 135 e 156 do inteiro teor do acórdão).
- *Norma geral emanada:* É inconstitucional a violação estrutural pelo Estado à integridade física e moral da população carcerária, decorrente da superlotação dos presídios, que traz consigo condições desumanas. É inconstitucional o contingenciamento de verbas previstas no orçamento para o Sistema Penitenciário Nacional, que devem obrigatoriamente ser destinadas a corrigir as falhas do Sistema. É um dever fundamental do Estado a realização de audiência de custódia em até 24 horas do momento da prisão.
- *Quórum:* Maioria.
- *Divergência:* Foram vencidos parcialmente os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, quanto ao prazo para a realização das audiências de custódia, ao entender que tal prazo deveria ser regulamentado pelo CNJ. Foram vencidos parcialmente os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até sessenta dias, a contar da publicação da decisão, para que a União liberasse os valores do fundo penitenciário nacional que estavam contingenciados. Quanto aos pedidos para que os juízes

e tribunais motivem expressamente em suas decisões o motivo pelo qual deixam de aplicar cautelares medidas alternativas à prisão, que considerem o quadro precário do sistema penitenciário ao determinar prisões e prefiram medidas e penas alternativas à prisão, houve o indeferimento por maioria, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que os deferiam. Quanto ao indeferimento do pedido para que o juiz da execução penal abrande o tempo necessário para a progressão de regime e a concessão de outros benefícios, foi vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes, que defendeu a criação de um sistema informatizado e unificado para o gerenciamento da execução penal. Quanto ao pedido para que o juiz da execução penal abata, da pena, o tempo em que o preso tenha ficado recluso em situação mais gravosa do que a prevista no ordenamento jurídico, como forma de compensação, houve indeferimento unânime. Quanto ao pedido para que CNJ coordene mutirão carcerário com o objetivo de revisar todas as execuções penais no país que envolvam prisão, nos termos dos abrandamentos requeridos para situações, por maioria, o Tribunal entendeu prejudicado o pedido, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam.

e) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 109*

- *Data do julgamento:* 30/11/2017
- *Órgão julgador:* Plenário
- *Relator:* Min. Edson Fachin
- *Status:* Tramitando – precedente – embargos de declaração pendentes de julgamento
- *Objeto:* Proibição do uso do amianto na construção civil
- *Elementos decisórios do acórdão:* Trata-se de arguição ajuizada contra legislação municipal de São Paulo que proibiu o uso do amianto na construção civil, por conta de seus comprovados efeitos nocivos para a saúde e para o meio ambiente. Importante questão colocada é a existência da Lei Federal 9.055/95, que autoriza e regulamenta o referido uso e comércio do amianto. Nesse sentido, por meio da arguição, alegou-se suposta violação ao pacto

federativo, na medida em que o município teria adentrado à competência legislativa da União e violado o princípio da livre iniciativa. Isso porque, em tese, a legislação municipal versaria sobre normas gerais de produção e consumo, matérias de competência da União, Estados e Distrito Federal. Os ministros ponderaram que a Constituição atribui competências legislativas diferentes aos entes federativos, sendo certa a competência do município de complementar a legislação federal segundo as suas necessidades locais. Contudo, se houver lei federal dispendo de determinada forma, não é permitido ao município editar lei contrariando manifestamente a legislação federal. De todo modo, a Corte entendeu que a essência da impugnada legislação municipal é a proteção ambiental e à saúde, matérias de competência legislativa comum e complementar do município segundo o interesse local. Assim, é absolutamente legítimo o exercício da competência legislativa para restringir a comercialização e o uso de determinado material, objetivando a proteção da saúde e do meio ambiente. Além disso, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser a legislação municipal materialmente constitucional, sem qualquer violação ao princípio da livre iniciativa. Isso porque a imposição de deveres legais igualmente a todos aplicados, que se harmonizem com os demais princípios constitucionais, não fere a livre iniciativa. Por fim, a Corte entendeu incidentalmente que o art. 2º da Lei Federal 9.055/95, que autoriza a utilização e a comercialização do amianto, é materialmente inconstitucional. Na medida em que, de acordo com a Constituição, a ordem econômica deve promover a defesa do meio ambiente, e que o uso do amianto é extremamente nocivo para a saúde humana e para o meio ambiente, autorizar o comércio e o uso da aludida substância é materialmente incompatível com o texto constitucional.

- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* zero – apenas houve considerações implícitas sobre a preservação da saúde e do meio ambiente.
- *Norma geral emanada:* É constitucional a proibição, por lei municipal, do uso e comércio de substância altamente nociva à saúde, nos termos da competência complementar pautada no interesse local da municipalidade, se não houver lei federal expressa e clara em sentido contrário.
- *Quórum:* Maioria.

- *Divergência:* Foi vencido o Ministro Marco Aurélio, que entendeu não possuir o município competência para legislar sobre a matéria objeto do julgamento, tendo sido o único a entender pela inconstitucionalidade da apontada proibição.

f) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 292*

- *Data do julgamento:* 01/08/2018
- *Órgão julgador:* Plenário
- *Relator:* Min. Luiz Fux
- *Status:* Transitado em julgado – improcedente
- *Objeto:* Corte etário objetivo para o acesso ao ensino infantil e fundamental.
- *Elementos decisórios do acórdão:* Trata-se de arguição ajuizada contra resoluções da Câmara de Educação Básica (CEB) do Conselho Nacional de Educação (CNE), que preveem um critério único, etário e objetivo, para que o aluno possa se matricular nos ensinos infantil e fundamental. O critério é que a criança tenha, até o dia 31 de março do ano da matrícula, quatro e seis anos, respectivamente, para os ensinos infantil e fundamental. A Corte considerou que, embora esse não seja o único critério constitucionalmente possível, é um dos caminhos que o Poder Público, dotado de expertise para tanto, pode seguir. Afirmou, a esse respeito, ser um critério que prestigia muito a segurança jurídica, já que não dá margem para surpresas. Os ministros ponderaram que, ao passo em que a Constituição fornece as diretrizes da Educação, compete ao Poder Público confeccionar as suas políticas de acordo com a sua experiência e capacidade para tanto.
- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* 6 (páginas 18, 21, 24, 27, 47 e 83 do inteiro teor do acórdão).
- *Norma geral emanada:* É constitucional a política pública de acesso à educação infantil e fundamental que considere critério único etário para a matrícula dos estudantes.
- *Quórum:* Maioria.
- *Divergência:* Foram vencidos os Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Dias Toffoli e Celso de Mello, que entenderam pela parcial procedência da arguição, apenas para julgar inconstitucional as expressões

“completos até 31 de março”, que constam nos atos normativos impugnados. Segundo estes Ministros, na medida em que a Constituição garante expressamente o acesso à educação infantil a partir dos quatro anos e até os cinco, por decorrência lógica, o acesso à educação fundamental se daria a partir dos seis anos de idade, pouco importa a data do aniversário do aluno. A esse respeito, entenderam que o critério etário adotado fere a isonomia, pois garante vagas para crianças que façam aniversário até o dia 31 de março e exclui os demais, que só poderão ter acesso à educação no ano seguinte.

g) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449*

- *Data do julgamento:* 08/05/2019
- *Órgão julgador:* Plenário
- *Relator:* Min. Luiz Fux
- *Status:* Transitado em julgado – procedente
- *Objeto:* Transporte remunerado individual de pessoas em carros particulares
- *Elementos decisórios do acórdão:* Trata-se de arguição ajuizada contra lei municipal de Fortaleza que proibiu o transporte particular de passageiros, individual e remunerado, contratado por meio de aplicativos ou diretamente. A motivação da lei impugnada decorreu especialmente do aplicativo Uber, que, no momento da edição da lei, era novidade e gerou grande resistência por parte dos taxistas brasileiros. Após o ajuizamento da arguição, a lei municipal foi revogada. Ainda assim, os ministros entenderam que o mérito precisaria ser apreciado, não apenas para delimitar os efeitos do período em que a lei esteve vigente, mas, principalmente, para pacificar a matéria com caráter objetivo e efeitos *erga omnes*. Os ministros entenderam que a legislação municipal é inconstitucional, por violação direta aos preceitos fundamentais da livre iniciativa, do valor social do trabalho, da liberdade profissional, da livre concorrência, da defesa do consumidor e da busca pelo pleno emprego. Nesse sentido, ponderaram que a proibição ao transporte particular de passageiros, individual e remunerado, não é compatível com o texto constitucional, que prestigia uma ordem econômica livre e aberta. Assim, a Corte considerou que a imposição de restrições à entrada em determinados mercados é medida

excepcional. Excepcionalidade essa ausente no presente caso. A concorrência introduzida pelos aplicativos de transporte é constitucionalmente compatível e salutar para a ordem econômica nacional, na medida em que fomenta o mercado, estimula a melhora da prestação dos serviços que concorrem entre si e amplia os postos de trabalho existentes, de modo que os indivíduos tenham prestigiada a sua liberdade profissional. Nestes termos, portanto, o Supremo Tribunal Federal considerou ser constitucional o transporte particular de passageiros, individual e remunerado, contratado por meio de aplicativos ou diretamente; e inconstitucional a sua proibição.

- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* cinco (páginas 19, 32, 39, 50 e 73 do inteiro teor do acórdão).
- *Norma geral emanada:* É inconstitucional a proibição do livre exercício profissional de transporte particular de passageiros, individual e remunerado, contratado por meio de aplicativos ou diretamente.
- *Quórum:* Quanto ao conhecimento da ADPF, maioria. Quanto ao mérito, o julgamento se deu por unanimidade.
- *Divergência:* Foram vencidos, quanto ao conhecimento da ação, os Ministros Rosa Weber e Marco Aurélio, que entenderam estar a ação prejudicada pela revogação superveniente da lei impugnada por meio da arguição. No mérito, não houve divergência quanto ao resultado do julgamento.

h) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 77

- *Data do julgamento:* 16/05/2019
- *Órgão julgador:* Plenário
- *Relator:* Min. Dias Toffoli
- *Status:* Transitado em julgado – procedente
- *Objeto:* Relevante divergência interpretativa em decisões judiciais sobre o índice de atualização monetária incidente sobre os dois primeiros meses de instituição do plano real, quais sejam, julho e agosto de 1994.
- *Elementos decisórios do acórdão:* Trata-se de arguição ajuizada contra relevante divergência jurisprudencial sobre a constitucionalidade do índice de atualização monetária incidente sobre julho e agosto de 1994. Dentre as

interpretações que vinham sendo tomadas pelo Poder Judiciário, havia quem entendesse que o dispositivo legal não poderia ser aplicado aos contratos pretéritos, por força do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Por outro, interpretação que prevaleceu na Corte, a instituição de política monetária consiste em um regime jurídico, não havendo, portanto, direito adquirido a regime jurídico. Nesse sentido, a nova legislação aplica-se imediatamente aos contratos já existentes, inexistindo direito adquirido a modelo monetário pretérito.

- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* 3 (páginas 62, 110 e 115 do inteiro teor do acórdão).
 - *Norma geral emanada:* É constitucional o art. 38 da Lei nº 8.880, que dispõe sobre a atualização monetária nos meses de julho e agosto de 1994, primeiros meses de instituição do plano real, não havendo violação ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.
 - *Quórum:* Maioria.
 - *Divergência:* Foram vencidos, quanto ao conhecimento da ação, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que entenderam não ser cabível a arguição em razão de seu caráter subsidiário. No mérito, o julgamento se deu por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Quanto a fixação de tese, foi vencido apenas o Ministro Marco Aurélio.
- i) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*
- *Data do julgamento:* 18/03/2020
 - *Órgão julgador:* Plenário
 - *Relator:* Min. Marco Aurélio
 - *Redator do Acórdão:* Min. Alexandre de Moraes
 - *Status:* Liminar não referendada pelo Plenário
 - *Objeto:* Violação de preceito fundamental consistente na vida e na saúde da população carcerária que, diante de estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema penitenciário brasileiro, estaria em situação de maior risco em face da Pandemia de Covid-19.

- *Elementos decisórios do acórdão:* O Min. Relator, ao analisar petição incidental de *amicus curiae*, entendeu que o amigo da corte não pode formular requerimentos cautelares. Contudo, concedeu uma espécie de liminar de ofício para “conclamar os Juízos da Execução” a adotar determinadas medidas que privilegiavam o regime domiciliar de cumprimento de pena, a progressão antecipada de regime e a liberdade condicional. A maioria do Plenário, contudo, entendeu pela impossibilidade da prolação dessa medida cautelar de ofício. “Embora no controle abstrato de constitucionalidade a causa de pedir seja aberta, o pedido da inicial deve ser certo e determinado. Impossibilidade de o julgador ampliar o objeto da demanda de ofício”. Percebe-se, ademais, que o Plenário do Supremo Tribunal vetou uma espécie de edição *ex officio* de política pública penitenciária, o que violaria a segurança jurídica. Nesse sentido, o Min. Edson Fachin afirmou: “o Judiciário não tem atribuição constitucional para conceder indulto nem deve ‘tout court’ substituir os gestores de políticas públicas”.
- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* 0.
- *Norma geral emanada:* É inconstitucional a concessão de medida cautelar de ofício (sem provocação fundamentada pelo Autor) para determinar condutas pelo Poder Público em substituição dos gestores de políticas públicas.
- *Quórum:* Maioria.
- *Divergência:* Por maioria, o Plenário negou referendo à medida cautelar, conforme o voto do Min. Alexandre de Moares, ficando vencidos os Min. Marco Aurélio e Gilmar Mendes.

j) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 620*

- *Data do julgamento:* 03/04/2020
- *Órgão julgador:* Plenário
- *Relator:* Min. Roberto Barroso
- *Status:* Liminar referendada pelo Plenário
- *Objeto:* Violação de preceitos fundamentais consistentes da legalidade orçamentária, separação dos poderes e eficiência administrativa, decorrente de

decisões judiciais que estavam bloqueando valores oriundos de contas do Convênio nº 046/2012 – SICONV 775967/2012 para a quitação de obrigações estranhas a esse pacto.

- *Elementos decisórios do acórdão:* No âmbito do Poder Judiciário do Rio Grande do Norte, foram proferidas decisões judiciais que bloquearam valores oriundos do Convênio nº 046/2012 – SICONV 775967/2012 para a quitação de obrigações estranhas a esse pacto. O referido Convênio foi celebrado com o Governo Federal com destino a política pública de captação e uso de água da chuva, como forma de levar tão importante recurso, principalmente, para populações de baixa renda que sofrem com o semiárido. Diante disso, o Plenário do Supremo Tribunal entendeu pela impossibilidade de tais bloqueios de valores, os quais estavam destinados a política pública certa. Fundamentou que o Poder Judiciário não pode interferir no aspecto organizacional de políticas públicas, tampouco modificar a destinação de recursos públicos que já estão direcionados. Nesse sentido, apontou que o remanejamento de recursos do orçamento depende de autorização legislativa. Assim, “não cabe ao Poder Judiciário interferir discricionariamente na destinação de verbas públicas”, por violação à legalidade orçamentária e à separação dos Poderes. Por fim, considerou que o princípio da eficiência estaria também sendo violado, porque “os atos jurisdicionais impugnados [...] agiram como obstáculo ao pleno exercício da atividade de gestão pública, vulnerando a execução de projetos do Poder Executivo”.
- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* 1 (página 13 do inteiro teor do acórdão).
- *Norma geral emanada:* É inconstitucional a interferência discricionária do Poder Judiciário na organização de políticas públicas, em especial, para modificar a destinação de recursos públicos previamente direcionados para a promoção de projetos específicos.
- *Quórum:* Maioria.
- *Divergência:* Por maioria, o Plenário referendou a medida cautelar concedida, nos termos do voto do Min. Relator, ficando vencido apenas o Min. Marco Aurélio, que votou pelo não conhecimento da arguição.

k) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 457*

- *Data do julgamento:* 27/04/2020
- *Órgão julgador:* Plenário
- *Relator:* Min. Alexandre de Moraes
- *Status:* Transitado em julgado – procedente
- *Objeto:* Lei municipal que proibia a divulgação de material escolar com informação sobre ideologia de gênero.
- *Elementos decisórios do acórdão:* Foi editada lei municipal cujo conteúdo emanava uma proibição à existência, no material escolar das escolas municipais, a respeito de informações sobre ideologia de gênero. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o caso, entendeu que a lei impugnada violaria uma série de preceitos fundamentais. Isso porque a estruturação da política pública educacional tem como pedra angular a lei de diretrizes e bases da educação nacional, cuja competência legislativa é exclusiva da União. Além disso, a Corte considerou que estariam sendo feridos os princípios atinentes à liberdade ao pensamento, ao pluralismo de ideias e à liberdade pedagógica. Nesse mesmo sentido, interpretou estar sendo violado o direito à igualdade, existindo um “dever estatal na promoção de políticas públicas de combate à desigualdade e à discriminação de minorias”. Assim, afirmou que a imposição, por lei municipal, ao silêncio dos educadores, promove a censura e o obscurantismo como um forma de estratégia de enfraquecer a inclusão e promover o preconceito, motivo pelo qual “a lei municipal impugnada contrariou um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, relacionado à promoção do bem de todos (art. 3º, IV, CF), e, por consequência, o princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput, CF)”. Diante disso, considerando que o município não possui a competência legislativa para legislar sobre diretrizes e bases da educação e que o conteúdo da lei editada seria incompatível com a Constituição, julgou a lei inconstitucional.
- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* 0.

- *Norma geral emanada:* É inconstitucional lei municipal que altere diretrizes e bases educacionais, bem como disponha sobre conteúdos programáticos ou modo de ensino da atividade docente. Além disso, é inconstitucional lei que atente contra a liberdade de ensinar e aprender, bem como ao pluralismo de ideias, à igualdade e ao bem de todos, definindo censura prévia a determinados temas que seriam desautorizados.
- *Quórum:* Unânime.

l) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 656

- *Data do julgamento:* 22/06/2020
- *Órgão julgador:* Plenário
- *Relator:* Min. Ricardo Lewandowski
- *Status:* Tramitando – liminar referendada pelo Plenário
- *Objeto:* Portaria da Secretaria da Defesa Agropecuária, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que, ao regulamentar a Lei 13.874/2019, que dispõe sobre a liberdade econômica, instituiu prazos para a aprovação tácita de agrotóxicos, fertilizantes e outros químicos.
- *Elementos decisórios do acórdão:* Foi editada Portaria em que se estabeleceu “prazos para aprovação tácita de utilização de agrotóxicos, independentemente da conclusão de estudos técnicos relacionados aos efeitos nocivos ao meio ambiente ou as consequências à saúde da população brasileira”. A Portaria busca justificar a regulamentação imposta com fundamento na liberdade econômica. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, considerou, em sede de cognição sumária, que a pretexto de regulamentar a legislação vigente, a Portaria, na verdade, estaria inovando no ordenamento jurídico, de modo a extrapolar a competência regulamentadora. Além disso, a Corte considerou que o estabelecimento de prazos para a aprovação tácita de químicos tão relevantes à saúde, independentemente de estudos científicos e técnicos sobre a sua nocividade à população humana, violaria preceitos fundamentais relacionados à proteção do meio ambiente e da saúde de todos. Quanto aos princípios do direito ambiental, o Plenário assentou ser evidente a ofensa ao princípio da precaução, relacionado ao dever de cautela inerente ao

desconhecimento sobre a possível nocividade de algum produto dispensado no meio ambiente. Enfim, decidiu que políticas públicas que afetem diretamente o meio ambiente e a saúde de todos devem prezar pela sua proteção, de modo a compatibilizar eventuais interesses econômicos com os valores constitucionais. Nesse sentido, “a preocupação de uma Corte voltada para os direitos e garantias fundamentais, não pode ser outra, a não ser a de controlar, em caráter permanente, a compatibilidade das políticas públicas com os valores atinentes à proteção do meio ambiente” e da saúde.

- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* 2 (páginas 10 e 32 do inteiro teor do acórdão).
- *Norma geral emanada:* É inconstitucional ato infralegal (portaria) que extrapole a sua competência administrativa regulamentar, para criar direitos, em especial, para estabelecer prazos de aprovação tácita do uso de químicos que possam afetar o meio ambiente e a saúde de todos.
- *Quórum:* Unânime.

m) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 460

- *Data do julgamento:* 29/06/2020
- *Órgão julgador:* Plenário
- *Relator:* Min. Luiz Fux
- *Status:* Transitado em julgado – procedente
- *Objeto:* Lei municipal que veda a adoção de “políticas de ensino que tendam a aplicar a ideologia de gênero, o termo ‘gênero’ ou ‘orientação sexual’” no âmbito de suas escolas.
- *Elementos decisórios do acórdão:* Foi editada lei municipal cujo conteúdo era de proibição a temas relacionados à educação sexual, especialmente, proibindo o uso dos termos *gênero* e *orientação sexual*. Seguindo a sua jurisprudência pacífica, a Corte Suprema entendeu, primeiramente, que o município não possui competência para legislar sobre bases e diretrizes educacionais, motivo pelo qual não alterar o conteúdo programático de ensino, segundo as suas convicções, contrariando uma política pública nacional. Ademais, quanto ao conteúdo, afirmou que “a proibição genérica de

determinado conteúdo, supostamente doutrinador ou proselitista, desvaloriza o professor, gera perseguições no ambiente escolar, compromete o pluralismo de ideias, esfria o debate democrático e prestigia perspectivas hegemônicas por vezes sectárias”. Assim, assentou a Corte, novamente, que a sala de aula é um ambiente democrático e plural, em que os professores possuem liberdade acadêmica para ensinar e os alunos liberdade para aprender, sendo livre a manifestação do pensamento e “vedada a discriminação em razão do sexo, gênero ou orientação sexual”.

- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* 0.
- *Norma geral emanada:* É inconstitucional lei municipal que altere diretrizes e bases educacionais, bem como disponha sobre conteúdos programáticos ou modo de ensino da atividade docente. Além disso, é inconstitucional lei que atente contra a liberdade de ensinar e aprender, bem como ao pluralismo de ideias, à igualdade e ao bem de todos, proibindo temas relacionados à identidade de gênero e à orientação sexual.
- *Quórum:* Unânime.

n) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635

- *Data do julgamento:* 05/08/2020
- *Órgão julgador:* Plenário
- *Relator:* Min. Edson Fachin
- *Status:* Tramitando – liminar referendada
- *Objeto:* Atos do Poder Público, relacionados à política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, que estariam violando os preceitos fundamentais da vida, dignidade, segurança, inviolabilidade do domicílio e a prioridade na garantia de direitos fundamentais a crianças e adolescentes como dever do Estado.
- *Elementos decisórios do acórdão:* Foi levado ao Supremo Tribunal Federal a alegação de que o Estado do Rio de Janeiro estaria descumprindo determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que diz respeito à sua política de segurança pública. Ao analisar a questão, a Corte

Suprema considerou haver, a princípio, evidências concretas, baseadas em dados, da violência e da letalidade decorrente da atuação da polícia carioca. A título de exemplo, em 2017, aproximadamente 180 crianças foram vítimas de homicídio provocado por intervenção policial, no Estado do Rio de Janeiro. O Supremo Tribunal Federal, assim, entendeu que o modo de agir da polícia, especialmente, dentro das comunidades carentes, desrespeita uma série de preceitos fundamentais que colocam em risco diretamente um grande número de inocentes. Foi também apontado pelo Plenário que “o Rio possui a polícia mais letal do Brasil, embora não esteja dentre os dez estados mais violentos do país”. Ademais, “cientificamente é um infundado sustentar que uma atuação agressiva, com maior letalidade das Polícias, acarreta redução de criminalidade”. Por fim, Gilmar Mendes apontou que: “Conforme dados divulgados em 16.7.2020 pelo Instituto de Segurança Pública (ISP), referentes aos registros de ocorrência lavrados nas delegacias de Polícia Civil do Rio de Janeiro, no primeiro semestre de 2020 ocorreram 775 mortes por intervenção de agente do Estado. Em junho foram 34, o que representa uma redução de 74% em relação a maio, quando ocorreram 129 mortes por tal motivo. Portanto, pode-se levantar uma constatação consistente no sentido de que a medida cautelar deferida pelo eminente Relator já resultou em efeitos concretos na redução da letalidade policial no Rio de Janeiro”. Isso tudo, aliado ao fato de as pessoas estarem mais tempo em suas casas, por conta da Pandemia, bem como que tais pessoas têm grande dependência de auxílios humanitários externos, que não pode ser prejudicado, foi motivo para a Corte conceder medida liminar. Nesse sentido, proibiu, em regra, a realização de operações policiais em comunidades carentes do Rio de Janeiro durante a atual Pandemia, exceto nos casos absolutamente necessários, cujas justificativas devem ser exaradas por escrito pela autoridade competente, com a imediata comunicação ao Ministério Público.

- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* 6 (páginas 30, 59, 36, 40, 41 e 42 do inteiro teor do acórdão)
- *Norma geral emanada:* É inconstitucional a política de segurança pública que de forma consistente e reiterada adota práticas arbitrárias e violentas em locais específicos, promovendo alta letalidade decorrente da atividade policial,

colocando em risco direto populações carentes e grupos vulneráveis, como crianças e adolescentes.

- *Quórum*: Maioria.
- *Divergência*: Por maioria, o Plenário referendou a medida cautelar concedida, nos termos do voto do Min. Relator, ficando vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux.

o) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709*

- *Data do julgamento*: 05/08/2020
- *Órgão julgador*: Plenário
- *Relator*: Min. Roberto Barroso
- *Status*: Tramitando – liminar referendada
- *Objeto*: Atos do Poder Público, consistentes na omissão de política pública quanto à garantia de sobrevivência dos povos indígenas brasileiros diante da pandemia de Covid-19.
- *Elementos decisórios do acórdão*: O Supremo Tribunal Federal, em sede de cognição sumária, deferiu medida cautelar, pois considerou que o governo brasileiro estaria sendo omissos no que diz respeito a políticas públicas que buscassem garantir a sobrevivência dos povos indígenas em face à atual pandemia. A Corte acolheu dados arguidos, segundo os quais os povos indígenas seriam mais vulneráveis a doenças e, em especial, à Covid-19, cuja taxa de letalidade é maior entre esses povos. Dessa forma, o Plenário entendeu ser inconstitucional a omissão do Poder Público, que possibilita o alto contágio da infecção viral entre os indígenas e o possível extermínio de etnias. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal determinou a elaboração de plano para criação de barreiras sanitárias, com diálogo entre as instituições competentes e os representantes das comunidades indígenas; a remoção de invasores; o integral acesso dos indígenas ao subsistema indígena de saúde; e a elaboração de um plano de enfrentamento da pandemia específicos para os povos indígenas.
- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão*: 7 (páginas 17, 23, 37, 70, 115, 149 e 164 do inteiro teor do acórdão)

- *Norma geral emanada:* É inconstitucional a falta de política pública sanitária, de enfrentamento à pandemia de coronavírus, específica para os povos indígenas, cujas peculiaridades e maior vulnerabilidade demandam política pública específica.
- *Quórum:* Maioria.
- *Divergência:* Por maioria, o Plenário referendou a medida cautelar concedida, nos termos do voto do Min. Relator, ficando vencidos o Ministro Edson Fachin, que deferia a liminar em maior amplitude, e o Ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhava o Relator e estabelecia prazos.

p) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 513

- *Data do julgamento:* 28/09/2020
- *Órgão julgador:* Plenário
- *Relator:* Min. Rosa Weber
- *Status:* Transitado em julgado – procedente
- *Objeto:* Atos do Poder Público, consistentes em decisões judiciais que negaram a companhia de saneamento ambiental o direito de execução judicial pelo regime de precatórios, porque constituída na forma de sociedade de economia mista.
- *Elementos decisórios do acórdão:* Reiteradamente, o Poder Judiciário estava deferindo requerimentos de expropriação patrimonial em face da companhia de saneamento ambiental do Maranhão (CAEMA), negando a ela o direito de ser executada pelo regime de precatórios, sob o fundamento de que teria sido constituída sob a forma de sociedade de economia mista. O Supremo Tribunal Federal, contudo, entendeu a referida companhia de saneamento básico presta serviço público, o qual se enquadra em atividade estatal típica. Por tal motivo, afirmou ser aplicável o regime dos precatórios, pouco importando a forma em que a companhia foi constituída. Nesse sentido, a Corte considerou que os atos do Poder Judiciário impugnados por meio da arguição estariam configurando “interferência indevida do Poder Judiciário na administração do orçamento e na definição das prioridades na execução de políticas públicas”, o que “traduz afronta aos arts. 2º, 84, II, 167, VI e X, da CF”.

- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* 0.
- *Norma geral emanada:* É inconstitucional a interferência do Poder Judiciário na administração do orçamento e na definição de prioridades na execução de políticas públicas.
- *Quórum:* Maioria.
- *Divergência:* Por maioria, o Plenário julgou a arguição procedentes, vencido o Min. Marco Aurélio, que a julgava improcedente.

q) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 738*

- *Data do julgamento:* 05/10/2020
- *Órgão julgador:* Plenário
- *Relator:* Min. Ricardo Lewandowski
- *Status:* Tramitando – liminar referendada
- *Objeto:* Ato do Poder Público consistente na não aplicação imediata de política pública afirmativa decorrente do julgamento de consulta ao Tribunal Superior Eleitoral, que definiu incentivos a candidaturas de pessoas negras para cargos eletivos.
- *Elementos decisórios do acórdão:* Foi formulada consulta ao Tribunal Superior Eleitoral, cujo resultado do julgamento impôs regras de incentivo a candidaturas de pessoas negras para cargos eletivos, em especial, que os recursos públicos e tempo de rádio e TV destinados a campanhas sejam divididos entre pessoas brancas e negras, na proporção das candidaturas das agremiações. O Supremo Tribunal Federal entendeu que o princípio da igualdade, na sua dimensão material, impõe ao Estado a adoção de condutas ativas de equalização das desigualdades. A esse respeito, demonstrando-se por dados a desvantagem de determinado grupo social, o Estado possui o dever fundamental de estabelecer ações afirmativas. No caso em tela, a questão que se coloca, contudo, é saber o momento de aplicação do resultado do julgamento proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral. Isso porque a Constituição estabelece que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um

ano da data de sua vigência”, sendo este preceito conhecido como princípio da anualidade eleitoral. De todo modo, o Plenário julgou não haver alteração do processo eleitoral, tratando-se apenas de ajuste de procedimento. Com efeito, a Corte consignou que “o incentivo proposto pelo TSE, ademais, não implica qualquer alteração das ‘regras do jogo’ em vigor. Na verdade, a Corte Eleitoral somente determinou que os partidos políticos procedam a uma distribuição mais igualitária e equitativa dos recursos públicos que lhe são endereçados”, razão pela qual deve ter aplicação imediata.

- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* 8 (páginas 6, 10, 11, 12, 23, 32, 33 e 35 do inteiro teor do acórdão).
- *Norma geral emanada:* É constitucional o estabelecimento de políticas públicas de caráter afirmativo que incentivem a candidatura de pessoas negras para cargos eletivos.
- *Quórum:* Maioria.
- *Divergência:* Por maioria, o Plenário julgou a arguição procedentes, vencido o Min. Marco Aurélio, que a julgava improcedente.

r) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672*

- *Data do julgamento:* 13/10/2020
- *Órgão julgador:* Plenário
- *Relator:* Min. Alexandre de Moraes
- *Status:* Transitado em julgado – procedente
- *Objeto:* Atos do Poder Executivo federal, omissivos e comissivos, praticados em razão da atual pandemia de Covid-19, que inviabilizaram, parcial ou totalmente, políticas públicas Estaduais e Municipais de combate à pandemia.
- *Elementos decisórios do acórdão:* O Poder Executivo federal adotou, na condução da atual pandemia, condutas comissivas e omissivas que se contrapuseram a políticas públicas Estaduais e Municipais, editadas com o intuito de combater a crise sanitária. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o federalismo confere competências comuns e concorrentes, as quais se relacionam com o princípio da predominância do interesse. Nesse sentido, considerando a existência de lei federal (13.979/2020), que “dispõe

sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública”, é permitido aos Estados e Municípios editar atos de implementação das medidas previstas na referida lei e reconhecidamente eficazes no combate à pandemia, como, por exemplo, o isolamento social. Ademais, a Corte assentou ser um dever do Estado a adoção de condutas que busquem minimizar os efeitos da pandemia, em razão dos preceitos fundamentais à vida, saúde e dignidade. Frisou que, “em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. A esse respeito, o federalismo pressupõe uma atuação harmônica de todos os seus entes, na busca do interesse público. Por fim, importante citar ter concluído o Supremo Tribunal que “o Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente”.

- *Quantidade de considerações expressas sobre as consequências práticas da decisão:* 5 (páginas 12, 13, 14, 15 e 24 do inteiro teor do acórdão).
- *Norma geral emanada:* É constitucional a edição de atos pelos governos estaduais e municipais que imponham medidas restritivas no combate à pandemia, estando assegurado o exercício de sua competência concorrente; podendo, no entanto, se for o caso, ser analisada individualmente a validade formal e material de cada ato normativo específico.
- *Quórum:* Unânime.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- ABREU, Marcelo de Paiva. A ordem do progresso: dois séculos de política econômica no Brasil. 2014.
- BARCELLOS, Logan Caldas. Legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. v. 8, p. 1, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BARROSO, Rosana Carrijo. A arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 8, 2008.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 142, p. 35–51, 1999.
- BERNARDES, Juliano Taveira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. v. 1, n. 8, 2000.
- BRENNAN, Geoffrey; BUCHANAN, James M. The reason of rules: Constitutional political economy. 2008.
- BUCHANAN, James M. The domain of constitutional economics: constitutional political economy. v. 1, n. 1, p. 1–18, 1990.
- CANOTILHO, JJ Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra, 1982.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes. **Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. *In: Classic papers in natural resource economics*. [s.l.]: Springer, 1960, p. 87–137.
- COELLI, Timothy J.; RAO, Dodla Sai Prasada; O'DONNELL, Christopher J.; *et al.* **An introduction to efficiency and productivity analysis**. [s.l.]: Springer Science & Business Media, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, v. 737, p. 11–22, 1997.
- FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico**. [s.l.]: Elsevier Brasil, 2011.
- FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. **Encontro Nacional do CONPEDI**, v. 19, p. 5238–5247, 2010.
- GONÇALVES, Alex Silva; QUIRINO, Regio Hermilton Ribeiro. A Norma Hipotética Fundamental de Hans Kelsen e a Regra de Reconhecimento de Herbert Hart: semelhanças e diferenças entre os critérios de validade do Sistema Jurídico. **Sequência (Florianópolis)**, n. 78, p. 91–118, 2018.
- HARRISON, Jeffrey L. **Law and Economics in a Nutshell**. 6. ed. [s.l.]: West Academic, 2016.
- HAYEK, Friedrich August. The use of knowledge in society. **The American economic review**, v. 35, n. 4, p. 519–530, 1945.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Trad. Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Versão para eBook., 1864.

- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. n. 2, 2020.
- MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2009.
- MARALDI, Maricy. **O controle de constitucionalidade das políticas públicas e a arguição de descumprimento de preceito fundamental**. PUC, São Paulo, 2005.
- MARTINS, Flavio. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. v. 2, n. 13, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio da eficiência*. v. 51, n. 2, p. 105–119, 2000.
- MONTARROYOS, Heraldo Elias. *A economia política constitucional do prêmio Nobel James Buchanan*. **Revista Economia Ensaios**, v. 23, n. 2, 2009.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- NORTH, Douglass C. *Economic performance through time*. v. 84, n. 3, p. 359–368, 1994.
- NORTH, Douglass C. *Institutions*. v. 5, n. 1, p. 97–112, 1991.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- REGAN, Donald H. *The problem of social cost revisited*. **The Journal of Law and Economics**, v. 15, n. 2, p. 427–437, 1972.
- ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science**. Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institute, 2007.
- ROWLEY, Charles K.; SCHNEIDER, Friedrich. **Readings in public choice and constitutional political economy**. New York: Springer, 2008.
- SARMENTO, Daniel. *Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. v. 224, p. 95–116, 2001.
- SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator Caph: Capitalismo Humanista a Dimensão Econômica dos Direitos Humanos**. [s.l.]: Editora Max Limonad, 2020.
- SAYEG, Ricardo; WAGNER, Balera. **O capitalismo humanista**. [s.l.]: KBR, 2015.
- SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. [s.l.]: Editora Companhia das Letras, 2011.
- STARLING, Sandra. **Câmara Dos Deputados. Projeto de Lei 2872/1997**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=41078>>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- STARLING, Sandra. **Exposição de Motivos da Lei nº 9.882/99**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9882-3-dezembro-1999-369889-exposicaodemotivos-150040-pl.html>>. Acesso em: 17 ago. 2020.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 77, Rel. Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 16/05/2019.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 109, Rel. Min. Edson Fachin, Data de Julgamento: 30/11/2017.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data de julgamento: 26/04/2012.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 292, Rel. Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 01/08/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 309, Rel. Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 25/09/2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 341, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Data de Julgamento: 27/05/2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Alexandre de Moares, Data de Julgamento: 18/03/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 374, Rel. Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 09/09/2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 449, Rel. Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 08/05/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 457, Rel. Min. Alexandre de Moares, Data de Julgamento: 27/04/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 460, Rel. Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 29/06/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 513, Rel. Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 28/09/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 620, Rel. Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 03/04/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 635, Rel. Min. Edson Fachin, Data de Julgamento: 05/08/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 656, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 22/06/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 13/10/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 709, Rel. Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 05/08/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 738, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 05/10/2020.

SZTAJN, Raquel. **Direito e economia**. [s.l.]: Elsevier Brasil, 2005.

VON IHERING, Rudolph. **A luta pelo direito = Der kampf ums recht**. Trad. Dominique Makins. São Paulo: Hunter Books, 2012.

Aplicação das Súmulas no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 16 out. 2020.

Catalisador. Dicio. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/catalisador/>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Lei nº 9.882/99 (ADPF).

STF, ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, d.m., j. 29.04.2004.