Nº 30 – abril/maio/junho de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

RAZOABILIDADE, PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: UMA ANÁLISE PROBLEMÁTICA SOBRE O EFEITO VINCULANTE E O CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Ana Paula Oliveira Ávila
Mestra em Direito Público pela UFRGS.
Professora de Direito Constitucional da
Faculdade de Direito do Instituto Ritter dos Reis.
Advogada em Porto Alegre.

Introdução:

O presente estudo tem por objeto a análise do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade, com a preocupação de demonstrar uma face não-vinculante do referido efeito. Muito se tem dito na doutrina a respeito dos reflexos da adoção do efeito vinculante na atividade jurisdicional das instâncias inferiores. No mais das vezes, argumenta-se no sentido da falta de independência e liberdade dos magistrados para decidirem questão em que incide uma norma sobre a qual tenha havido pronunciamento do Supremo com efeito vinculante. O que aqui se deseja demonstrar é que este efeito, quando agregado às decisões declaratórias de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, não chega a alcançar determinados casos individuais. O efeito vinculante, pois, tem seu alcance reduzido e merece uma releitura.

Na base desta conclusão está a seguinte análise, que busca resgatar a contribuição que os avanços doutrinários na teoria dos princípios (notadamente o da razoabilidade) e na metódica concretizante das normas jurídicas prestaram à interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais. O estudo desenvolve-se a partir de um caso concreto, que exemplifica claramente a possibilidade de divergência interpretativa que se abre ao magistrado, a despeito do efeito vinculante.

I. O Caso:

O presente caso versa sobre o pedido de remédios em ação movida contra o Estado do Rio Grande do Sul, na qual foi deferida antecipação de tutela para a entrega de medicamentos. Pelo presente acórdão, o tribunal, julgando o agravo de instrumento interposto pelo Estado, manteve a decisão que deferiu a entrega antecipada dos medicamentos, deixando de aplicar o disposto no art. 1º da Lei nº 9.494/97 que, combinado com outros dispositivos (arts. 273 e 461 do CPC, arts 5º, parágrafo único, e 7º, da Lei nº 4.348/64, art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.021/66 e arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437/92), veda a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

Assim versa a ementa do AI 598.398.600, da 4ª C. Cível do TJRS, publicado em 25 de novembro de 1998, relatado pelo Desembargador ARAKEN DE ASSIS:

> "É vedado antecipar os efeitos do pedido perante a Fazenda Pública, consoante o art. 1º da Lei nº 9.494/97, proclamado constitucional pelo STF e, portanto, de aplicação obrigatória pelos órgãos judiciários. No entanto, a contraposição entre o direito à vida e o direito patrimonial da Fazenda Pública, tutelado naquela norma, se resolve em favor daquele, nos termos do art. 196 da CF/88, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, pois se trata de valor supremo, absoluto e universal. Irrelevância da irreversibilidade da medida. Existência de norma local assegurando semelhante prestação (art. 1º da Lei nº 9.908/93). Eventual sacrifício da vida, em nome de interesses pecuniários da Fazenda Pública, conduziria o órgão judiciário a contrariar o direito e praticar aqueles mesmos erros, pelos quais os juristas alemães foram universalmente condenados."

Esta decisão, altamente significativa no que diz com a salvaguarda do direito à proteção da saúde e da vida (CF, arts. 196 e 5º, *caput*), exemplifica o quanto a jurisprudência pode levar a sério os direitos que a Constituição proclama como fundamentais. O mérito é irreparável — aliás, nota distintiva dos trabalhos publicados pelo relator, o Professor ARAKEN DE ASSIS. Fez vingar postulados fundamentais, nem sempre lembrados, como a supremacia, a força normativa e a máxima efetividade da Constituição[1], sem falar na rica associação de métodos interpretativos empregada pelo autor. Isso, por si só, justificaria o presente estudo que visa, basicamente, a analisar outros fundamentos que corroboram o acerto da decisão. Não se deve esquecer que, quando se trata de afastar a aplicação de dispositivo legal vigente e específico, como ocorreu no caso, o ônus argumentativo do intérprete é maior.

Como dito, estamos diante de uma decisão que afastou a aplicação de dispositivo que proíbe a antecipação de tutela em detrimento da Fazenda Pública,

[1] Para uma análise desses e outros cânones hermenêuticos quanto às normas constitucionais, bem como da metodologia jurídica referida neste trabalho, v. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique* (Tradução do alemão por Olivier Jouanjan). Paris: PUF, 1993. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

mesmo tendo sido este objeto de Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Na medida cautelar concedida na ADC04/97, o STF já havia suspendido, com efeitos *ex nunc* e vinculante, a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública que tivesse por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97, e também sustado, *ex nunc*, os efeitos futuros das decisões já proferidas nesse sentido (ADCMC-4, Rel. Min. Sydney Sanches, julgada em 11-02-1998)[2]. Esses aspectos demonstram que a questão é complexa e deve ser "destrinchada" em vários sentidos, passando pela garantia dos direitos fundamentais, pelo postulado da razoabilidade, pelas possibilidades de interpretação conforme à Constituição pelas instâncias judiciais inferiores e, inclusive, pelo redimensionamento dos efeitos *erga omnes* e vinculante das decisões em controle abstrato pela via da ADC, à luz das mais recentes teorias hermenêuticas.

II. A supremacia da Constituição e o direito fundamental à saúde:

Nos ordenamentos em que se adota o sistema constitucional adota-se também o chamado *Princípio da Supremacia da Constituição*, que garante à Constituição a posição hierárquica superior nas fontes normativas. A supremacia é mantida, basicamente, por dois mecanismos: (a) a *rigidez* da Constituição, característica que lhe garante não poder ser modificada por qualquer ato normativo inferior, e aí se podem incluir as leis ordinárias, complementares, medidas provisórias, etc., e, ainda (b) o *controle de constitucionalidade*, como meio para invalidar ou negar aplicação aos atos normativos inferiores à Constituição que sejam com ela incompatíveis, seja no que concerne à forma, seja ao conteúdo.

Essa supremacia faz-se necessária em razão da importância das matérias que as Constituições normalmente contêm: princípios estruturantes do Estado e das relações que se estabelecem entre este e a sociedade, limitações aos poderes estatais e direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da coletividade. Tratando-se de matérias importantes e abrangidas pelo signo da supremacia, tudo leva a crer que, na atividade dos operadores do Direito, essas normas devem merecer tratamento digno de normas superiores, especialmente no que diz com suas possibilidades de concretização efetiva.

Pois bem, o direito pleiteado pela parte é o direito à proteção da vida e da saúde. Esses direitos estão previstos nos arts. 5º, 6º e 196 da Constituição Federal. O primeiro dispositivo consagra o direto à proteção da vida como direito individual fundamental. O segundo consagra à proteção da saúde como direito social fundamental. Sendo direitos fundamentais, cabe inicialmente ressaltar que, consoante o § 1º do art. 5º da Constituição, têm aplicabilidade direta e vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas. Embora algumas normas de direitos fundamentais não apresentem, num primeiro momento, elementos suficientes para que eles possam ser direta e imediatamente satisfeitos, é fora de questão que este § 1º prescreve o dever de reconhecimento da máxima eficácia possível aos direitos fundamentais pelo intérprete.

[2] RTJ 169:383.

O direito à proteção da saúde é classificado pela doutrina como um direito social positivo, assim denominado em função de sua natureza prestacional: seu núcleo se expressa em prestações de cunho material que o Estado está obrigado a disponibilizar aos indivíduos. Sendo sua natureza prestacional, o efetivo atendimento desses direitos exige o dispêndio de recursos públicos, o que os coloca na dependência de estarem satisfeitas algumas condições. Entre elas está a efetiva delimitação do objeto dos referidos direitos, que passa pela dimensão que o legislador ordinário vai desejar conferir-lhes, por meio de lei regulamentadora.[3] No caso do Rio Grande do Sul, o legislador já garantiu, pelo menos às pessoas carentes, o direito à percepção de medicamentos excepcionais, a teor do art. 1º da Lei Estadual nº 9.908/93, mencionada no v. acórdão.

Trata-se, por assim dizer, de direito líquido e certo do requerente que comprovar a impossibilidade financeira de arcar com os custos dos medicamentos de uso freqüente e indispensável à conservação da vida. Se visto apenas por este ângulo, o caso não ofereceria maiores problemas. Mas como, no caso, pede-se medicamentos em caráter antecipado e o custo do tratamento pleiteado onera o Estado, incide na espécie a proibição da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

III. Razoabilidade, incidência e aplicabilidade:

A decisão em foco houve por bem lançar mão do chamado princípio da proporcionalidade para afastar o "caráter absoluto" da proibição e justificar "o sacrifício do interesse menos relevante". Nos termos propostos, o conflito a ser decidido se põe entre o direito à proteção da saúde e da vida da autora e os interesses patrimoniais da Fazenda Pública. Na ponderação entre eles, surge a necessidade de que sejam considerados elementos positivados pela Constituição como "fundamentos", caso da dignidade da pessoa (art. 1º, inc. III), bem como os direitos adjetivados pelo texto de "fundamentais", cuja efetivação consolida o direito à existência digna (arts. 5º e 6º, sem prejuízo de outros em face do disposto no § 2º do art. 5º). De outra sorte, os direitos patrimoniais do Estado não estão previstos como fundamentais na Constituição. Aliás, sequer são previstos como "direitos". Assim, a fundamentalidade do direito pleiteado, a supremacia da Constituição e a máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) já indicariam o caminho para que fosse o interesse patrimonial da Fazenda Pública considerado menos relevante e, por isso mesmo, sacrificado.

Mas há, aqui, um problema hermenêutico ainda mais interessante e que pode ser estendido a uma infinidade de casos considerados "complexos". O eminente Professor ARAKEN DE ASSIS salienta, em seu voto, que "nesta contigência, nenhuma hesitação é *razoável* ou admissível. Cabe ao órgão judiciário, tutelando o direito à vida e à saúde (art. 196 da CF/88), sacrificar o direito patrimonial contraposto. *Não se cuida de negar vigência àquelas normas legais*, que proíbem a antecipação, *mas interpretá-las à luz da Constituição*" (grifos nossos). Tem-se, bem se vê, uma situação em que as razões para a não-aplicação de uma

[3] Sobre o tema, v. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

norma (a salvaguarda do direito à saúde, cujo não-atendimento dar-se-ia em prejuízo da vida humana) são mais importantes do que as razões que justificariam a sua aplicação (não permitir a saída de recursos em caráter antecipado, ainda que possivelmente irreversível[4], do erário público).

Cabe aqui a referência ao postulado da razoabilidade, que se distingue do postulado da proporcionalidade[5], apesar de o Supremo Tribunal Federal utilizá-los indistintamente. Entre as diversas acepções atribuídas à razoabilidade, cumpre destacar aquela que dela extrai uma diretriz para que as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão.[6] A apreciação dessas condições tanto indicam ao intérprete a perspectiva sob a qual a norma deve ser aplicada, quanto em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral.[7]

---

[4] Atente-se para a circunstância de que os mesmos fundamentos afastariam o disposto no art. 273, § 2º, do CPC, que, diante do caso concreto, também teria sua aplicação inconstitucional. Não há como negar que também o CPC deve ser interpretado à luz da Constituição Federal. Está em confronto a irreversibilidade da tutela antecipadamente concedida (o numerário dispendido dificilmente voltará aos cofres públicos caso o Estado vença a ação) e a irreversibilidade do dano à saúde (a doença que afeta a autora é de natureza degenerativa e progressiva, depende do tratamento para ser contida). Conforme bem lembrou o Professor ARAKEN DE ASSIS, no voto proferido, a inadmissibilidade do provimento satisfatório na hipótese de irreversibilidade "constitui lastimável retrocesso aos requisitos positivos para a concessão da medida". Ora, o prejuízo irreversível pode ser causado tanto para a parte em detrimento de quem o provimento antecipatório tenha sido concedido, quanto para a parte requerente a quem tenha sido denegado. Parece, portanto, que a lógica está em admitir-se o sacrifício, ainda que irreversível, do direito menos relevante em benefício do direito mais relevante. E esta relevância deve ser apurada com recurso aos bens jurídicos e valores tutelados na Lei Maior que, no caso concreto, acenam para a preponderância dos direitos relativos à proteção da pessoa sobre as normas protetivas do patrimônio estatal. Embora não se deseje direcionar o tema para o campo processual, é interessante observar que, mesmo antes da redação dada ao art. 273 do CPC pela Lei nº 8.952/94, o sistema vigente já tolerava a antecipação dos efeitos da decisão de mérito e sem encontrar óbice no fator "irreversibilidade". Exemplos de tais hipóteses são os interditos possessórios, as liminares de alimentos provisionais, as liminares em ações constitucionais (mandado de segurança, *habeas corpus, habeas data*, ação popular, etc), a medida liminar concedida em ação civil pública (Lei nº 7.853/89, art. 12), e ainda algumas medidas provisionais do art. 888 do CPC, entre outras hipóteses.

À propósito do tema aqui tratado, deve-se destacar respeitável proposta de solução por LENIO STRECK (*Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função.* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 143 e ss): "De qualquer sorte, resta aos operadores do Direito - uma vez que, formalmente, em face da ADC n° 4, está vedada a concessão de tutela antecipatória contra o poder público - buscarem soluções no campo da hermenêutica jurídica. Desse modo, em face de um pedido de fornecimento de remédios para uma pessoa doente, com fulcro no art. 196 da Constituição Federal, poderá o juiz deferir o pedido, utilizando *seu poder cautelar,* que, *stricto sensu*, não se encontra abarcado pela proibição do art. 1° da Lei n° 9.494 e o conseqüente efeito vinculante da ADC n° 4." Esta solução, ainda que possível de ser sustentada, parece deixar margem para longas discussões processuais sobre a natureza das tutelas cautelar e antecipatória, discussões em que, muitas vezes, se perde o direito material pleiteado pela parte. E se afasta da solução, buscada também no campo da hermenêutica, proposta ao final deste trabalho.

[5] ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Artigo publicado na RDA 215:151-179, jan./mar. 1999, p. 174.

[6] *idem, ibidem.*

[7] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. Tese apresentada no II Congresso Brasileiro de Direito do Estado, realizado em Salvador-BA, abril de 2002.

Além disso, cumpre distinguir *incidência* de *aplicabilidade*. "Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas na sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses, as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada."[8] No caso em tela, as condições previstas na hipótese da norma se implementaram: verifica-se o fato de uma decisão judicial determinar a antecipação de tutela em detrimento da Fazenda Pública e a conseqüência normativa quanto a esta possibilidade fática é a proibição. Contudo a existência de outros princípios (dignidade da pessoa, direito fundamental à proteção da saúde, máxima efetividade dos direitos fundamentais), outras regras (art. 1º da Lei Estadual nº 9.908/93, também tutelando o direito fundamental à saúde e ao fornecimento de medicamentos) e, ainda, a urgência na satisfação do bem tutelado por esses princípios e regras (a demora implicaria prejuízo da vida humana) fornecem razões contrárias à regra de proibição da antecipação de tutela. Todas essas razões, se ponderadas à luz dos dispositivos da própria Constituição, e ainda das normas implicadas pela adoção de um sistema constitucional — supremacia da Constituição, unidade da Constituição, máxima efetividade da Constituição, normatividade da Constituição, etc.—, acenam para a não-aplicação da regra da proibição da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública *no caso concreto e individual*, o que não significa negar-lhe vigência para outros casos.

IV. O controle concreto com base na razoabilidade:

O que se observa, no presente caso, não é outra coisa senão o que se faz no controle concreto ou difuso de constitucionalidade, cuja realização é deferida a qualquer órgão judicial. Trata-se de negar a uma norma a aplicação que resultaria inconstitucional *em face do caso individual e concreto,* sem todavia tornar a norma inválida.

São necessárias algumas observações gerais sobre o controle judicial de constitucionalidade, que no Brasil é feito de duas formas: *concreta* e *abstrata*. O *controle concreto ou difuso* foi inspirado no direito norte-americano e a primeira forma a ser introduzida no sistema pátrio. Embora em geral não se dê a devida importância a este tipo de controle, é forma de controle da mais alta relevância. Senão vejamos.

O controle difuso está ao alcance de todos. É comum observar-se a queixa de que o constituinte não privilegiou o cidadão com a legitimidade para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade, diversamente do sistema alemão, no qual o cidadão conta com a possibilidade de utilizar a *Verfassungsbeschwerde.* Esta queixa, *data venia,* não leva em conta que qualquer cidadão, por meio de ação comum, pode suscitar o controle difuso nas situações em

[8] *Idem.*

que seus interesses sejam prejudicados pela incidência de norma supostamente inconstitucional.

Assim, quando suscita o controle difuso para a tutela de um caso concreto perante qualquer juízo ou Tribunal, a parte prejudicada pela incidência de uma norma que reputa inconstitucional utiliza essa incompatibilidade como argumento de defesa do direito alegado (daí também falar-se em *via de exceção*). Pede um bem jurídico ao juiz e este, para conceder ou negar o pedido, terá de analisar se a norma tem ou não aplicabilidade constitucional. Se entender constitucional, o juiz decide aplicando a norma. Se inconstitucional, o juiz afasta sua aplicação e julga o caso segundo outras normas disponíveis e cabíveis ao caso concreto, com efeitos somente para as partes. Aquele prejudicado pela decisão poderá recorrer ao STF mediante recurso extraordinário (art. 102, inc. III), quando então a discussão será julgada e "enterrada com pá de cal", com efeitos *inter partes* e *ex tunc*.

Por isso, esse controle também é chamado de incidental e concreto: ele incide sempre dentro da discussão judicial concreta, cujo objeto principal é um bem jurídico qualquer, cuja satisfação depende do pronunciamento sobre a constitucionalidade. Interessante notar que, embora o juiz afaste a aplicação da norma ao caso concreto, por entendê-la inconstitucional, a norma, no seu âmbito geral, em nada fica afetada, continua a viger e pode ser aplicada, inclusive pelo mesmo juiz, a outros casos concretos.

Não tarda a aparecer um problema relativo a esse controle: muitos poderão decidir pela constitucionalidade da norma, outros tantos pela sua inconstitucionalidade. Abala-se a segurança jurídica — igualmente desejada sob o ponto de vista constitucional (o art. 5º, *caput,* também abrange este sentido de segurança) — diante da incerteza quanto à aplicação da norma. Certamente, a solução a este problema é a principal razão de ser das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs — Lei nº 9.868/99, art. 14, inc. III), um dos meios para suscitar o controle abstrato perante o STF, cujo objetivo é a confirmação da constitucionalidade da norma. A discussão em sede de ADC tem por objeto a norma abstratamente considerada e, para a decisão aí proferida, são atribuídos os efeitos *erga omnes* e vinculante, consoante determina a Lei nº 9.868/99, art. 28, parágrafo único. Tais efeitos, num primeiro momento, parecem *dificultar* a possibilidade de controle concreto sobre a norma que tenha sido declarada constitucional mediante ADC. Registre-se que, de propósito, foi empregado o verbo "dificultar" em vez de "impossibilitar": a razoabilidade surge aqui como o meio adequado para o afastamento de uma norma cuja aplicação leve a um resultado não coerente e tampouco desejado do ponto de vista dos princípios, bens jurídicos e valores consagrados na Constituição. Esta é a principal justificativa que ampara o mérito da decisão para o caso que se está analisando.

A razoabilidade, já suficientemente reconhecida como norma constitucional na jurisprudência do STF, facilita em boa medida o controle difuso pelo juiz da causa. No caso presente, a razoabilidade permite identificar a violação, pela aplicação de norma infraconstitucional, a um bem jurídico tutelado em preceito constitucional. E a razoabilidade também auxilia nos casos em que se verifica uma tensão entre normas de igual hierarquia, por exemplo, entre dois bens tutelados na

própria Constituição, circunstância em que seria utilizado o critério da *ponderação*. A ponderação deve ser exercida tendo na máxima conta o postulado da unidade da Constituição. O processo em tela passa pela "identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie."[9] Deve-se observar também que, "como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição".[10]

A partir disso, conclui-se pela possibilidade de, mediante a razoabilidade, afastar-se a norma que, em determinado caso, se incompatibiliza com a Constituição. Um problema que resta inexplicado: isso é possível mesmo diante de norma declarada constitucional pelo STF, considerando os efeitos *erga omnes* e vinculante da decisão?

V. Uma releitura dos efeitos *erga omnes* e vinculante das decisões declaratórias de constitucionalidade, em controle abstrato, à luz do presente caso e da necessidade de concretização das normas jurídicas:

A Constituição, no art. 102, § 2º (para as ADCs), e igualmente a Lei nº 9.868/99 (para ADIns e ADCs), contêm a previsão dos efeitos *erga omnes* e vinculante para as decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal. Em decorrência do efeito *erga omnes*, a decisão proferida no controle abstrato alcança a todos os possíveis destinatários da norma. Trata-se de alcance subjetivo e abrange, naturalmente, também os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Já o efeito vinculante traduz-se, basicamente, pela obrigatoriedade de acatamento, pelos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, do entendimento do Supremo quanto à norma objeto da decisão. Noutras palavras: estão obrigados a aplicar a norma.

Assim vem entendendo a doutrina desde que o efeito vinculante foi introduzido no âmbito da jurisdição constitucional pela Emenda Constitucional nº 03/93. Muitos autores se manifestaram quando do surgimento do referido efeito, alguns inclusive pugnando pela sua inconstitucionalidade. MARCO AURÉLIO GRECO, por exemplo, declarou que "este efeito vinculante a meu ver extermina a função jurisdicional enquanto tal. Assim é, pois implica retirar de todos os demais órgãos do Poder Judiciário a aptidão para formar um convencimento diverso daquele contido na decisão de mérito proferida na ação declaratória ou direta. Ou seja, nenhum juiz ou tribunal poderá decidir contrariamente ao que decorrer do processo concentrado de interpretação e declaração de constitucionalidade."[11] A seu turno,

---

[9] BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Artigo publicado na RDA 225:5-37, p. 25.

[10] *Idem*, p. 27

[11] GRECO, Marco Aurélio. *Boletim Informativo do Instituto dos Advogados de São Paulo*, ano III, nº 8, p 7, *apud.* MARTINS, Ives Gandra da Silva e e GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. *Ação Declaratória de Constitucionalidade, in* MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 131.

IVES GANDRA MARTINS afirmou que o efeito vinculante da decisão declaratória de constitucionalidade "retira, dos demais órgãos do Judiciário e do próprio Supremo Tribunal Federal, a legitimidade ativa para deflagrar novo julgamento a respeito, impedindo que questões individuais sejam suscitadas ou subam à superior instância, pois estarão sumariamente decididas, sem o exaurimento do devido processo legal e sem o exercício da ampla defesa e do contraditório".[12] Registra LENIO STRECK que o próprio Ministro MARCO AURÉLIO MELLO, do STF, ao apreciar a constitucionalidade da EC nº 03/93, entendeu que "com a ação declaratória e o efeito vinculante, as lides em andamento são apanhadas e aí os desfechos respectivos decorrerão de simples e obrigatória observância do que decidido em processo diverso, sem dele terem participado os verdadeiramente interessados."[13] Tais observações incorrem em exagero, quando não mesmo em inadequação, como no que diz respeito ao extermínio da função jurisdicional e ao impedimento de que as questões individuais sejam suscitadas, eis que sumariamente decididas pelo Supremo. A "desmistificação" dessas conseqüências do efeito vinculante é precisamente o propósito deste trabalho.

Antes de mais, a introdução do efeito vinculante em nosso sistema de controle abstrato nem precisaria ser considerado uma grande novidade. O Ministro MOREIRA ALVES, em voto proferido na ADC n° 1, lembrou que "a eficácia contra todos ou *erga omnes* já significa que todos os juízes e tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, estão vinculados ao pronunciamento judicial".[14] Desde que a EC n° 03 foi julgada constitucional na parte que tocava à introdução da ADC e do efeito vinculante, as impressões acerca do efeito vinculante foram sendo amenizadas. Nesta mesma linha, TEORI ZAVASCKI pondera ser paradoxal imaginar-se

> "uma sentença com eficácia *erga omnes* que não seja de observância obrigatória por todos e notadamente pelos órgãos jurisdicionais e autoridades administrativas encarregadas de aplicar a lei. Seria decisão sem autoridade alguma, e a própria ação direta não passaria de mera consulta ao Supremo, que atuaria em domínio meramente formal. (...) Assim, a não ser que se queira transformar o controle concentrado em função jurisdicional inconseqüente e inútil na prática, é forçoso reconhecer que a força vinculante da decisão é institucional e se impõe pela razão bastante de se tratar de sentença com ilimitada eficácia subjetiva proferida pela mais alta Corte do País".[15]

---

[12] *Idem,* p. 128. Também citado em STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função.* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

[13] STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função.* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 142.

[14] ADC n° 1, Rel. Min. Moreira Alves, *in* RTJ 157:377.

[15] ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001, p. 53. Reforçando seu entendimento, relata uma passagem em que o Min. Cordeiro Guerra asseverou, na Reclamação n° 173, Rel. Min. Sydney Sanches (RTJ 169:383), que "as decisões do Supremo Tribunal Federal, que declaram a inconstitucionalidade de uma norma, não podem ser rediscutidas pelas instâncias inferiores, quaisquer que sejam os recursos processuais ou pretextos jurídicos que se use para desafiar a lição do Supremo Tribunal Federal. (...) Ou nós defendemos a autoridade dos nossos julgados ou perdemos a autoridade para pronunciá-los".

Importa consignar que se deve analisar o efeito vinculante em duas situações diversas: na primeira situação, quanto à declaração de inconstitucionalidade. Aqui o efeito vinculante subsiste pelos próprios fundamentos apontados por ZAVASCKI. Na segunda situação, a da declaração de constitucionalidade, o tratamento do efeito vinculante deve ser temperado *cum grano salis*. Se a norma foi declarada constitucional pelo STF no controle abstrato (e isso ocorrerá tanto na procedência das ADCs quanto na improcedência das ADIns, a teor do art. 24 da Lei nº 9.868/99), ficarão os órgãos judiciais "vinculados", face ao efeito vinculante, e terão de aplicar obrigatoriamente o dispositivo declarado constitucional. Será que é mesmo assim, ou o efeito vinculante deverá apenas justificar a possibilidade de interpor recurso de reclamação, no caso de apreciação diversa para o que ficou decidido pelo Supremo, devolvendo-lhe o conhecimento da matéria em razão de novos fundamentos?

A resposta para esta questão traduz a reflexão que aqui se intenta realizar, necessariamente provisória. E exige o entrecruzamento de alguns dados a respeito do controle abstrato de constitucionalidade e outros que concernem à teoria da interpretação das normas que, entre nós, vem sendo adotada por muitos autores. O controle abstrato é realizado sobre a "norma em tese" ou, como preferem alguns, sobre a norma abstratamente considerada. Trata-se, basicamente, da análise do significado preliminar da fonte infraconstitucional em confronto com o sentido preliminar dos dispositivos constitucionais. No controle abstrato não se faz considerações sobre casos concretos, e sequer as partes são consideradas "partes" no sentido processual ante a ausência de interesse próprio que venha a ser satisfeito pela decisão. Nesse sentido, fala-se nas ações constitucionais de controle como "processos objetivos". Tanto isso é assim, que é matéria pacificada na jurisprudência do Supremo a impossibilidade de conhecer-se da ADIn que exija o exame de questões de fato.[16]

Segundo a metodologia de concretização das normas constitucionais que na Alemanha foi difundida, especialmente, por FRIEDRICH MÜLLER e KONRAD HESSE[17], o *texto* da norma constitucional não pode ser compreendido fora do seu *contexto*. Inicialmente, cindiu-se a *norma* do *texto*, considerando-se o texto apenas o "primeiro elemento do processo de interpretação-concretização", não significando que o texto ou a letra da lei já contenha a decisão do problema a ser resolvido pela aplicação da norma.[18] Deve-se admitir, pois, que a interpretação de uma norma é um processo complexo que inclui: (a) a análise do conteúdo semântico do texto, ponto necessário de partida; (b) o reconhecimento de que a norma não se identifica com o texto ("o texto da norma é o 'sinal lingüístico'; a norma é o que se 'revela' ou 'designa'")[19]; e (c) a delimitação do *âmbito normativo*, com atenção aos

[16] Assim na ADIn 1.486-DF, Rel. Min. Moreira Alves (16-09-96), no informativo do STF nº 49, ADIn nº 1.672-DF, Rel. Min. José Néri da Silveira (26-02-98) no Informativo nº 100, bem como nas ADIns nº 1.419-DF (Informativo nº 28) e 1.292-MT (DJ de 15-9-95).

[17] Em Portugal, a concepção foi plenamente recepcionada e vem sendo difundida por J. J. GOMES CANOTILHO, na ob. cit., p. 1.140 e ss.

[18] CANOTILHO, ob. cit., p. 1.141. Ressalte-se que o autor refere-se sempre a este método como aplicável na concretização das normas constitucionais, mas não vemos óbice algum a que o método seja exigido por qualquer tipo de norma jurídica, especialmente aquelas de textura aberta.

[19] *idem*, p. 1.143

elementos relacionados com o problema a ser decidido. Importante estabelecer os conceitos de "programa normativo" e "âmbito normativo", muito empregados por CANOTILHO, baseado na obra de MÜLLER. Programa normativo "é o resultado de um processo parcial (inserido, por conseguinte, num processo global de concretização) assente fundamentalmente na *interpretação do texto* normativo. Daí que se tenha considerado o enunciado lingüístico na norma como ponto de partida do processo de concretização (dados lingüísticos)." Já o âmbito normativo "é o resultado de um segundo processo parcial de concretização assente sobretudo na análise dos elementos empíricos (dados reais, ou seja, dados da realidade recortados pela norma). Desta forma a norma jurídico-constitucional é um *modelo de ordenação orientado para uma concretização material*, constituído por uma medida de ordenação, expressa através de enunciados lingüísticos, e por um 'campo' de dados reais (factos jurídicos, factos materiais)". [20]

É de se destacar, ainda, o papel fundamental exercido no processo de decisão dos casos concretos pelo intérprete da norma, a quem CANOTILHO chama de "sujeito concretizante". Isso "porque são eles que, no fim do processo, colocam a norma em contato com a realidade. No específico plano da concretização normativo-constitucional, a mediação metódica da normatividade pelos sujeitos concretizadores assume uma das suas manifestações mais relevantes." [21]

Bem, para o propósito aqui estabelecido, parte-se do pressuposto de que este entendimento está correto. Há que averiguar, portanto, a extensão da interpretação de que se fala quando, no controle abstrato de constitucionalidade, analisa-se uma norma. Sabe-se que aqui, necessariamente, elementos da realidade e dos casos concretos não interessam. Logo, o processo descrito por CANOTILHO é realizado apenas em parte. A outra parte ficará ao encargo do juiz da causa que receber um caso concreto sobre o qual incide a norma, no momento de sua decisão.

É precisamente aqui que entra a relevância do acórdão que neste momento se analisa. Esta obrigatoriedade decorrente do efeito vinculante foi legal e **legitimamente** "driblada" porque, a partir dos elementos daquele caso concreto, a norma que fora abstratamente declarada constitucional, teria sua aplicação concreta inconstitucional. Deve-se lembrar que a declaração de constitucionalidade equivale, apenas, a um atestado de que a norma está apta a *incidir*, porém, se ela deve ser *aplicada* ou não, caberá ao juiz da causa determinar. Não há falar, neste caso, em efeito vinculante no sentido de obrigatoriedade da aplicação da norma, pois os elementos necessários para a sua adequada interpretação somente são integrados a partir da junção entre a norma e a realidade. O que certamente entrará em evidência é o dever de fundamentação desta decisão, que deverá apresentar-se inequivocamente lastreada no sistema jurídico e, sobretudo, intersubjetivamente sindicável. Esta, portanto, a única "dificuldade" causada pelo efeito vinculante ao controle difuso.

Se a Fazenda Pública, irresignada com a decisão que, de fato, nessas condições, deixou de aplicar norma declarada constitucional pelo Supremo, decide

---

[20] *idem,* p. 1.141-1.142. V. à propósito: MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. (Tradução do alemão por Olivier Jouanjan). Paris: PUF, 1993, pp. 106, 145, 168 e ss.

[21] *idem*, p. 1.147.

interpor a Reclamação perante o Supremo, a matéria poderá e deverá ser reapreciada, sob novos fundamentos, já que as circunstâncias daquele caso não foram analisadas no controle abstrato. Sobre o tema, posicionou-se GILMAR MENDES:

> "em verdade, há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial a própria metodologia jurídica. É verdade que, às vezes, uma leitura do modelo hermenêutico clássico manifesta-se de forma radical, sugerindo que o controle de normas há de se fazer com o simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior.(...) Restou demonstrado então (na Alemanha) que até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional."[22]

Admite, assim, o ilustrado autor, que a consideração de dados fáticos deve ser possível, mesmo no controle abstrato. E, noutra ocasião, concluiu pela inadmissibilidade de reapreciação de norma anteriormente declarada constitucional, *desde que*

> "ressalvadas as hipóteses de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes. Também entre nós se reconhece, tal como ensinado por Liebman com arrimo em Savigny, que as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que as alterações posteriores que modifiquem a situação normativa, bem como eventual mudança da orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (*inconstitucionalidade superveniente*). Daí parecer-nos plenamente legítimo que se argúa, perante o Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de norma anteriormente declarada constitucional em ação direta de constitucionalidade."[23]

Parece, assim, que o precedente do controle abstrato sequer deveria vincular o próprio Supremo que, por meio de recurso extraordinário ou reclamação poderá apreciar a matéria em face do caso concreto e específico, tomando em consideração novos fundamentos. E desta feita poderá apreciar a questão por completo, interpretando a norma de modo a permitir que sua normatividade se comunique com a faticidade em questão.

---

[22] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 465-467.

[23] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 294-295.

Quanto às instâncias inferiores de jurisdição, portanto, o efeito vinculante deve ser relativizado no caso de declaração de constitucionalidade em abstrato. Isso porque observa-se que, no controle abstrato, o processo de interpretação da norma dá-se apenas pela metade. A integralidade do sentido da norma só poderá ser aferida nas situações concretas, de modo que ao juiz da causa, *controlador difuso*, deve ser possível finalizar o processo de interpretação, tendo em conta os elementos presentes no caso concreto e a possibilidade de cotejá-lo com todos os princípios, bens e valores disponíveis no sistema constitucional. Parece ser esta a solução mais acertada e coerente com o disposto no art. 5°, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal, bem como uma forma de assegurar, de forma incondicional, a sua supremacia.

VI. Conclusão:

O controle concreto ou difuso de constitucionalidade, elemento fundamental de nossa tradição republicana, não foi suprimido e sequer inibido pela introdução do efeito vinculante para as decisões declaratórias de constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

O significado da declaração de constitucionalidade é apenas o de que a norma integra validamente o ordenamento jurídico e está apta a incidir. A este reconhecimento é que estão as instâncias inferiores obrigadas. Contudo incidência não se confunde com aplicação. É que, conforme pretendeu-se demonstrar, obrigatoriedade de reconhecimento de validade não se identifica com obrigação de aplicação ao caso concreto. E a aplicação das normas aos casos concretos possibilita, sempre, o controle judicial difuso.

Como visto, os casos concretos não foram decididos em sede de controle abstrato. E, pressupondo que esses casos desempenham um papel na determinação do sentido da norma, o juízo que deles toma conhecimento é o órgão adequado para decidir sobre a constitucionalidade de sua aplicação.

Na verdade, o que se deseja fazer mediante este estudo é, antes de mais, uma provocação: a maior conclusão é a de que há, ainda, muito o que se esclarecer no que diz respeito aos efeitos das decisões no controle abstrato de constitucionalidade. ...Outra coisa a fazer, que seria retroceder-se nos incontestáveis avanços que as teorias hermenêuticas têm possibilitado ao mundo jurídico, não parece o caminho mais adequado diante da necessidade de preservação e efetivação dos direitos fundamentais.

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado
Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. RAZOABILIDADE, PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: Uma análise problemática sobre o efeito vinculante e o controle concreto de constitucionalidade no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 30, abril/maio/junho de 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-30-ABRIL-2012-ANA-PAULA-AVILA.pdf>.

Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: