Bruna Romano Pretzel

O INTERESSE PÚBLICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

legitimidade e governabilidade na suspensão de decisões judiciais

Dissertação de mestrado

Orientador: Prof. Dr. Jean-Paul Cabral Veiga da Rocha

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2014

Bruna Romano Pretzel

O INTERESSE PÚBLICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

legitimidade e governabilidade na suspensão de decisões judiciais

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito à obtenção do título de Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Jean-Paul Cabral Veiga da Rocha.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2014

Banca examinadora:

_____

_____

_____

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS 7
INTRODUÇÃO 8
I. A JUDICIALIZAÇÃO ENTRE AFIRMAÇÃO DE DIREITOS E INSTRUMENTO DE GOVERNO 9
II. SUSPENSÃO DE DECISÕES JUDICIAIS, INTERESSE PÚBLICO, GOVERNABILIDADE E LEGITIMIDADE 18
Medidas de contenção dos efeitos das decisões judiciais no Brasil: um esboço de histórico 18
A criação do mandado de segurança e a Lei 191 de 1936 19
A legislação do Estado Novo 21
O período populista 22
A Lei 4.348 de 1964 23
A Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347 de 1985) 25
A Medida Provisória 173 de 1990 e a Lei 8.437 de 1992 26
A Lei 9.494 de 1997 28
A Lei 12.016 de 2009 28
Síntese do histórico legislativo 29
Contenção judicial e materialização do direito 30
Interesse público e suspensão de decisões judiciais 31
A suspensão de decisões judiciais no Supremo Tribunal Federal: objetivo da pesquisa 34
III. SELEÇÃO DE CASOS PARA ANÁLISE QUALITATIVA 36
IV. CASO PLANO COLLOR I 39
O pedido de suspensão do Banco Central 39
A decisão monocrática do Ministro Sydney Sanches 42
O agravo regimental dos impetrantes 42
A decisão do Tribunal Pleno sobre o agravo regimental 44
Análise 44
V. CASO RAPOSA/SERRA DO SOL (O INÍCIO) 47
O pedido de suspensão do Ministério Público Federal 50
A decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie 52
O agravo regimental do Ministério Público Federal 54

A petição dos autores da ação popular e o despacho do Ministro Sepúlveda Pertence ... 55
A decisão do Tribunal Pleno sobre o agravo regimental ... 55
Análise ... 56
VI. CASO DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS ... 59
O pedido de suspensão da União ... 61
A decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie ... 64
O agravo regimental do Instituto BS Colway Social ... 64
A decisão do Tribunal Pleno sobre o agravo regimental ... 67
Voto da Ministra Ellen Gracie ... 67
Votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau ... 69
Voto do Ministro Marco Aurélio ... 69
Análise ... 70
VII. CASO ENEM *VERSUS* DIA DE GUARDA JUDAICO ... 74
O pedido de suspensão da União ... 74
A decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes ... 77
O agravo regimental do CERJ e estudantes ... 79
A decisão do Tribunal Pleno sobre o agravo regimental ... 81
Voto do Ministro Gilmar Mendes ... 81
Voto do Ministro Ayres Britto ... 82
Voto do Ministro Marco Aurélio ... 83
Análise ... 84
VIII. CASO DA GRATUIDADE DE TRANSPORTE INTERESTADUAL PARA IDOSOS ... 87
O pedido de suspensão da ANTT ... 88
A decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes ... 90
O agravo regimental da ABRATI ... 91
A intervenção da União ... 93
A decisão do Tribunal Pleno sobre o agravo regimental ... 95
Voto do Ministro Gilmar Mendes ... 95
Voto do Ministro Marco Aurélio ... 96
Análise ... 96
IX. CASO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO EXCEPCIONAL ... 99
O pedido de suspensão da União ... 101
A decisão monocrática no âmbito do STJ ... 102

A decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes 103
O agravo regimental da União 106
A decisão do Tribunal Pleno 107
Voto do Ministro Gilmar Mendes 108
Voto do Ministro Celso de Mello 110
Análise 112
X. CASO DA CONCESSÃO DE RODOVIAS NO ESTADO DO PARANÁ 115
O pedido de suspensão da Econorte 117
A decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes 120
O agravo regimental do Estado do Paraná 121
Análise 124
XI. CONSIDERAÇÕES FINAIS 128

AGRADECIMENTOS

A meu orientador, Prof. Dr. Jean-Paul Veiga da Rocha, pelas críticas e sugestões sempre construtivas e rigorosas.

Aos colegas da pós-graduação da Faculdade de Direito da USP com quem cursei a disciplina "Pesquisa em Direito", bem como aos professores Virgílio Afonso da Silva e Diogo Coutinho, pela avaliação crítica do meu projeto de pesquisa e pelas valiosas sugestões.

Aos colegas da DIREITO GV, tanto pelas lições acadêmicas quanto pelas lições de vida.

À Profª Ana Cristina Braga Martes e aos bolsistas do PET, que também fizeram contribuições indispensáveis ao meu projeto durante o seminário de métodos de pesquisa qualitativa realizado em 2013.

Ao Alessandro, pelos abraços reais e metafóricos.

A meus pais, pela paciência e por me ensinarem a ver a vida sempre com leveza.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é realizar um estudo exploratório a respeito de um assunto pouco abordado nas pesquisas empíricas sobre o Supremo Tribunal Federal (STF): a suspensão dos efeitos de decisões de instâncias inferiores, comumente chamada de suspensão de segurança, de liminar ou de tutela antecipada. O estudo consiste principalmente na análise do conteúdo de alguns processos judiciais que se inserem nessas categorias, com o objetivo de identificar possíveis variações no modo de construção das decisões pelos ministros do STF.

No capítulo I, procuro inserir o trabalho no contexto das linhas de pesquisa sobre a judicialização da política do STF, para explicar sobretudo de que modo ele se diferencia e também em que medida se aproxima dessas linhas.

No capítulo II, apresento um esboço de histórico legislativo da suspensão de decisões judiciais, relacionando esse histórico com o quadro teórico que será utilizado para a análise qualitativa de casos.

No capítulo III, explico os critérios de seleção dos casos a serem estudados.

Os capítulos seguintes consistem na narrativa e na análise propriamente dita dos casos selecionados. Ao final, procuro apresentar de forma sintética os resultados gerais as pesquisa.

I. A JUDICIALIZAÇÃO ENTRE AFIRMAÇÃO DE DIREITOS E INSTRUMENTO DE GOVERNO

A partir do final da década de 1980 e do início da década de 1990, multiplicaram-se os estudos sobre as instituições de justiça no Brasil. A consolidação dessa área temática, tanto entre os juristas quanto entre os cientistas sociais, teve como força propulsora o processo de redemocratização do país, assim como a necessidade de compreensão dos novos papéis que as instituições e os atores pertencentes ou ligados ao sistema de justiça – juízes e tribunais, Ministério Público, Defensoria Pública, advogados, procuradorias e polícias – poderiam assumir a partir das mudanças instituídas pela Constituição de 1988 (SADEK, 2002).

Essa constatação não significa que o sistema de justiça ou, mais especificamente, o Poder Judiciário não tivesse anteriormente sido alvo de preocupação e investigação no Brasil. Contudo, como explica Sadek (2002), a construção da identidade das instituições – novas e antigas – no pós-1988 foi uma exigência que, assim como o crescente reconhecimento da intersecção entre Direito e Ciências Sociais por pesquisadores de ambas as áreas, acelerou a expansão desse campo de estudos.

Da mesma forma, a reafirmação do Judiciário como poder independente na atual Constituição, em contraste à concentração de poder no Executivo durante o regime militar, deu maior visibilidade às instituições do sistema de justiça[1]. É possível apontar, ainda, a criação dos juizados especiais em 1984 e a judicialização dos conflitos coletivos, especialmente através da ação civil pública, criada pela Lei 7.347/1985 (SADEK, 2002, 2011; LOPES, 2006), como fatores que reconfiguraram o papel do Judiciário na

[1] É oportuno lembrar que o conhecido trabalho de Lêda Boechat Rodrigues, *História do Supremo Tribunal Federal*, já expressava preocupação quanto ao autoritarismo do regime no momento de publicação do primeiro tomo da obra, em 1965, antes mesmo que fossem realizados ataques diretos à independência do Judiciário. Na verdade, esse primeiro volume, que trata da defesa das liberdades civis pelo STF de 1891 a 1898, teve a publicação adiantada, segundo a autora, em razão da atualidade do tema. Nas palavras de Rodrigues (1991, pp. 5-6): "Desde 1958 venho colhendo material para uma História do Supremo Tribunal Federal. Muito tempo ainda se passará, porém, antes que eu consiga terminar a primeira parte, planejada até 1930. Composta a narrativa da fase que vai de 1891 a 1898, notei ser de tanta atualidade a temática tratada pelo Tribunal de então – deposição de governadores, prisões de parlamentares, aposentadoria de juízes, reformas forçadas de militares, demissões de professores, discussão da competência do foro comum ou do foro militar –, que me animei a publicar, antecipadamente, este primeiro volume." De fato, em 1968, o AI-5 formalizou a possibilidade de que o Presidente da República aposentasse, demitisse e cassasse pessoas investidas de cargos vitalícios, previsão que culminou na aposentadoria compulsória, em 1969, de três ministros do STF (Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal).

democracia brasileira e provavelmente contribuíram para a proliferação de pesquisas que buscassem examinar esse papel.

No período que abrange desde a década de 1990 até os dias atuais, é possível identificar, sem pretensão de exaustividade, algumas linhas predominantes nos estudos empíricos dedicados ao sistema de justiça brasileiro. Os levantamentos realizados por Sadek (2002) e Ribeiro e Oliveira (2012) apontam dois temas recorrentes: o exame do chamado papel político das instituições de justiça, tema frequentemente referido como *judicialização da política*, e o enfoque na prestação do serviço aos jurisdicionados, sintetizado na expressão *acesso à justiça*. O primeiro tema tende a ser abordado através do estudo dos tribunais superiores (particularmente o Supremo Tribunal Federal), em razão das peculiares competências reservadas a essas cortes, enquanto o segundo concentra estudos sobre as instâncias inferiores[2], em virtude de sua proximidade com a maioria dos destinatários da prestação jurisdicional.

Uma vez que este trabalho tem como objetivo examinar alguns aspectos da atuação do Supremo Tribunal Federal, é necessário explicar de que maneira ele se relaciona com determinados estudos realizados até o momento sobre a corte. Talvez não sejam unânimes todos os motivos pelos quais o STF despertou o interesse de um crescente número de juristas e cientistas sociais nas últimas décadas. Um motivo, no entanto, parece ser incontroverso e consiste na importância das duas principais funções desempenhadas pelo STF: decidir na qualidade de última instância do Poder Judiciário e exercer o controle abstrato da constitucionalidade das leis[3]. Como reflexo dessa importância, vieram à tona cada vez mais iniciativas de estudo sistemático da jurisprudência do STF, com o objetivo não apenas de destacar a relevância de julgamentos isolados sobre determinado tema, mas principalmente de melhor compreender a atuação da corte dentro do cenário político-institucional brasileiro.

---

[2] Um bom exemplo é a obra organizada por Sadek (2001), que reúne trabalhos sobre Juizados Especiais, assistência jurídica e canais alternativos para proteção de direitos. Vianna et al. (1999) também abordam o tema do acesso à justiça através do estudo dos Juizados Especiais, utilizando a expressão *judicialização das relações sociais* para referir-se a essa "crescente invasão do direito na organização da vida social" (VIANNA et al., 1999, p. 149).

[3] Utilizo a expressão "controle abstrato de constitucionalidade" para referir-me ao exame, pelo Supremo Tribunal Federal, de processos que buscam contestar ou afirmar a constitucionalidade de leis e outros atos normativos em abstrato, ou seja, independentemente de sua aplicação a um caso concreto discutido em juízo. As ações de controle abstrato atualmente previstas no direito brasileiro são a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). A categoria que se contrapõe ao controle abstrato é o controle incidental de constitucionalidade, exercido no âmbito de um processo comum, em que se analisa a aplicabilidade da lei a um caso concreto.

Como ressaltado acima, boa parte das pesquisas que assumiram esse objetivo foram conduzidas em torno do conceito de *judicialização da política*. Conforme argumentam os estudos que seguem essa linha (aos quais me refiro mais adiante), o STF estaria inserido numa tendência global de expansão do poder judicial, registrada pioneiramente no volume organizado por Tate e Vallinder (1995). São frequentes as referências ao conceito de judicialização da política formulado por Vallinder (1995), conceito esse que, segundo o autor, normalmente veicula dois sentidos: primeiro, um processo de transferência parcial da esfera decisória dos legisladores e administradores para juízes e cortes; e segundo, a adoção de métodos e procedimentos de decisão próprios às instituições judiciais por outros tipos de instituição. Em linhas gerais, o autor afirma que o processo pode ser entendido como a priorização da *proteção* de direitos dos cidadãos, uma tarefa por definição contramajoritária e tradicionalmente destinada às cortes, em detrimento da *criação* de direitos e obrigações através da ponderação de valores conflitantes, buscando-se a "solução politicamente possível" de acordo com o princípio majoritário, características tipicamente associadas à atividade parlamentar.

Uma das diversas condições favorecedoras desse processo, como sustenta Tate (1995), seria o uso dos tribunais pelos grupos politicamente minoritários, visando a contornar e superar suas derrotas na arena parlamentar[4]. Uma estratégia possível de tais grupos seria buscar apoio no poder judicial de examinar a constitucionalidade das leis para, empregando a gramática jurídico-constitucional, impugnar e anular os diplomas normativos contrários a seus interesses. É importante destacar, que na visão do autor, outros meios processuais também podem ser de utilidade semelhante para as minorias políticas em suas tentativas de bloqueio das ações governamentais[5].

Para Tate (1995), que adota uma concepção de judicialização que parece ser mais estrita que a de Vallinder, o processo não se esgota na mera possibilidade do *judicial*

---

[4] Na visão do autor, são necessárias ainda uma série de outras condições para facilitar o processo de judicialização: um regime democrático e um modelo institucional caracterizado pela separação de poderes são antecedentes lógicos do uso dos tribunais pelas minorias políticas. Além disso, também contribuiriam para a judicialização a existência de uma "política de direitos" (porventura, mas não necessariamente, na forma de uma carta constitucional de direitos); o uso dos tribunais por grupos de interesse (cuja agenda pode não coincidir com a concretização de direitos já reconhecidos, mas abranger interesses mais amplos); a ineficiência das instituições parlamentares; a ineficiência das instituições formuladoras de políticas públicas; e a delegação de poder às instâncias judiciais por parte das instituições parlamentares (TATE, 1995).

[5] Assim argumenta Tate (1995, p. 31), fazendo uma ressalva à observação de que a competência de controle abstrato de constitucionalidade do Conselho Constitucional francês favoreceu a judicialização da política no país: "*But it seems likely that the experience of many other nations will document that political oppositions frequently judicialize politics by attempting to use the courts to harass and obstruct governments, regardless of whether those courts have the especially useful tool of abstract review.*"

review nem no uso político dos tribunais por partidos ou grupos de interesse. Ele exige uma predisposição pessoal dos magistrados a participar da formulação de políticas quando esta tarefa esteja tradicionalmente reservada à discricionariedade de legisladores e administradores. Pressupõe, ainda, que os juízes estejam dispostos a *substituir* as escolhas feitas no âmbito de outras instituições por suas próprias escolhas políticas – isto é o que o autor chama de uma orientação judicial ativista.

Na esteira das análises de Tate e Vallinder, pesquisadores brasileiros interessados em examinar o fenômeno da expansão do poder judicial voltaram suas atenções primeiramente para o controle de constitucionalidade das leis. Enfoque especial foi dado ao STF e à competência da corte de realizar o controle abstrato de constitucionalidade. Destaca-se, nessa linha, o trabalho de Arantes (1997), que enxerga uma conexão entre a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil e a "evolução de um dos dilemas básicos de nossa história política republicana: a construção do Estado mediante o equacionamento da tensão relação entre o poder central e particularidades regionais e econômico-sociais" (ARANTES, 1997, p. 67). De acordo com esse argumento, o modelo difuso de controle de constitucionalidade representa um fator de instabilidade do ponto de vista do Poder Executivo federal, uma vez que possibilita a contestação, com base em normas constitucionais, de políticas por meio de múltiplas ações e decisões dispersas por todo o país.

A partir da constatação de que, no Brasil, foi constituído um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, que pode ser exercido sobre lei em abstrato pelo tribunal especializado ou de maneira incidental a um processo comum por qualquer tribunal ou juiz, Arantes (1997) adota a hipótese de que a crescente concentração desse poder de controle no STF possui relação com a tendência histórica de centralização do poder no governo federal, independentemente de seu caráter autoritário ou democrático. Isto porque decisões únicas e com caráter *erga omnes* sobre determinada questão constitucional mitigam a incerteza que caracteriza o modelo difuso.

Nesse sentido, o autor analisa a discussão das medidas provisórias do governo Collor pelo STF para mostrar "como o sistema híbrido de controle constitucional é um fator condicionante fundamental na execução de planos de governo" (ARANTES, 1997, p. 197). Portanto, a judicialização da política seria, de acordo com o autor, uma decorrência

direta do modelo institucional adotado no Brasil, em especial da atribuição, ao Judiciário, de poder de veto às decisões dos outros poderes.

Iniciou-se também na década de 1990 uma linha de pesquisas de caráter mais quantitativo, com a finalidade de obter retratos abrangentes de dois aspectos do controle de constitucionalidade pelo STF: o perfil dos requerentes das ações e os tipos de resposta (ou não-resposta) do tribunal a essas demandas. Não pretendo aqui tratar exaustivamente dos trabalhos que possam ser considerados como pertinentes ao tema, uma vez que são certamente numerosos, mas apenas apresentar algumas obras exemplares de modo a ilustrar diferentes abordagens.

Castro (1993) realizou um estudo sobre as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) propostas por partidos políticos de 1988 a 1992, verificando que, apesar de o número de ações crescer a cada ano, poucas tinham sido objeto de decisão de mérito, o que indicaria baixa disposição do tribunal de promover uma "interação institucional" com o Legislativo.

O mesmo autor analisou as ementas de acórdãos do STF publicados no primeiro semestre de 1994, proferidos em todos os tipos de processos, ou seja, não só em controle abstrato de constitucionalidade (CASTRO, 1997). Os acórdãos foram classificados por matéria e pela natureza do conflito de interesse, considerando as partes envolvidas: entre interesses públicos e privados (por exemplo, tendo a União como recorrente contra um particular), entre interesses privados e públicos, e outros tipos de conflito. A conclusão de Castro é que o STF, no período considerado, decidiu predominantemente a favor dos particulares em matéria tributária, mas, por outro lado, tendeu a favorecer o poder público em todos os outros tipos de processo. Assim, segundo o autor, o tribunal não vinha desenvolvendo uma tendência consistente de proteção a direitos individuais.

A menção aos dois trabalhos de Castro (1993, 1997) serve para mostrar que, adotando-se uma concepção estrita de judicialização como a de Tate (1995), as respostas que o STF dá aos jurisdicionados nem sempre assumem um caráter "ativista" ou "político", no sentido de representar obstáculo à efetivação de políticas públicas. Não obstante, outros trabalhos ressaltam a perspectiva das partes demandantes ao STF para afirmar que o uso de instrumentos de controle de constitucionalidade, especialmente das ações diretas de inconstitucionalidade, é em si relevante para a judicialização da política. É o que

defendem, por exemplo, Vianna et al. (1999), Vieira (2002)[6] e Cittadino (2003)[7], para quem a ampliação, a partir da Constituição de 1988, do rol de entidades legitimadas a propor ações de controle abstrato acelerou o processo de transformação do STF numa "arena de solução de conflitos políticos"[8]. Tais autores enxergam, em suma, a ampliação da comunidade de intérpretes da Constituição como condicionante da judicialização da política, de modo que o efetivo acionamento do STF por essas entidades seria elemento intrínseco do processo de judicialização.

A obra de Vianna et al. (1999) apresenta uma pesquisa que, em conjunto com a atualização realizada oito anos depois (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007), compreende as ADIs ajuizadas de 1988 a 2005. Os dois trabalhos compartilham a visão de que o acionamento do STF pelos intérpretes da Constituição acarreta por si só um "efeito judicializador", por envolver o controle judicial de constitucionalidade na produção normativa e induzir o STF à assunção de novos papéis.

O primeiro achado de especial relevância da pesquisa, interpretado pelos autores como "indicador clássico do processo de judicialização da política" (VIANNA et al., 1999, p. 96), é a tendência de uso das ADIs pelos partidos políticos de oposição. Foi observada a predominância de ações ajuizadas por partidos de esquerda durante o governo Fernando Henrique Cardoso e a diminuição do uso desse instrumento pelos mesmos partidos durante o governo Lula[9], "confirmando as hipóteses de Tate e Vallinder sobre a judicialização da política como um recurso das minorias contra as maiorias parlamentares" (VIANNA et al., 1999, p. 51). Cabe reiterar que, como também notam Ribeiro e Oliveira (2012), há uma diferença entre a perspectiva de Vianna e colaboradores e aquela veiculada na obra de Tate e Vallinder sobre o que configura o processo de judicialização: especialmente para Tate (1995), a defesa das minorias parlamentares pela via judicial seria condição facilitadora e

---

[6] "Embora o Supremo Tribunal Federal sempre tenha tido uma posição de destaque em nossa história constitucional, onde problemas relativos à melhor forma de interpretar a Constituição também se faziam presentes, foi apenas a partir da ampliação dos agentes legitimados a acessar diretamente o Supremo Tribunal Federal, somada à extensão da constitucionalização de nossa vida política, decorrente do texto de 1988, que o Supremo adquiriu uma função de tamanha relevância em nossa democracia constitucional." (VIEIRA, 2002, p. 228)

[7] "O processo de 'judicialização da política' pode ser desvinculado de concepções valorativas de uma comunidade ética para referir-se ao processo por meio do qual uma comunidade de intérpretes, pela via de um amplo processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na Constituição." (CITTADINO, 2003, p. 39)

[8] A expressão é de Arantes (1997, p. 206), que parece adotar a mesma visão.

[9] Nas palavras de Vianna, Burgos e Salles (2007, p. 43): "o instrumento da Adin se mostrará altamente sensível às mudanças nas políticas de governo: a esquerda, que recorria a ele com muita frequência no período FHC, diminui significativamente o seu uso; em especial o Partido dos Trabalhadores, um antigo campeão – como era de se esperar –, não elaborará nenhuma Adin contra normas federais no governo Lula."

não propriamente constitutiva da judicialização, que exigiria ademais uma postura ativista dos juízes[10].

Em sentido ligeiramente distinto das conclusões de Vianna e colaboradores nos dois trabalhos acima referidos, Taylor e Da Ros (2008) propuseram a diferenciação entre três padrões de judicialização da política no uso do controle abstrato de constitucionalidade por partidos políticos: a judicialização como tática de oposição[11]; a judicialização como arbitragem de interesses em conflito[12]; e a judicialização como instrumento de governo. Os autores, referindo-se aos dois períodos históricos que foram objeto da pesquisa, afirmam que este último uso político das ADIs pelos partidos passou a ser perceptível apenas a partir do governo Lula, sendo praticamente inexistente durante o governo Fernando Henrique Cardoso.

Na judicialização como instrumento de governo, busca-se o órgão de cúpula do Judiciário "para que esta implemente ou se pronuncie de forma favorável a políticas públicas de interesse do próprio governo", de modo a "superar situações de paralisia decisória ou de impasse legislativo" ou anular leis "que os integrantes da administração governista busquem retirar do ordenamento jurídico" (TAYLOR; DA ROS, 2008, p. 842). Como ressaltam os autores, esse uso político dos tribunais também pode ocorrer quando o governo procura declarar oposição a medidas tomadas por casas legislativas ou tribunais, em especial medidas de aumento dos próprios salários ou de gastos com pessoal.

A partir das obras acima citadas, é possível concluir que o conceito de judicialização pode referir-se a diferentes processos e resultados: ora se trata da busca pelo reconhecimento ou efetivação de direitos, ora da implementação de políticas públicas, ora do ativismo judiciário em resposta a esses diversos tipos de demanda. Contudo, como já mencionado acima, a maioria das pesquisas sobre judicialização, ao abordar a atuação

---

[10] Vianna, Burgos e Salles (2007, p. 41) rejeitam explicitamente essa ideia, afirmando que "a importância inédita adquirida pelos juízes, na política e na sociedade, não pode ser explicada por um suposto ativismo no desempenho dos seus papéis institucionais". Essa importância decorreria, ao contrário, de uma expansão das competências formais dos juízes como resultado de decisões políticas – algo que Tate (1995) também enxerga como condição facilitadora, embora não suficiente, da judicialização da política.

[11] A judicialização como tática de oposição tem o objetivo de "declarar oposição ou desmerecer políticas públicas adotadas pelo governo", ou, em termos genéricos, "impor uma derrota ao adversário" (TAYLOR; DA ROS, 2008, p. 840).

[12] A judicialização como arbitragem de interesses em conflito consiste na contestação judicial de leis que "modifiquem procedimentos e atinjam diretamente interesses de grupos e setores específicos, prejudicando alguns e beneficiando outros. (…) A judicialização, nesse caso, não pretende desmerecer a política pública adotada, mas sim alcançar regras procedimentais que beneficiem um determinado ator ou um conjunto deles." (TAYLOR; DA ROS, 2008, p. 840)

recente do Supremo Tribunal Federal, focam em primeiro lugar as demandas e julgados relativos ao controle abstrato de constitucionalidade; em segundo lugar, a coleta de dados referentes ao perfil dos demandantes e ao resultado dos julgamentos.

Devo ressaltar que há importantes pesquisas que se debruçam sobre outros tipos de processos ajuizados no STF, assim como sobre as razões das decisões para além do resultado. A maioria dessas pesquisas tende, no entanto, a assumir a tarefa de identificar *tendências jurisprudenciais* (isto é, em que sentido o tribunal decidiu sobre determinado assunto e por quê)[13].

Sem perder de vista as interpretações dos autores que vêm examinando as várias facetas do papel político do Supremo Tribunal Federal, este trabalho adota outro foco de pesquisa de decisões judiciais: a identificação de *modos de construção das decisões* do STF[14] em um tipo específico de processo não destinado (em tese) ao controle de constitucionalidade, qual seja, a suspensão dos efeitos das decisões de instâncias judiciárias inferiores.

A escolha deve-se a uma peculiaridade desse tipo de processo. Por um lado, as ações de controle de constitucionalidade – seja abstrato, seja incidental – conferem ao STF a função contramajoritária de verificar a compatibilidade de atos normativos com a Constituição, limitando tanto quanto possível as esferas de decisão política. Por outro lado, a suspensão atribui ao tribunal a tarefa de examinar em que medida as decisões de órgãos judiciais inferiores são compatíveis com o *interesse público*, mediante a provocação de um órgão da administração pública.

Trata-se da delegação de uma esfera decisória ao tribunal – uma das condições favorecedoras da judicialização, no entender de Tate (1995) – que tem o potencial de promover a contenção do ativismo das instâncias inferiores, ou, em outras palavras, a judicialização como instrumento de governo (TAYLOR; DA ROS, 2008). É importante lembrar que os usos potenciais de uma competência decisória nem sempre são

[13] Uma obra exemplar nesse sentido é Vieira (2002), que analisa a aplicação da Constituição de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal por meio do estudo de uma série de casos, tanto de controle abstrato quanto de controle incidental de constitucionalidade. Destacam-se também as coletâneas de artigos elaborados por alunos da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (COUTINHO; VOJVODIC, 2009; VOJVODIC et al., 2012)

[14] Vale mencionar os seguintes trabalhos que também examinam o conteúdo das decisões do Supremo com foco nos modos de construção de suas decisões: Veiga da Rocha (2004), que estuda a maneira como as racionalidades formal e material são utilizadas pelos ministros no julgamento de ADIs sobre o sistema financeiro; e Duran (2008), que utiliza a tipologia de juízes de François Ost para classificar a postura adotada pelo tribunal no controle dos planos de estabilização monetária.

concretizados, como assinalam Taylor (2008) e Kapiszewski (2010); em termos mais simples, o fato de o tribunal poder decidir de uma maneira não quer dizer que ele o fará. Isso reforça a necessidade de um estudo exploratório, aqui proposto, sobre o modo de construção das decisões do Supremo na suspensão de decisões judiciais.

No próximo capítulo, procurarei mostrar, através de um breve histórico legislativo, como o instrumento da suspensão foi cunhado de maneira a transferir para as instâncias superiores do Judiciário a tarefa de examinar os efeitos, possivelmente deletérios para a administração pública, da proteção de direitos pelas instâncias inferiores. Apresentarei, em seguida, um quadro teórico para guiar a análise das decisões do STF na aplicação desse instrumento.

II. SUSPENSÃO DE DECISÕES JUDICIAIS, INTERESSE PÚBLICO, GOVERNABILIDADE E LEGITIMIDADE

Medidas de contenção dos efeitos das decisões judiciais no Brasil: um esboço de histórico

O histórico apresentado a seguir não tem a intenção de desenhar uma "linha de evolução legislativa" ou de esgotar o assunto do poder exercido pelos tribunais brasileiros sobre as instâncias inferiores. Ele se refere, em específico, às principais vedações e condicionantes aplicáveis a decisões liminares e sentenças contra o poder público a partir da década de 1930, com o início da Era Vargas. Procuro oferecer alguns elementos de reflexão sobre o que pode ter motivado essas inovações legislativas, sem, contudo, pretender construir explicações causais definitivas.

O ponto de partida que motiva este esboço de histórico é o argumento desenvolvido por Arantes (1997) a respeito da evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, já apresentado no capítulo anterior: a centralização do controle numa corte especializada teria o propósito de evitar ou mitigar a incerteza gerada pelo modelo difuso.

Penso que esta hipótese pode ser estendida no sentido de que o controle de constitucionalidade, nas instâncias judiciais inferiores, não é a única maneira de se impedir a realização prática de políticas públicas. Como bem lembrado por Tate (1992), o chamado *judicial review* pode ser classificado em diferentes tipos, não se limitando ao controle de constitucionalidade, mas abrangendo também o "controle administrativo" (*administrative judicial review*), que chamaríamos no Brasil de controle de legalidade dos atos administrativos. Assim, a existência de decisões que se baseiam em quaisquer limitações legais, desde requisitos de forma até a observância de direitos dos cidadãos, pode ser considerada "motivo de preocupação" para um governo central que deseja garantir a efetividade de suas políticas.

Nesse sentido, procurarei mostrar adiante que a expansão dos meios de acesso à justiça no Brasil, no recorte histórico examinado, foi acompanhada de um crescente número de medidas de contenção dos efeitos das decisões judiciais em prol da defesa do "interesse público".

A criação do mandado de segurança e a Lei 191 de 1936

Como é de amplo conhecimento entre juristas, a concepção e a instituição do mandado de segurança entre as décadas de 1920 e 1930 vieram da percepção, de acordo com ideias liberais, de que havia uma lacuna na proteção dos direitos individuais contra abusos do poder estatal. Havia controvérsia sobre o uso de meios processuais específicos para a defesa de quaisquer direitos, como mostra a inicialmente ampla e depois mais restritiva recepção, pelo Supremo Tribunal Federal, da doutrina liberal do *habeas corpus* abraçada por Rui Barbosa[15].

A Reforma Constitucional de 1926 reagiu à ampliação jurisprudencial da aplicabilidade do instituto, dando-lhe uma definição legal mais pormenorizada[16]. Com a restrição da margem interpretativa judicial, parecia não haver outra solução senão a criação de novo instituto processual em resposta ao "incremento da vida judiciária e a necessidade de solução rápida de certas situações de anormalidade", nas palavras do então Ministro do STF Muniz Barreto ao defender essa tese no Congresso Jurídico de 1922 (*apud* CASTRO NUNES, 1956).

O mandado de segurança foi enfim instituído pela Constituição de 1934 e teve seu processo regulamentado pela Lei 191 de 1936, já em meio a um novo contexto político representado pela figura de Getúlio Vargas. Nesta lei, mais especificamente em seu artigo 13, apareceu pela primeira vez a menção à possibilidade de que pessoas jurídicas de direito público requeressem aos tribunais[17] a suspensão de decisão (liminar ou sentença) até o julgamento definitivo da causa em primeira ou em segunda instância. Esse pedido seria cabível, segundo o artigo, "para evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública".

---

[15] Enquanto, na primeira década do século XX, o Supremo consolidou a interpretação de que o *habeas corpus* se destinava a proteger a liberdade individual em sentido amplo, a atuação do Ministro Pedro Lessa foi no sentido de restringir tal interpretação (HORBACH, 2007). Como explica Vidigal (1953, p. 31): "Ruy Barbosa não limitara, como vimos, ao direito de locomoção o habeas-corpus; nem, por igual, sustentara que somente mereceriam proteção os direitos cujo exercício dependesse do direito de locomoção. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, indeciso entre a tese liberal de Ruy Barbosa e a dos paladinos da manutenção das linhas clássicas do habeas-corpus do direito inglês, optou por uma posição intermediária: passou a conceder o habeas-corpus somente quando o direito a proteger-se se exercesse através da liberdade de ir e vir. Segundo Pedro Lessa, sendo o direito de locomoção o meio de exercer-se o direito-escopo, o Supremo Tribunal não estava estendendo o instituto além de seu conceito clássico."

[16] O artigo 72, parágrafo 22 da Constituição de 1891 passou a ter a seguinte redação: "Dar-se-á o habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar em eminente perigo de sofrer violência, por meio de prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade de locomoção." (*Apud* VIDIGAL, 1953)

[17] A lei refere-se à Corte Suprema, denominação dada pela Constituição de 1934 ao Supremo Tribunal Federal, e à Corte de Apelação. A primeira seria competente para suspender decisão oriunda da justiça federal; a segunda, para suspender decisão da justiça local.

No projeto de lei original, apresentado em novembro de 1934 pela Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados (presidida pelo deputado liberal paulista Alcântara Machado), consta seguinte motivação para essa prerrogativa do poder público:

> Parece-nos que, com as cautelas de que cercamos a providência, ficam *resguardados a um tempo o interesse coletivo e o direito individual*. O que nos impressiona é a possibilidade da concessão do mandado por um juiz faccioso ou mal esclarecido, em circunstâncias que podem sacrificar de modo irreparável a saúde ou a ordem públicas ou a segurança nacional. Imagine-se que tenha deferimento o pedido de um portador de doença infectuosa, que se não quer submeter às medidas profiláticas; ou de um proprietário de rebanho atacado de epizootia, que pretenda introduzi-lo em região indene do mal, ou de um empreiteiro de desordens, que deseja armar e municiar os seus correligionários. O provimento do recurso não viria, senão depois de consumado o malefício. (*Apud* CAVALCANTI, 1936, pp. 292-293. Grifo meu.)

A solução proposta para a compatibilização entre interesse coletivo e direito individual era engenhosa porque não implicava a total desconsideração do direito individual: a execução a favor do impetrante seria apenas postergada, levada a cabo tão logo o juízo de segunda instância confirmasse (se fosse o caso) a decisão da primeira instância. Na prática, a realização do direito dependeria sempre de pronunciamento da segunda instância judicial.

A justificativa apresentada para essa limitação factual e temporária do direito individual transparece certo receio a respeito do instituto do mandado de segurança, especialmente das consequências de sua aplicação. A expressão "juiz faccioso" é por si só bastante eloquente: primeiro, alude ao ideal do Poder Judiciário como poder neutro, cuja atividade, segundo o imaginário liberal clássico, deveria limitar-se à aplicação da lei[18]. O "juiz faccioso" seria, então, aquele que "interpretasse erroneamente" a lei, gerando efeitos sociais indesejáveis. Segundo, a expressão mostra desconfiança quanto à capacidade dos juízos de primeira instância para julgar de "maneira correta", talvez por causa do receio inerente à inovação legislativa que estava em curso.

Esse receio fica ainda mais claro ao atentarmos para outra norma contida na Lei 191: a proibição de concessão da segurança quando se tratasse de "questão puramente política"[19], no artigo 4º, inciso III.

---

[18] Paradoxalmente, essa visão destina ao Judiciário a função *política* de "pedra angular na diferenciação do sistema decisório" entre jurisdição e legislação, como aponta Campilongo (1994).

[19] Além dessa proibição, o artigo 4º da Lei 191 também vedou a concessão de segurança nas hipóteses de proteção da liberdade de locomoção (reservada ao *habeas corpus*), de ato de que coubesse recurso administrativo com efeito suspensivo, e de ato disciplinar.

Uma pesquisa histórica mais aprofundada seria necessária para explicar adequadamente o que, de fato, motivou a criação do que chamamos hoje de "suspensão de segurança" e a definição das hipóteses de não-cabimento do *writ*. Uma vez criada a suspensão, no entanto, é possível observar que essa solução provisória do conflito entre interesse individual e coletivo passou a assumir uma orientação mais específica, voltada à defesa das políticas governamentais e interesses da administração pública, conforme o Estado brasileiro adquiria as características de um Estado intervencionista.

A legislação do Estado Novo

A Constituição de 1937 não previu o instituto do mandado de segurança, que foi conservado no período do Estado Novo apenas no plano infraconstitucional, através da Lei 191/1936. É interessante a crítica de Castro Nunes (1956, p. 32) a essa omissão da Constituição de 1937, especialmente o modo como o autor (ministro do Supremo de 1940 a 1949, nomeado, portanto, por Getúlio Vargas) defendeu a existência do mandado de segurança num contexto político marcado pelo "pragmatismo":

> Os remédios injuncionais, peando a administração no interesse da conformidade dos seus atos com a lei, não são, ao contrário do que muita gente supõe, um produto da época liberal. Jamais os admitiu a França, como, de modo geral, o continente europeu. São antes meios preventivos da lesão que, consumada, leva à reparação, à custa do erário, e é isso que se procura evitar restaurando ou premunindo de pronto o direito violado ou ameaçado.
>
> Aliás, as garantias da vida jurídica não são incompatíveis com o pragmatismo político na estruturação do Estado. Elas servem ao objetivo da paz social e da segurança dos negócios, cujo alcance prático não é preciso encarecer. Se foi possível manter o *habeas corpus*, preservativo da liberdade individual, não se compreende por que excluir do plano institucional o mandado de segurança, relegando-o para o plano legal (…).

Como se pode ver, a argumentação de Castro Nunes evita passar a impressão de defesa do liberalismo, focando-se na proteção dos interesses do erário e nos benefícios sociais e econômicos advindos das "garantias da vida jurídica". Essa tentativa de compatibilização entre as perspectivas pragmática e garantista apenas evidencia, no fundo, a tensão entre ambas, transparecendo uma preocupação – se não do próprio autor, de outras lideranças políticas – com o entrave à "estruturação do Estado" que o mandado de segurança poderia ocasionar.

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 1939[20], houve algumas alterações importantes na regulamentação do mandado de segurança. Aqui, cabe ressaltar duas delas: o não-cabimento de mandado de segurança contra ato do Presidente da República, dos ministros de Estado, governadores e interventores (artigo 319), condizente com o espírito do Estado Novo, e a proibição da concessão de segurança quando se tratasse de impostos ou taxas, "salvo se a lei, para assegurar a cobrança, estabelecer providências restritivas da atividade profissional do contribuinte" (artigo 320, IV)[21]. Neste ponto, já é possível observar a preocupação do governo federal com a integridade do erário frente à contestação por via judicial.

Além disso, o Código manteve a possibilidade de suspensão da segurança "para evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública" (artigo 328).

O período populista

Após o final do Estado Novo, há registros daquilo que se chamou de "abuso na concessão de liminares" (FERRAZ, 1986, p. 14) em mandado de segurança. Segundo o relato de Barbi (1976, p. 203):

> O primeiro abuso em grande escala verificou-se entre os anos de 1946 a 1955, a propósito da importação de bens, especialmente automóveis, sem obediência às exigências fiscais e cambiais. Surgiram então os denominados mandados de segurança coletivos, para liberação de várias centenas de veículos de uma só vez. (…) Quando, afinal, era julgado e negado o mandado de segurança, tornava-se impossível restituir as coisas ao estado anterior, uma vez que os automóveis já haviam sido alienados e estavam dispersos pelo país.
>
> (…)
>
> Outra modalidade de abuso daquela medida [liminar], largamente utilizada, consistiu no uso de mandados de segurança coletivos, abrangendo, em litisconsórcio ativo, centenas e até mesmo milhares de funcionários públicos, pleiteando equiparação ou aumento de vencimentos ou outras vantagens pecuniárias. Muitas vezes foram concedidas liminares, inclusive para percepção de vencimentos ou vantagens atrasadas (…) Quando foram julgados e afinal denegados os respectivos mandados pela sentença definitiva, tornou-se dificílimo ao Tesouro reaver aquelas importâncias; alguns impetrantes, naturalmente pouco esclarecidos em questões de direito, supunham que o recebimento era definitivo, não sujeito a restituição; outros já haviam gasto aquelas quantias e não tinham recursos para devolvê-las; acresce, ainda, que parte delas tinha sido entregue aos advogados para pagamento de honorários.

[20] Decreto-lei 1.608, de 18 de setembro de 1939.
[21] Esta proibição substituiu a vedação de discussão de "questão puramente política", prevista na Lei 191.

Verifica-se, nessa descrição, dois problemas a serem equacionados pelos governos: a ameaça concreta ao processo de substituição de importações conduzido pelo Estado, iniciado com o primeiro governo Vargas e intensificado no período populista, e a gestão dos interesses do funcionalismo público num contexto de expansão da máquina administrativa.

Durante o segundo governo Vargas, foi promulgada em 31 de dezembro de 1951 a Lei 1.533, que alterou as disposições do Código de Processo Civil sobre mandado de segurança. A lei, por um lado, retirou a vedação relativa à discussão sobre impostos e taxas; por outro lado, admitiu novamente a possibilidade de "suspensão da execução da sentença" por ordem do presidente do respectivo tribunal, mas desta vez sem prever quaisquer critérios para tanto (artigo 13)[22].

A fim de remediar especificamente a primeira situação descrita por Barbi (1976) no trecho acima citado, a Lei 2.770 de 1956 proibiu a concessão de liminares que visassem à liberação de mercadorias ou bens de procedência estrangeira. A questão da remuneração e da classificação de funcionários públicos foi enfrentada pela Lei 4.348 de 1964, que previu ainda outras possibilidades de restrição das liminares.

A Lei 4.348 de 1964

Em dezembro de 1962, Hermes Lima, então primeiro-ministro do governo João Goulart, apresentou anteprojeto de lei à Câmara dos Deputados com novas normas processuais relativas ao mandado de segurança, sob a justificativa de que a regulamentação do instituto se revelara "envelhecida pelas novas necessidades sociais" e necessitava de complementação. A exposição de motivos do anteprojeto (transformado no Projeto de Lei 35 de 1963) ressaltou que, não obstante o mandado de segurança fosse "conquista da civilização contra o arbítrio do poder governamental", o papel do direito era manter o equilíbrio entre interesses sociais e interesses individuais.

O projeto continha os seguintes dispositivos que limitavam a concessão de liminar, de sentença e dos efeitos de ambas, em mandado de segurança:

- Limitação da eficácia da liminar pelo prazo de 90 dias, para evitar, segundo a exposição de motivos, "a postergação das decisões finais";

[22] Eis a redação do artigo: "Art. 13. Quando o mandado for concedido e o presidente do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos ou do Tribunal de Justiça ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo de petição para o Tribunal a que presida."

- Decretação de perda dos efeitos da liminar, *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público, caso o impetrante criasse obstáculo ao normal andamento do processo, deixasse de promover atos e diligências que lhe cumprissem ou abandonasse a causa por mais de vinte dias;
- Vedação da concessão de liminar nos processos que versassem sobre vencimentos, retribuição ou classificação de funcionários públicos. As liminares concedidas não poderiam implicar "obrigação de pagamentos, prestação de vencimentos, remuneração ou quaisquer vantagens atrasadas". O motivo apresentado para tal limitação foi o seguinte:

> Torna-se imperiosa a vedação da medida liminar em questões referentes à retribuição e à classificação de funcionários, eis que o seu pressuposto concessivo é o dano irreparável. Como poderá haver dano irreparável contra a União e as autarquias, que são permanentes e não estão sujeitos [sic] ao instituto da falência?

- Suspensão da concessão de segurança ou de liminar, de acordo com alguns critérios. Segundo o art. 6º, a sentença que determinasse "outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional" teria seus efeitos suspensos, independentemente de recurso. Já a concessão de liminar poderia, segundo o art. 7º, ser sobrestada pelo Presidente do tribunal *ad quem* até o julgamento do mérito. O artigo não previa critérios para esse eventual sobrestamento; a exposição de motivos apenas afirmava que, sendo a decisão contrária à União, impunha-se o efeito suspensivo, pois, se a sentença fosse mantida, o direito da parte seria "devolvido à data da impetração".

Somente em junho de 1964 – brevemente após a instauração do regime militar – o projeto foi enviado ao Senado Federal, onde foi emendado. Entre outras alterações, o artigo 4º original foi substituído por um dispositivo com a seguinte redação:

> Art. 4º Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e *para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso ordinário suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (10) dez dias, contados da publicação do ato. (Grifo meu.)

Foram trazidos de volta, assim, os critérios de suspensão previstos na legislação anterior à Lei 1.533/1951, com a adição do requisito "lesão à economia pública".

O projeto foi convertido na Lei 4.348 de 1964, sancionada pelo então Presidente Castelo Branco com veto parcial: em primeiro lugar, foi retirado o termo "ordinário" do artigo 4º (acima reproduzido), pois a expressão "recurso ordinário" poderia ser interpretada como alusão ao recurso cujo exame era de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 101, II da Constituição de 1946[23]). Segundo as razões do veto, isto limitaria a aplicabilidade da suspensão às decisões de segundo grau, "deixando aberta a dúvida quanto à aplicação da medida em primeira instância, o que poderá, conforme a experiência tem demonstrado, ensejar a prática de atos lesivos à Fazenda Nacional".

Em segundo lugar, o veto incidiu sobre o artigo 6º do projeto, que dizia que a concessão da liminar não poderia importar em obrigação de pagamento, prestação de vencimentos, remuneração ou quaisquer vantagens *atrasadas*. O artigo foi suprimido, segundo Castelo Branco, pois tal limitação ao instituto do mandado de segurança seria inconstitucional, uma vez que ele "poderia ser utilizado para retenção de pagamento de salários e outras vantagens que constituem direito líquido e certo dos servidores, os quais ficariam na dependência de atos ilegais e abusivos de autoridades".

Todavia, o veto não abarcou o artigo 5º, que proibia a concessão de liminar em processos sobre a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou sobre a concessão de aumento ou extensão de vantagens. O parágrafo único do mesmo artigo, que determinava que sentenças versando sobre tais assuntos fossem executadas somente após transitadas em julgado, foi igualmente mantido.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347 de 1985)

O instituto da ação civil pública foi criado quando o país já se encontrava em fase de transição democrática. O projeto de lei, apresentado à Câmara pelo então Presidente João Figueiredo em março de 1985, foi sancionado em julho do mesmo ano, convertendo-se na Lei 7.347.

---

[23] "Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:
(…)
II - julgar em recurso ordinário:
a) os mandados de segurança e os habeas corpus *decididos em última instância pelos Tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão;*
b) as causas decididas por Juízes locais, fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, assim como as em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no País;
c) os crimes políticos." (Grifo meu.)

Talvez por causa da consciência de que o projeto de lei representava importante mudança, assim como do fato de que a "defesa do interesse público" em determinados casos poderia gerar conflito com outros interesses, a Lei 7.347/1985 previu, em seu artigo 12, § 1º, a possibilidade de suspensão da liminar concedida em ação civil pública, pelos mesmos critérios adotados na Lei 4.348/1964.

A Medida Provisória 173 de 1990 e a Lei 8.437 de 1992

O final da década de 1980 e o início da década de 1990 foram marcados pela escalada das crises inflacionária e fiscal. Os governos eleitos após a promulgação da Constituição em 1988 fizeram uso extenso das medidas provisórias para implementar planos de estabilização econômica, que, longe de possibilitarem um "tratamento indolor", geraram resistência por parte dos indivíduos que viram seus direitos lesados, acentuando um "conflito aberto distributivo e um tenso choque de interesses nos diferentes setores sociais" (FARIA, 1993, p. 152). Como ressalta Arantes (1997, p. 181) ao tratar do Plano Collor I, "o risco maior que corria o plano econômico, na esfera judicial, localizava-se na primeira instância da Justiça Federal, particularmente na possibilidade de ampla concessão de liminares contra as medidas provisórias do Executivo".

Em março de 1990, poucos dias após a edição da Medida Provisória 168 (que instituiu o cruzeiro e determinou o bloqueio de cruzados novos, entre outras providências), foi adotada a Medida Provisória 173, que proibia, em seu artigo 1º, a concessão de liminar em mandado de segurança e em ação ordinária ou cautelar que afastasse a incidência das medidas provisórias conformadoras do Plano Collor I[24]. O mesmo artigo previa a aplicação, às ações mencionadas, do artigo 5º, parágrafo único da Lei 4.348/1964, de modo que as respectivas sentenças seriam executadas somente após o trânsito em julgado.

Assim como as medidas que a antecederam, a MP 173 não ficou livre de reação. Foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade – a ADI 223 – perante o STF, que, no entanto, decidiu pela constitucionalidade da norma. Essa vitória do Poder Executivo na mais alta instância judicial deu ímpeto a novas iniciativas legislativas destinadas a limitar decisões cautelares, como mostra o caso da Lei 8.437 de 1992.

Em 5 de novembro de 1991, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 2.154, de autoria do Poder Executivo. O projeto, que foi transformado na Lei 8.437 de

[24] A MP 173, editada em 18 de março de 1990, refere-se às MPs 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168, editadas em 15 de março do mesmo ano.

1992, estendeu a proibição da concessão de liminares contra o poder público às ações cautelares, nas mesmas hipóteses de vedação de liminar em mandado de segurança (art. 1º). Foi também ampliada a possibilidade de suspensão de decisões judiciais em dois sentidos: ela poderia ser aplicada a quaisquer medidas cautelares contra o poder público, e seus critérios autorizadores passaram a incluir "manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade", além de "evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas" (art. 4º, *caput* e § 1º). Pelos mesmos critérios, poderia também ser suspensa a sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, ação popular ou ação civil pública, enquanto não transitada em julgado (§ 1º do art. 4º).

Outra inovação trazida pela Lei 8.437 foi a legitimidade conferida ao Ministério Público para requerer a suspensão, além e independentemente da pessoa jurídica de direito público interessada.

Segundo a exposição de motivos interministerial[25], o anteprojeto transformado na Lei 8.437 tinha fundamento não apenas na "presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública e de sua exigibilidade", mas também na "proteção do interesse geral". Curiosamente, tratava-se de um sentido específico de interesse: a exposição admitiu expressamente que a proposta buscava proteger "interesses da Administração, que consubstanciam em suma os próprios interesses da sociedade".

A exposição de motivos referiu-se em específico ao julgamento da ADI 223, afirmando que o objetivo do anteprojeto era "prevenir os efeitos perversos" daquilo que o Ministro Sepúlveda Pertence chamou, na ocasião, de "fuga do mandado de segurança para a ação cautelar inominada". Isto é, mesmo com a proibição, em determinadas hipóteses, da concessão de liminares em mandado de segurança, permanecia a possibilidade de liminares contra a Fazenda Pública por meio de ação cautelar. Para corrigir tal "lacuna", a lei proposta estenderia essa proibição, bem como a possibilidade de suspensão de decisão judicial, a outros tipos de ação.

De modo a justificar a vedação da concessão de liminares contra o poder público, a exposição de motivos cita, novamente, a decisão do STF na ADI 223, na qual se argumentou pela necessidade de se coibir o "abuso do poder cautelar", especificamente quanto a medidas cautelares "de alcance satisfativo", isto é, cujos efeitos fossem irreversíveis na prática.

---

[25] O anteprojeto foi elaborado no âmbito dos Ministérios da Justiça e da Economia, Fazenda e Planejamento.

A Lei 9.494 de 1997

A Lei 9.494 de 1997 estendeu aos artigos 273 (previsão geral da tutela antecipada no processo civil) e 461 (previsão da tutela específica, inclusive por liminar, de obrigação de fazer ou não fazer) do Código de Processo Civil as regras da Lei 8.437/1992. Também alterou o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, restringindo a eficácia das sentenças proferidas em ações coletivas aos limites da competência territorial do juízo. Como explica Veríssimo (2006, p. 209).

> essa ação legislativa é resposta a uma modalidade específica de ativismo judicial, desta vez identificada com a reação ao processo de privatizações em curso (incluindo as mais de 100 decisões liminares diferentes, dadas em todo o Brasil, que suspenderam o processo de privatização da Cia. Vale do Rio Doce).

A Lei 12.016 de 2009

Em 1996, foi constituída uma comissão de juristas[26] para a elaboração de novo projeto de lei sobre o mandado de segurança, destinado a consolidar todas as normas até então vigentes a respeito do instituto, bem como regulamentar o mandado de segurança coletivo, criado pela Constituição de 1988. O projeto foi apresentado pela Presidência da República à Câmara dos Deputados em 9 de agosto de 2001 (PL 5067/2001), final do segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso, e transformado na Lei 12.016 oito anos depois, em 7 de agosto de 2009, penúltimo ano do governo Lula. Houve apenas mudanças pontuais ao projeto durante a tramitação no Congresso Nacional e o veto parcial da Presidência atingiu poucos detalhes não essenciais da lei.

De acordo com a exposição de motivos assinada pelo então Advogado-Geral da União Gilmar Mendes e por José Gregori, à época Ministro da Justiça, precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça justificavam a manutenção de dispositivo semelhante ao artigo 4º da Lei 4.348/1964, prevendo a possibilidade de suspensão de liminar ou sentença para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Tal previsão foi inserida no artigo 15 da Lei 12.016/2009, que, como a Lei 8.437/1992, deu legitimidade tanto à pessoa de direito público interessada quanto ao Ministério Público para requerer a suspensão.

---

[26] A comissão foi presidida por Caio Tácito, tendo como relator Arnoldo Wald e como revisor Carlos Alberto Direito.

A Lei 12.016 também manteve – sem que a exposição de motivos apresentasse justificativa específica – as hipóteses de vedação à concessão de liminar previstas nas leis anteriores, inclusive em relação à tutela antecipada dos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil. Tratou-se, assim, de uma consolidação não apenas no sentido de reunião e sistematização de leis esparsas sobre o mandado de segurança, mas também no sentido de assentamento e reafirmação das regras preexistentes, pelo menos no que se refere a liminares e à execução das decisões de mérito.

Síntese do histórico legislativo

O histórico apresentado mostra que, em distintos momentos da história política brasileira, os governos tinham motivos – no mínimo, acreditavam tê-los – para proteger a efetividade de determinadas políticas públicas contra investidas daquele poder que, em outro tempo e lugar, fora idealizado como "*the least dangerous to the political rights of the Constitution*" (HAMILTON, 1788)[27]. Como corolário da teoria da separação de poderes, um poder que represente a menor ameaça possível aos direitos dos cidadãos é, com frequência, um obstáculo – um contrapeso – à atuação do Poder Executivo, na medida em que proteção de direitos e controle de legalidade necessariamente limitam a concretização de políticas públicas.

As intervenções legislativas apresentadas resultam, em suma, na seguinte situação: qualquer pessoa de direito público interessada ou o Ministério Público podem requerer, ao Presidente do tribunal a quem cabe recurso, suspensão dos efeitos de uma decisão judicial. Os critérios para tanto são a lesão à ordem, à economia, à segurança e à saúde públicas; ou, ainda mais genericamente, de acordo com a Lei 8.437: "manifesto interesse público" ou "flagrante ilegitimidade".

---

[27] Alexander Hamilton apresentou, no famoso Federalista nº 78, suas propostas para a estrutura do Poder Judiciário na Constituição dos Estados Unidos da América. O seguinte trecho explica por que o Judiciário imaginado por Hamilton seria o "menos perigoso" dos ramos do Estado, corroborando a visão de Montesquieu sobre o juiz como aquele que representa um contrapeso aos outros poderes, através da aplicação da lei: "*The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither force nor will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments*." (HAMILTON, 1788)

Contenção judicial e materialização do direito

É possível afirmar que os marcos legislativos descritos no tópico anterior fazem parte de uma tendência maior que acompanhou o advento e consolidação do Estado intervencionista: a materialização do direito formal, assim chamada a partir da descrição weberiana do surgimento de um "direito social" baseado em imperativos éticos e voltado à realização de fins, em contraposição ao direito racional-formal de matriz liberal, caracterizado por "uma racionalidade e sistemática jurídica crescentemente especializada", pelo "rigor dedutivo" e pela "técnica racional do procedimento" (WEBER, 2009, p. 143).

Nesse processo, a interpretação abstrata do sentido jurídico dos fatos, propiciada pela especialização profissional e pela diferenciação da esfera do direito em relação a outras áreas, daria lugar à aplicação de "normas antiformais que não têm caráter jurídico, convencional ou tradicional, mas sim puramente ético, pretendendo justiça material em vez de legalidade formal" (WEBER, 2009, p. 146). Como assinala Faria (1988), a ordem jurídica, absorvendo a racionalidade material, passa a desempenhar outras funções além da (e frequentemente em contraposição à) criação de condições institucionais para o cálculo econômico, de maneira a minar a presunção de univocidade do discurso jurídico.

O direito "materializado", fenômeno cujas proporções superaram a estimativa de Weber[28], encontra seu principal fator de legitimação não na delimitação das esferas de autonomia privada, mas na obtenção de resultados através da regulação (TEUBNER, 1987). Isto é, na medida em que não serve primariamente à definição dos meios legítimos de exercício do poder, esse direito tende a transformar-se em instrumento do mesmo poder; ou seja, passa a desempenhar, além da função de controle social, as funções de direção, regulação e promoção de metas econômicas e objetivos políticos.

Some-se a isso a complexidade decorrente do desenvolvimento capitalista, que impõe ao legislador a obrigação de "editar códigos pretensamente unívocos para sociedades altamente estratificadas" (FARIA, 1988, p. 93). Em resposta a esse desafio, o nível de generalidade e vagueza das normas passa a ser elevado para que, na prática, elas se ajustem às mais variadas situações e sejam concretizadas através de decisões casuísticas, seja no âmbito do Poder Executivo, seja no âmbito do Poder Judiciário.

---

[28] Como explica Teubner (1987, p. 14), "*[h]owever compared with the extremely powerful processes of the formal rationality of law, Max Weber regarded these material tendencies as all in all only marginal. In modern theories of development these tendencies are assessed very differently. 'Materialization of formal law' today appears as the dominant development trend and evolutionary approaches are brought into play to explain it.*"

Interesse público e suspensão de decisões judiciais

O histórico legislativo da suspensão mostra que esse instrumento de contenção dos efeitos de decisões judiciais não foi de uso exclusivo dos governos autoritários. Foi, na verdade, ampliado em todos os períodos posteriores à sua criação, não raro paralelamente à expansão dos meios de acesso ao Judiciário. Como visto, essa sucessão de iniciativas de mitigação da atuação judicial, a partir dos anos 60, teve como objetivo explícito a proteção de interesses da fazenda e da administração pública. Nesse contexto, o uso do interesse público como categoria jurídica cumpre uma função acima de tudo retórica, como argumenta Faria (1993).

Segundo o autor, o conceito de interesse público, em sua plurivocidade, encerra um dilema entre o consensualismo e o individualismo:

> …se por um lado cada cidadão, ao inserir-se numa dada ordem convencional, converte o próprio ato de inserção na institucionalização de sua liberdade e na afirmação de sua autonomia, por outro, justamente porque é livre e autônomo, também pode assumir-se como indivíduo em oposição aos valores gerais assegurados por essa mesma ordem – o que termina por fazer o Estado moderno tanto um guardião dos interesses, das liberdades e dos direitos individuais quanto uma ameaça contra todos eles. (FARIA, 1993, p. 74)

Diante da impossibilidade de se obter uma definição unívoca de interesse público, seu reconhecimento jurídico-formal cumpre uma função pragmática: a de transmitir um conteúdo simbólico, de modo que o conceito se torna "caixa de ressonância dos diferentes valores e interesses de cada membro da sociedade, por mais que eles sejam entre si colidentes e conflitantes". Sua vagueza e ambiguidade permitem o equilíbrio casuístico entre o individual e o coletivo conforme as circunstâncias históricas, ao mesmo tempo em que se postula, para fins de legitimação da ordem institucional, "uma atuação padronizada e impessoal dos intérpretes, na medida em que estão sujeitos a critérios lógicos e a imperativos de racionalidade formal". Esse recurso retórico serve, portanto, à neutralização dos antagonismos mediante a aparência de uma decisão "técnica" e "despolitizada", "possibilitando a um só tempo a consagração formal dos mais variados direitos e o não cumprimento de muitos deles na prática" (FARIA, 1993, pp. 77-78).

Por meio dessa estratégia de neutralização, transportada para o direito processual no intuito de estancar os efeitos de determinadas decisões judiciais, o Estado procura mitigar o impacto do controle jurisdicional de políticas públicas, garantindo um mínimo de efetividade a suas ações sem que isso implique necessariamente perda de legitimidade.

Em primeiro lugar, a proibição ou a suspensão de liminares não nega direitos, apenas posterga a satisfação de uma pretensão contra o Estado, jogando-a "para um futuro distante e incerto" – como bem notado por Arantes (1997, p. 184) – em que serão finalmente proferidas as decisões de mérito, e assegurando a realização das políticas públicas no futuro próximo.

Em segundo lugar, a delegação de poder aos juízes de instâncias superiores, para que avaliem se uma decisão de grau inferior contraria o interesse público, potencialmente retira o Judiciário da condição de mero contrapeso racional-formal à atuação do Executivo e insere-o na esfera dos juízos de conveniência e oportunidade, de modo que o ônus de assegurar que determinada política seja bem-sucedida – isto é, que seus fins sejam atingidos – passa a ser compartilhado entre Executivo e Judiciário.

Do ponto de vista da administração pública, essa transferência parcial de ônus é especialmente conveniente. Isto porque a chancela judicial de um objetivo político diminui a probabilidade de que um ato administrativo que persiga tal objetivo – ainda que em desrespeito a determinados princípios – seja caracterizado como arbitrário ou abusivo. O processo contencioso faz do sistema judicial um mecanismo de legitimação, via controle, dos demais órgãos do Estado, uma vez que nele se manifestam livremente as partes em litígio e se espera que o juiz decida de acordo com a lei e não com a vontade dos líderes de governo (LOPES, 1994). O uso do interesse público como símbolo norteador desse "controle" dá

> (…) um significado retoricamente eficaz ao governo do direito, como algo racional e acima do arbítrio dos dirigentes (…) Mediante essa 'legitimação pelo procedimento', na práxis política do Estado intervencionista, as decisões produzidas em conformidade com os procedimentos jurídicos vigentes acabam sendo aceitas independentemente de sua substância ou teor. (FARIA, 1988, p. 109)

Do ponto de vista do juiz, receber a função explícita de avaliar uma decisão por critérios tão amplos dificulta uma tomada de posição intransigente, no sentido de ater-se ao juízo de legalidade ou constitucionalidade, pois isso significa assumir a responsabilidade pelos riscos sociais e econômicos de sua decisão. Isso não quer dizer, lembrando o alerta já feito no capítulo anterior, que os juízes levem em conta as consequências de suas decisões somente quando possuem competência específica para tanto, ou que a competência, simplesmente por existir, garanta que o juiz faça uso dela num sentido "consequencialista".

Porém, a abertura normativa inerente ao critério do "interesse público" decerto é uma condição favorecedora – para lembrar novamente a afirmação de Tate (1995) – desse

tipo de decisão. A tarefa do juiz, ainda que mascarada[29] pelo uso de uma expressão que mais serve como ponto de chegada do que como argumento[30], é a de resolver um conflito entre racionalidades e, além disso, de optar por uma ou outra *via de justificação* de suas decisões.

Especialmente a partir do processo de democratização brasileira na década de 1980, esse conflito entre racionalidades pode ser descrito, a partir das reflexões de Faria (1993), como uma interação nem sempre harmônica entre as lógicas da "governabilidade" e da "legitimidade". De um lado, busca-se a qualidade da gestão governamental num cenário em que o Estado assumiu a função de indutor do desenvolvimento econômico e social. Quando se fala em governabilidade, aparecem como relevantes:

> (…) entre outros fatores, (*a*) a coerência das decisões através do tempo, (*b*) a eficácia de suas políticas, encarada na perspectiva da consecução de resultados em conformidade com objetivos previamente definidos, e (*c*) a efetividade de suas medidas, em termos de sua aceitação social, que pode ir à simples aquiescência e reação passiva dos destinatários até o apoio ativo e organizado. (FARIA, 1993, p. 18)

De outro lado, numa sociedade que se pretende democrática, e especialmente no cenário de transição do autoritarismo para a democracia, surge o desafio de compatibilizar as exigências da governabilidade com o respeito às "regras do jogo" presentes na ordem constitucional. As regras do jogo, que balizam a ação do poder político através do reconhecimento de direitos, deveres e competências, formam a base da legitimidade do sistema. Assim, "a governabilidade democrática invariavelmente requer uma relação politicamente bem intermediada entre bases sociais, representação partidária e processo decisório" (FARIA, 1993, p. 20), relação essa que é crucial para a legitimidade da ordem instaurada. Nos termos do autor, o que se observa nesse cenário, em suma, é uma tensão entre a *governabilidade tecnocrática* e a *legitimidade política*.

É preciso registrar, seguindo o argumento de Faria, que o conceito de governabilidade está longe de possuir significado incontroverso, livre de conotação

---

[29] Como observa Veiga da Rocha (2004, p. 127) sobre o exame, pelo STF, de casos de controle abstrato de constitucionalidade em matéria de regulação financeira, muitas vezes a tensão entre as racionalidades formal e material é transformada "num duelo hermenêutico que oculta o que realmente está em jogo". O autor cita como exemplo o julgamento da ADI 1367, ajuizada pelo PT contra a Medida Provisória 1.179/1995, que instituiu o PROER (Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional). Nesse julgamento, a maioria dos ministros limitou-se a uma discussão sobre competência para legislar sobre o sistema financeiro nacional, embora o problema subjacente fosse a controvérsia entre a necessidade e urgência daquela política, de um lado, e os requisitos formais estabelecidos pela Constituição como elemento de previsibilidade da intervenção estatal no domínio econômico, de outro lado.

[30] A afirmação foi inspirada por esta passagem de MacCormick (1983, pp. 255-256): "*When a judge tells us (…) that the implications of a particular ruling are contrary to justice (…) the appeal to justice seems conclusory rather than argumentative. It states the result of an evaluation without showing the working of it.*"

ideológica. Não obstante, sua utilidade analítica persiste, especialmente quando considerado em sentido negativo (ingovernabilidade), em referência à

> (…) incapacidade de um governo ou de uma estrutura de poder de tomar decisões no momento oportuno, sob a forma de programas econômicos, políticas públicas e planos administrativos, e de implementá-las de modo efetivo, em face de uma crescente sobrecarga de problemas institucionais, conflitos sociais e demandas econômicas. Nesse sentido, um sistema político se torna 'ingovernável' quando não se consegue mais responder a essas demandas, solucionar esses problemas e dirimir esses conflitos de maneira eficaz, mesmo expandindo seus serviços, sua estrutura burocrática e seus instrumentos de intervenção" (FARIA, 1993, p. 16)[31].

A suspensão de decisões judiciais no Supremo Tribunal Federal: objetivo da pesquisa

O que significa, para o STF, verificar se houve "lesão ao interesse público" em determinado caso? Há variação na definição de interesse público? São tematizadas as perspectivas da legitimidade e da governabilidade nesse tipo de julgamento? Se sim, como? Há interação entre essas perspectivas? Se sim, que forma assume essa interação? Estas são perguntas que surgem ao se pensar no exame de pedidos de suspensão pelo tribunal e que podem ser inicialmente respondidas com um estudo qualitativo de suas decisões.

A escolha do STF ao invés de qualquer outro tribunal justifica-se em razão de uma indefinição quanto à função que a corte deve exercer nesse tipo de julgamento. Embora ela pudesse receber pedidos de suspensão de decisões judiciais desde a criação da "suspensão de segurança" na década de 1930, os critérios de competência para o exame desses pedidos foram definidos com a Lei 8.038 de 1990, que, em decorrência da criação do Superior Tribunal de Justiça, teve o intuito de diferenciar entre os processos de competência do STF e do STJ. A partir dessa lei, o Presidente do STF passou a ser competente para suspender monocraticamente decisões "quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional" (art. 25). Vale lembrar que, como toda decisão monocrática em tribunal colegiado, o deferimento ou indeferimento da suspensão pode ser objeto de agravo dirigido ao Plenário.

A regra da Lei 8.038 parece destinar-se meramente ao encaminhamento de processos: com base nela, o órgão da administração pública que desejar a suspensão de um

---

[31] De maneira mais específica, Sola (1993, p. 243), ao referir-se às condições para a reforma fiscal e administrativa no contexto da democratização brasileira, define governabilidade como "capacidade dos governantes de mobilizar os recursos de poder necessários para garantir aquiescência política das forças sociais afetadas; o que pressupõe a montagem de uma coalizão governamental estável tanto para dar início às reformas quanto para consolidá-las".

julgado pelo STF – vale dizer, de maneira irrecorrível – pode utilizar estrategicamente o fato de a ação originária ter alegado a violação de normas constitucionais; ou, numa interpretação mais permissiva do artigo citado, pode simplesmente dizer que há discussão de questões constitucionais no processo. O que importa é que, uma vez protocolado o pedido de suspensão no STF, a relevância das ditas questões constitucionais diminui: em tese, o tribunal pode decidir tendo como critérios (ainda que muito vagos) apenas a ordem, a saúde, a segurança ou a economia públicas.

Ou seja, para o *acesso* ao STF a existência de questão constitucional é indispensável; para o *julgamento* do pedido, nada exige que o tribunal cumpra a função de "guarda da Constituição". Sendo "interesse público" uma expressão vaga e ambígua, é bastante óbvia a conclusão de que a definição do conceito pode variar de julgado a julgado. Além disso, surge a hipótese de que o tribunal pode eleger a função que gostaria de desempenhar em cada caso: seja a de *policy-maker*, evitando os efeitos negativos de determinadas decisões sobre a governabilidade, seja a de guardião da Constituição, privilegiando a perspectiva da legitimidade. Qualquer uma dessas perspectivas caberia sob o manto do "interesse público", que funciona como fórmula neutralizadora de conflitos entre ambas as vias argumentativas.

Dessa forma, o objetivo aqui proposto é realizar um estudo qualitativo exploratório das maneiras como o STF constrói seus julgados sobre pedidos de suspensão, de modo a melhor compreender o papel que o tribunal atribui a si próprio na análise do impacto das decisões de tribunais inferiores sobre políticas públicas. Adoto o termo "exploratório" para deixar claro que se trata de uma pesquisa prioritariamente voltada à identificação de possibilidades e à construção de hipóteses que direcionem futuras pesquisas, uma vez que não há estudos empíricos semelhantes a respeito do assunto[32]. A seguir, apresentarei os critérios de seleção dos processos judiciais que serão objeto do estudo.

---

[32] "Muitos estudos exploratórios têm como objetivo a formulação de um problema para investigação mais exata ou para a criação de hipóteses. No entanto, um estudo exploratório pode ter outras funções: aumentar o conhecimento do pesquisador acerca do fenômeno que deseja investigar em estudo posterior, mais estruturado, ou da situação em que pretende realizar tal estudo; o esclarecimento de conceitos; o estabelecimento de prioridades para futuras pesquisas; a obtenção de informação sobre possibilidades práticas de realização de pesquisas em situação de vida real; apresentação de um recenseamento de problemas considerados urgentes por pessoas que trabalham em determinado campo de relações sociais." (SELLTIZ et al., 1974, p. 60)

III. SELEÇÃO DE CASOS PARA ANÁLISE QUALITATIVA

O estudo aqui proposto exige uma abordagem do conteúdo das decisões do STF; para tanto, optei pela análise de processos selecionados de modo não aleatório, numa adaptação da técnica que Pires (2012) denomina amostragem por casos múltiplos[33], em específico a amostragem por contraste.

Pires (2012) refere-se à amostra por contraste com entrevistas, cujo objetivo é a construção de um mosaico que contenha indivíduos representantes de diferentes grupos, de modo a possibilitar uma comparação. A representatividade visada não é numérica, mas exemplar:

> A representatividade ou a generalização se baseia, então, primeiramente, numa hipótese teórica (empiricamente fundamentada), que afirma que os indivíduos não são todos intercambiáveis, já que eles não ocupam o mesmo lugar na estrutura social e representam um ou vários grupos. Eles são, assim, portadores de estruturas e de significações sociais próprias a esses grupos. É graças a um conjunto de características comuns, particulares a cada grupo, que se podem destacar algumas tendências e generalizar para todos os indivíduos em situação semelhante. (…) a generalização empírica encontra também uma outra base numa boa descrição interna de cada caso e na subsequente comparação com os outros casos. (…) São as diferenças entre os grupos que vêm reforçar a pertinência da descrição proposta para cada grupo. (PIRES, 2012, p. 200)

Os grupos são definidos à luz do objeto da investigação, com base em variáveis estratégicas, que podem ser gerais (como sexo, idade ou profissão dos respondentes) ou específicas, "relacionadas diretamente ao problema pesquisado e cuja pertinência é conhecida pelo pesquisador, ou então, simplesmente, presumida" (PIRES, 2012, p. 199). A escolha das variáveis específicas pode inspirar-se em pesquisas anteriores ou resultar de hipóteses teóricas que "nos levam a suspeitar de sua importância enquanto 'fonte de diferença'" (Ibid.).

Acredito ser possível transportar esse raciocínio para o objetivo proposto nesta dissertação, que consiste em examinar variações decisórias, mais do que identificar linhas

---

[33] Devo registrar, segundo a ressalva de Pires (2012), que não adoto aqui o método específico chamado tradicionalmente de "estudo de caso", que, na definição de Yin (2010, p. 39), tem o objetivo de investigar, geralmente empregando múltiplas técnicas de coleta de dados, "um fenômeno contemporâneo em profundidade e em seu contexto de vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não são claramente evidentes". Trata-se de tarefa distinta daquela que proponho, que é a análise de decisões do STF, eventos que, para fins de pesquisa, podem ter seus limites temporais e espaciais claramente definidos, de modo que é controverso falar em "contemporaneidade" das decisões. É evidente que o tribunal decide inserido em um contexto histórico, o que este trabalho não perde de vista: a análise de cada acórdão é acompanhada de uma descrição desse contexto, para melhor compreensão e construção de hipóteses a respeito do que leva o STF a julgar de tal ou qual modo. Para fins de esclarecimento, utilizo o termo "caso" apenas em referência à técnica de amostragem delineada por Pires (2012) para a realização de pesquisas qualitativas, que, como sugere o autor, podem consistir na análise de casos múltiplos ou no "estudo de caso" único.

jurisprudenciais – daí a preferência pelo enfoque qualitativo em vez do quantitativo. Com isso, surge a seguinte pergunta: quais "fontes de diferença" podem ser consideradas relevantes no que tange aos modos de decidir do Supremo em distintos processos judiciais?

Diversas hipóteses podem ser apresentadas como resposta: os modos de decidir variam de acordo com o assunto tratado no processo; eles são sensíveis às variações na composição do tribunal; eles dependem do momento histórico em que as decisões são proferidas; entre outras. Contudo, antes de eleger variáveis para nortear a construção do mosaico de decisões, julguei necessário obter um panorama de todos os julgados disponíveis no acervo do STF a respeito de pedidos de suspensão.

Apesar de os pedidos de suspensão serem examinados primeiramente – e muitas vezes unicamente – pela Presidência da corte, restringi a busca à base de dados de acórdãos, uma vez que a base virtual de decisões monocráticas possui apenas decisões selecionadas, o que poderia imprimir um viés indesejado à amostra de casos.

Além disso, os acórdãos são, em tese, atribuíveis à corte e não a um ministro individualmente (embora muitos acórdãos sejam compostos, na prática, apenas pelo voto escrito do relator, com os votos concorrentes dos demais ministros somente registrados em ata[34]). Nesse sentido, o estudo dos acórdãos mostra-se mais interessante por seu maior impacto retórico, na medida em que os operadores do direito reconhecem autoridade superior às decisões colegiadas da corte, e maior visibilidade, uma vez que cada decisão do Tribunal Pleno é transmitida pela TV Justiça e disponibilizada por escrito no *site* do STF.

Pelos motivos acima, as decisões monocráticas que não foram objeto de agravo regimental por qualquer das partes não foram incluídas no rol de possíveis casos para análise. Recorri, assim, à listagem de acórdãos proferidos pelo tribunal a partir de 1989, disponibilizada pela Assessoria de Gestão Estratégica mediante requerimento feito pelo *site* do STF[35]. Esse recorte temporal é compatível com a perspectiva teórica aqui adotada, segundo a qual interessa examinar se e como o STF tematiza a tensão entre legitimidade e governabilidade no contexto específico do pós-1988.

A partir do banco de dados forneci, selecionei as classes processuais *suspensão de segurança*, *suspensão de tutela antecipada* e *suspensão de liminar* e eliminei os casos

---

[34] Cf., nesse sentido, Sundfeld e Souza (2012).

[35] O requerimento foi dirigido à Central do Cidadão do STF através da seguinte página: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=centralDoCidadaoAcessoInformacao&pagina=sobreCentralCidadao> e foi atendido em 30 de novembro de 2012, com o envio da lista de decisões do Pleno proferidas no período de 20 de abril de 1989 a 29 de março de 2012.

duplicados[36]. Obtive, com isso, 565 acórdãos. Verifiquei, então, que a grande maioria dos casos fora julgada no período de 2004 a 2012. A partir da classificação por temas e da leitura das ementas, busquei então selecionar casos de temas variados e diferentes anos, na medida do possível, dentro da concentração 2004-2012[37]. A seleção obedeceu, além disso, ao seguinte critério: quais casos exemplificam melhor o conflito entre a proteção de direitos e a implementação de políticas públicas?

Cheguei, finalmente, à seguinte lista de acórdãos:

- SS 330 – Caso Plano Collor I
- SL 38 – Caso Raposa/Serra do Sol (o início)
- STA 171 – Caso da importação de pneus usados
- STA 389 – Caso ENEM *versus* dia de guarda judaico
- SS 3052 – Caso da gratuidade de transporte interestadual para idosos
- STA 175 – Caso do fornecimento de medicamento excepcional (Zavesca)
- SL 274 – Caso da concessão de rodovias no Estado do Paraná

Além das decisões propriamente ditas, tanto monocráticas quanto do Plenário, considerei relevante para a contextualização dos casos a síntese dos argumentos das partes envolvidas, obtidos a partir de consulta aos autos. O objetivo é possibilitar a comparação entre as questões levantadas em cada processo e a seleção de questões consideradas relevantes pelos ministros. Assim, a descrição dos casos é composta de uma narrativa que contém os argumentos do requerente da suspensão, da decisão monocrática da Presidência, do agravante e dos ministros que votaram em Plenário. Após cada narrativa, apresento uma análise com base nos pressupostos teóricos apresentados no capítulo anterior.

[36] Utilizo a expressão "casos duplicados" para referir-me aos processos que possuem mais de um acórdão, em virtude de diferentes recursos: o agravo regimental e os embargos de declaração. Para a etapa de seleção de casos relevantes, considerei apenas os agravos regimentais, que concentram as principais discussões realizadas pelo Plenário do STF no tocante aos pedidos de suspensão.

[37] Exceto o Caso Plano Collor I.

IV. CASO PLANO COLLOR I

Como é amplamente sabido, o choque representado pelo Plano Collor I levou diversas pessoas e entidades a contestarem em juízo as medidas econômicas do referido plano. O Banco Central (BC) foi apontado como autoridade coatora em uma sucessão de mandados de segurança, que, fundados na inconstitucionalidade da Medida Provisória 168 (convertida na Lei 8.024 de 1990), buscavam autorização liminar do desbloqueio dos ativos financeiros dos autores, com a conversão de cruzados novos em cruzeiros.

Das concessões de segurança por juízes federais de primeira instância, o BC apelou aos Tribunais Regionais Federais. Em razão do insucesso de diversos desses recursos, apresentou pedidos de suspensão ao STF. A maioria deles foi decidida monocraticamente pela Presidência da corte. Apenas dois foram objeto de decisão do Tribunal Pleno por via de agravo regimental: a SS 326 e a SS 330. Será analisada a seguir a SS 330[38], por ter sido julgada antes da SS 326 (embora com apenas um dia de diferença) e principalmente em razão da influência do tempo como fator informal de decisão do caso[39], como mostrarei adiante.

O pedido de suspensão do Banco Central

A SS 330 foi ajuizada contra decisões do TRF da 5ª Região, que negaram provimento às apelações do BC contra mandados de segurança concedidos por juízes dos Estados de Pernambuco e Ceará. Paralelamente ao pedido de suspensão, o BC interpôs recurso extraordinário.

A petição, datada de 13 de junho de 1991, apresentou em primeiro lugar um histórico do Plano Collor I, citando a Exposição de Motivos da Medida Provisória 168. Ressaltou dois trechos da Exposição: o que tratava da "defesa dos patrimônios e dos rendimentos do trabalho" contra a conjuntura econômica instável e o que afirmava não haver "cancelamento dos direitos existentes", mas apenas "o ordenamento do seu

[38] Para uma análise da decisão da SS 330 em conjunto com outros acórdãos do STF referentes ao Plano Collor I, cf. Arantes (1997).

[39] O agravo regimental na SS 326 não foi conhecido, porque interposto somente via fac-símile, que, segundo o voto condutor do Ministro Sydney Sanches, "esmaece em pouco tempo". Daí a necessidade de juntada da petição original para conhecimento do recurso. Já o agravo na SS 330, como outros processos relacionados ao Plano Collor I (indicados adiante), foi julgado prejudicado, pois a devolução dos ativos financeiros já havia sido finalizada pelo governo federal. Tendo em vista que a decisão final da SS 326 foi posterior à do agravo na SS 330, nada impediria que o STF decidisse no mesmo sentido em ambos os casos. De qualquer forma, a decisão do agravo na SS 326 implicou igualmente uma não-decisão, sem pronunciamento do Plenário do STF sobre o impacto econômico das concessões de segurança ou sobre a constitucionalidade da Lei 8.024/90.

exercício", de modo a "conciliá-los com capacidade de produção de bens e o funcionamento normal dos mercados financeiros e de capitais". Apontou ainda para o grande número de liminares e sentenças que haviam permitido a conversão de bilhões de cruzados novos, e aludiu a decisões unânimes dos Tribunais Regionais Federais da 3ª e da 5ª Região no sentido da inconstitucionalidade dos artigos da Lei 8.024/90 que determinaram o bloqueio de recursos monetários.

O BC destacou, então, alguns fatos a fim de evidenciar que as decisões impugnadas ensejariam perigo de grave lesão à economia pública. Afirmou que a conversão, antes do cronograma planejado, de cruzados novos em cruzeiros levaria ao ingresso de 3,3 vezes a base monetária existente à época, acarretando uma escalada inflacionária. Isto prejudicaria, segundo o BC, especialmente as pessoas de baixa renda, cujo consumo estaria concentrado em gêneros rapidamente sensíveis à inflação (como alimentos e vestuário). Como sustenta o requerente, tais pessoas, que compunham a maioria da população, praticamente não haviam sido atingidas pela Lei 8.024/90, que delas "pouco ou nenhum cruzado novo reteve".

Nos termos utilizados pelo BC, essa realidade prejudicial à população deveria ser "valorada juridicamente". Apesar de, fora de contexto, a expressão remeter a outro significado, a petição deu a entender que "valorar juridicamente a realidade" seria dar atenção às consequências econômicas das decisões judiciais; isto é, o direito deveria "abrir os olhos" para a realidade. A falta de atenção a esse elemento geraria "perigo de grave lesão à ordem jurídica", por haver violação do art. 5º da então denominada Lei de Introdução ao Código Civil[40], segundo o qual o juiz, na aplicação da lei, deve atender "aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Além disso, o BC sustentou que a ordem jurídica seria lesada por outro motivo: as execuções das decisões impugnadas não haviam sido precedidas de oferecimento de caução, o que resultaria, na prática, na irreversibilidade dos resultados almejados pelos impetrantes. A exigência de caução decorreria do antigo art. 588 do Código de Processo Civil, aplicável ao caso – argumentou o Banco Central – de acordo com precedente do próprio STF[41]. A conversão dos cruzados novos sem a prestação de caução – praticamente

---

[40] Decreto-lei 4657 de 1942, atualmente sob a rubrica de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

[41] A petição refere-se ao julgamento, em 8 de abril de 1976, do RE 84.334-SP, cuja ementa é a seguinte: "Execução. Em face do novo Código de Processo Civil, é provisória a execução de sentença enquanto pende o julgamento do recurso extraordinário. Por isso, afasta-se, no caso, a aplicação da súmula 228. Recurso

uma execução definitiva – estaria ocorrendo, portanto, "ao arrepio da lei positiva e da orientação desse STF".

A execução das decisões atacadas teria, por fim, efeito lesivo sobre a ordem jurídica pelo motivo de esvaziar o sentido da lei considerada inconstitucional. "[S]e o objetivo da Lei 8.024/90 foi retirar de circulação certa massa de recursos monetários, então a execução provisória de liminares ou de sentenças tornará sem feito [sic] esse propósito legal". Por conseguinte, a lei perderia globalmente sua eficácia sem que tivesse havido declaração abstrata de inconstitucionalidade pelo STF. Mesmo que o STF viesse a confirmar a constitucionalidade da Lei 8.024/90, os autores já teriam recebido os cruzeiros pleiteados, de modo que a perda de eficácia seria irreversível. Trata-se, no limite, de um argumento contra o controle difuso de constitucionalidade e a implicação, sobre a autoridade (em sentido jurídico-formal) do STF, do exercício desse controle por uma multiplicidade de instâncias inferiores.

A petição citou, ao final, a decisão da SS 315, proferida em 25 de abril de 1991 pelo Ministro Sydney Sanches, Presidente da corte, que suspendera a execução de liminar conversora de cruzados novos para cruzeiros em processo relacionado à Lei 8.024/90. Menciona também trecho do voto do Ministro Octávio Gallotti na ADI 223 (ajuizada pelo PDT contra a Medida Provisória 173), reproduzido a seguir:

> Afirma-se, Sr. Presidente, que este bloqueio poderia constituir um imposto sobre o patrimônio, um ilegítimo empréstimo compulsório ou mesmo um confisco.
>
> Ora, a supressão da possibilidade da medida liminar, num caso como esse, certamente não impede a execução da decisão definitiva que venha a determinar o levantamento do bloqueio. E, ao inverso, o que sucederia, com o deferimento generalizado das liminares (até em mandado de segurança coletivo) e a consequente injeção, no meio circulante de todas as importâncias liberadas, mesmo contra a prestação de caução?
>
> Aí sim, Sr. Presidente, é que a concessão de liminares poderia comprometer a eficácia da possível revogação da medida liminar, pelas sentenças porventura denegatórias de mandado de segurança.

O Ministro Gallotti, no trecho citado pelo BC, defendera a constitucionalidade da proibição de liminares contra as medidas provisórias do Plano Collor I com base num argumento, à primeira vista, puramente processual: a concessão das liminares teria efeitos

---

extraordinário conhecido e provido." O Ministro Moreira Alves, em voto vencedor, sustentou que a natureza provisória da execução na pendência de recurso extraordinário (contexto em que foi ajuizada a SS 330) trazia consigo a exigência de caução prevista no art. 588 do CPC. Com isso, perdeu eficácia a Súmula 228 do STF, que expressava entendimento oposto quanto à natureza da execução.

irreversíveis, o que desvirtuaria a própria natureza de uma decisão liminar. A proibição das liminares, ao contrário, não retiraria do impetrante a possibilidade de obter decisão definitiva em seu favor. É razoável supor, no entanto, que por trás desse argumento há uma ponderação de interesses: seria mais relevante e urgente estancar os efeitos da concessão de liminares sobre a economia do que evitar possível prejuízo aos autores com a demora na prestação jurisdicional.

A decisão monocrática do Ministro Sydney Sanches

Em 19 de junho de 1991, o então Presidente do STF, Ministro Sydney Sanches, decidiu favoravelmente ao pedido de suspensão do BC. A fundamentação do despacho é breve: o ministro considerou que o risco de grave lesão à economia pública fora satisfatoriamente demonstrado, citando os trechos da petição inicial que aludiam à possibilidade de escalada inflacionária com a conversão dos cruzados novos e ao potencial dano que isso causaria às classes menos favorecidas do País. Citou como precedentes as SS 321, 322, 323, 324 e 326, decididas no mesmo sentido, e ressaltou que fugia à sua competência monocrática examinar a constitucionalidade da Lei 8.024/90.

O agravo regimental dos impetrantes

Em 18 de junho de 1991, antes mesmo que o Presidente do STF deferisse a suspensão, quatro cidadãos pernambucanos dentre os impetrantes originais interpuseram *ad cautelam* agravo regimental,

> …tendo em vista despacho (…) em processo semelhante concedendo a Suspensão de Segurança no AMS 2660-PE dentre outros, caso tenha sido proferido igual despacho no pedido de Suspensão de Segurança relativo à decisão proferida no AMS 2722-PE (…).

A petição do agravo aduziu que não havia, no caso, ameaça à ordem, à segurança ou à economia públicas. Nesse sentido, mencionou a Circular 1.951 do BC, de 8 de maio de 1991, que admitira a liberação dos cruzados novos até o limite de NCZ$ 5.000.000,00, hipótese na qual o caso dos agravantes se enquadraria, afastando a alegação de lesão à economia pública.

Na ausência de lesão, o pedido do BC seria injustificado. Para reforçar esse ponto, os agravantes citaram decisão do Ministro Néri da Silveira[42] na SS 274, no sentido de que na suspensão não cabia o exame do mérito do mandado de segurança (já que tecnicamente

[42] Presidente do STF de março de 1989 a março de 1991.

não se tratava de recurso), mas apenas a verificação do potencial lesivo da decisão sobre os bens previstos em lei. O deferimento da suspensão sem esse pressuposto implicaria, portanto, restrição indevida da garantia constitucional do mandado de segurança. Nos termos da petição:

> Suspender a execução da decisão concessiva de segurança no AMS 2722-PE significa sujeitar os Agravantes aos efeitos de normas inconstitucionais, continuando os mesmos, apesar das decisões que lhes foram favoráveis, a ter violados os seus direitos constitucionalmente garantidos (…).

Os agravantes trouxeram então argumentos no sentido da inconstitucionalidade da Lei 8.024/90: o bloqueio de cruzados novos equivaleria a empréstimo compulsório, que exigia a forma de lei complementar (art. 148 da Constituição); teria havido violação de ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI), isto é, dos contratos de depósito bancário; a União teria excedido a competência para legislar sobre o sistema monetário (art. 22, VI), privando as pessoas de seus bens – especialmente o direito de propriedade – sem o devido processo legal (art. 5º, LIV); e a regulação econômica deveria ser exercida na forma da lei (art. 174).

Ressaltaram, por fim, que "o País vive atualmente em pleno Estado de Direito" e "a característica essencial do Estado de Direito é a primazia da Constituição e das leis" (fl. 174). Ao governo federal caberia zelar pela guarda da Constituição e das leis, segundo o art. 23, I da CF, sendo a guarda da Constituição também a principal competência do STF (art. 102). Pediram, assim, a reconsideração do despacho agravado para que fosse indeferida a suspensão de segurança.

Um ponto a ser destacado deste agravo regimental é que ele não se baseia apenas na inconstitucionalidade e, por conseguinte, na ilegitimidade das medidas econômicas do Plano Collor I, mas também no argumento de que o desbloqueio dos recursos monetários dos agravantes não seria lesivo à economia pública. De fato, as Circulares 1.868 e 1.951 do Banco Central, expedidas em resposta às determinações judiciais de conversão de cruzados novos, previram a possibilidade das conversões até o limite de NCZ$ 5.000.000,00 – embora o art. 1º, parágrafo único da Circular 1.951 faça a ressalva de que "[a]s disposições deste artigo não representam conformidade do Banco Central às determinações judiciais referidas nem implicam renúncia ao direito de interpor as medidas legais cabíveis tendentes à sua sustação".

Na leitura dos agravantes, as circulares do BC, na prática, estabeleceram uma margem dentro da qual o dano à economia causado pelas conversões seria suportável. O fato de terem incluído esse argumento no agravo indica que – segundo a lógica advocatícia – o ataque à política econômica apenas pela ótica da legitimidade não teria perspectiva de vitória, como já havia demonstrado a decisão monocrática do Ministro Sydney Sanches, que se negou a fazer qualquer juízo de constitucionalidade sobre o caso.

A decisão do Tribunal Pleno sobre o agravo regimental

Não obstante a cautela dos agravantes, o recurso foi julgado pelo Plenário do STF somente em 5 de novembro de 1992 – mais de um ano após sua interposição. Nesse ínterim, o processo de devolução dos ativos financeiros bloqueados fora finalizado. A ADI 534, que pedia a declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei 8024/90, e o RE 149.587, interposto pelo BC contra concessão de segurança fundada na inconstitucionalidade da lei, já haviam sido julgados prejudicados por esse motivo. O atraso do julgamento do agravo regimental na SS 330 permitiu que o tribunal – como órgão colegiado[43] – não se pronunciasse sobre a constitucionalidade da Lei 8.024/90 nem sobre o impacto econômico das determinações judiciais de conversão de cruzados novos. O Ministro Sydney Sanches, relator do processo, votou pela prejudicialidade do agravo, sendo acompanhado por todos os outros ministros.

Análise

A leitura dos autos da SS 330 mostra que o caso comportava discussão por diversas frentes, de modo que é possível observar uma clara seleção, pelo STF, das questões apresentadas pelas partes – algo que discutirei mais adiante. Mesmo o pedido de suspensão do BC buscou articular argumentativamente diferentes perspectivas, numa estratégia compreensível do ponto de vista advocatício: ora sustentou *tout court* que as decisões impugnadas seriam lesivas à economia, ora procurou apontar "lesões à ordem jurídica", como a ausência de prestação de caução pelos impetrantes, contrariando exigência legal

[43] Arantes (1997, p. 179) afirma que o julgamento da SS 330 foi "uma das poucas vezes em que o STF se viu obrigado a se manifestar sobre o mérito da MP 168 e da Lei 8.024/90". O autor refere-se à decisão monocrática do Ministro Sydney Sanches, que de fato teceu, como visto acima, claras considerações sobre o impacto econômico das concessões de segurança que o BC buscava suspender. Pode-se supor que isto não se deve apenas à competência legal do Presidente do STF para definir o que seria "lesão à economia pública". Possivelmente, a menor visibilidade e representatividade do juízo monocrático em relação às decisões do Tribunal Pleno possibilitou que o Presidente tomasse rapidamente uma decisão contrária a diversos interesses particulares sem necessariamente comprometer a imagem e a legitimidade do tribunal como um todo. De qualquer modo, rigorosamente não se pode dizer que o STF, como órgão colegiado, emitiu algum juízo de mérito sobre as normas em questão neste caso.

em caso de execução provisória, e a ilegitimidade das instâncias inferiores para negar eficácia à Lei 8.024/90, numa virtual usurpação de competência do STF.

É importante lembrar que mesmo essas duas questões jurídicas (para usar o termo do próprio requerente) foram apresentadas em ligação com uma preocupação de governabilidade: a anulação prática dos objetivos do plano econômico. Especialmente no ponto em que tratou da competência do STF e das instâncias judiciais inferiores, o BC aludiu à dificuldade representada pelo modelo híbrido de controle de constitucionalidade naquele momento histórico[44]. Por um lado, o requerente deu a entender que o Supremo, no sistema híbrido vigente, teria maior legitimidade para retirar a eficácia da lei, porque detentor da competência de controle abstrato de constitucionalidade. Mas, subjacente a essa linha de argumentação, parece estar a consciência de que a concentração do *judicial review* na corte suprema era a solução mais favorável à governabilidade.

Assim, a função que os argumentos jurídicos parecem cumprir na petição do BC é de reforço ou de legitimação das considerações sobre o pano de fundo econômico do processo. Nesse sentido, não surpreende que, ao mencionar o dever do juiz de atender aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, o BC também tenha qualificado o descumprimento desse dever como lesivo à ordem jurídica (e não somente à ordem econômica), por contrariedade à Lei de Introdução ao Código Civil. O requerente ressaltou, ainda de maneira estratégica e com apoio em precedente do STF, que a suspensão não implicava negação dos direitos das pessoas que haviam obtido decisões favoráveis nas instâncias inferiores. Na visão do governo federal, tratava-se de medida temporária (ainda que com inegáveis efeitos concretos sobre a vida dos indivíduos), destinada a contribuir para um fim social mais urgente.

Interessa observar que o Ministro Sydney Sanches considerou suficiente a via argumentativa da governabilidade para deferir a suspensão, apesar da cautela do Banco Central em apresentar fundamentos de outra ordem. Pode-se supor que isto não se deve apenas à competência legal do Presidente do STF para definir o que seria "lesão à economia pública". Possivelmente, a menor visibilidade e representatividade do juízo monocrático em relação aos julgados do Tribunal Pleno possibilitou que o Presidente tomasse rapidamente uma decisão contrária a diversos interesses particulares sem necessariamente comprometer a imagem e a legitimidade do tribunal como um todo.

---

[44] Cf. Arantes (1997).

No entanto, essa linha de raciocínio não foi referendada nem rechaçada pelo Tribunal Pleno (já que o agravo foi julgado prejudicado), o que dá indícios de que a decisão colegiada, por sua maior visibilidade, poderia ser vista como "menos legítima" ao deixar de lado a discussão da constitucionalidade da Lei 8.024/90 para privilegiar a questão econômica subjacente à causa. A divergência na seleção das questões relevantes em cada fase do processo – a governabilidade na decisão monocrática e a não-seleção/não-decisão no julgamento do agravo – reforça a hipótese de que, no caso analisado, os ministros do STF guiaram não apenas suas decisões, mas também *o modo e as razões de decidir*, de maneira estratégica com vistas a preservar a legitimidade da atuação da corte. Isto pode ser melhor compreendido se considerarmos o governo federal como principal receptor (no sentido de interlocutor) da decisão monocrática, enquanto a decisão do Tribunal Pleno parece funcionar como mensagem (ainda que a mensagem seja a ausência de decisão) aos jurisdicionados, em especial aos indivíduos e grupos ligados às profissões jurídicas, para quem a desconsideração *explícita* da Constituição pelo STF se converteria em fator de ilegitimidade.

V. CASO RAPOSA/SERRA DO SOL (O INÍCIO)

A delimitação de terras indígenas envolve decisões políticas de amplo impacto, seja em termos geográficos, seja em termos populacionais e econômicos. Nesse tipo de cenário, povos indígenas, grupos ruralistas e a administração pública local frequentemente defendem interesses conflitantes. A Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, localizada no norte do Estado de Roraima, é um caso exemplar desse tipo de impasse.

Trata-se de uma área estrategicamente importante desde o século XVIII, quando a ocupação da região mais setentrional da colônia portuguesa era considerada fundamental para a demarcação de suas fronteiras. Em vista disso, os colonizadores utilizaram em seu favor a presença dos diversos povos indígenas lá estabelecidos (FARAGE; SANTILLI, [s.d]).

O processo demarcatório das terras indígenas no norte de Roraima iniciou-se com a formação de sucessivos grupos de trabalho pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a partir de 1977. Apenas em 1993 foi elaborado parecer conclusivo, pelo qual a FUNAI propôs ao Ministério da Justiça o reconhecimento da extensão contínua de 1,67 milhão de hectares. O parecer foi objeto de diversas contestações na esfera administrativa – de acordo com o Decreto 1.775 de 1996[45] – por parte de ocupantes não-índios da região e do Estado de Roraima; todas foram rejeitadas através do Despacho 80/1996, assinado pelo então Ministro da Justiça, Nelson Jobim. Entretanto, o mesmo despacho determinou a redução da área a ser demarcada, visando à conciliação de interesses concorrentes como medida de "interesse público" (*apud* MOTA; GALAFASSI, 2009). Nessa linha, o despacho previu que a demarcação não incluísse algumas propriedades privadas, sedes de municípios e vilas, e vias públicas[46].

---

[45] O Decreto 1.775 de 1996 foi editado no início do governo de Fernando Henrique Cardoso e instituiu novas regras para o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, anteriormente disciplinado pelos Decretos 22/1991 e 608/1992 (MOTA; GALAFASSI, 2009). A principal previsão do decreto foi a possibilidade de manifestação dos Estados, municípios e "demais interessados", a fim de pleitear indenização ou "demonstrar vícios, totais ou parciais," do relatório elaborado pelo órgão federal de assistência ao índio (art. 2º, § 8º). Essa alteração procedimental não ficou livre de críticas por parte dos defensores dos direitos indígenas: segundo algumas dessas críticas, praticamente qualquer pessoa poderia ter interesse em contestar a demarcação, contrariando a disciplina constitucional da matéria, segundo a qual apenas a União (quanto ao domínio das terras) e os próprios indígenas (quanto à posse e usufruto) seriam partes interessadas. Além disso, as oligarquias estaduais e municipais seriam manifestamente contrárias aos direitos indígenas: "[f]oi justamente para proteger os indígenas do raio de ação destes interessados que o sistema jurídico brasileiro atribuiu ao plano federal a competência para a ação legislativa, executiva e judicial atinente a estes povos" (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, 2004).

[46] Mais especificamente, o Despacho 80/1996 determinou a exclusão das propriedades privadas tituladas pelo INCRA a partir de 1982; da chamada "Fazenda Guanabara"; da sede do município de Uiramutã e das vilas de

A decisão de Nelson Jobim foi revogada por Renan Calheiros quando este assumiu a chefia do Ministério da Justiça. Em 1998, Calheiros editou a Portaria 820, declarando de posse permanente dos povos indígenas a área contínua referida no parecer da FUNAI, com exceção apenas das instalações pertencentes ao 6º Pelotão Especial de Fronteira e da sede do município de Uiramutã (*apud* MOTA; GALAFASSI, 2009). A portaria foi objeto de diferentes tentativas de contestação, por via judicial ou legislativa. O Estado de Roraima impetrou mandado de segurança no Superior Tribunal de Justiça e obteve liminar no sentido da suspensão parcial da Portaria 820; ao examinar o mérito da ação, todavia, o tribunal julgou-a improcedente. Em 1999, o Senador Mozarildo Cavalcanti (RR) chegou a apresentar projeto de decreto legislativo com o objetivo de sustar a portaria, sem, contudo, conseguir sua aprovação[47].

No mesmo ano de 1999, três cidadãos de Roraima (Silvino Lopes da Silva, Luiz Rittler Britto de Lucena e Alcides da Conceição Lima Filho) ajuizaram ação popular, também pedindo a suspensão e declaração de nulidade da Portaria 820/1998. Este foi o estágio inicial do litígio que levou ao STF, pela primeira vez, a questão da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, através de um pedido de suspensão de liminar – a SL 38.

Como o parágrafo anterior dá a entender, o julgamento da SL 38 não foi a única ocasião em que o Supremo debateu e decidiu sobre as referidas terras indígenas. Na verdade, a discussão do "caso Raposa/Serra do Sol" pelo STF compõe-se de uma série de ações propostas em diferentes momentos, que versaram a respeito da Portaria 820/1998 e posteriores regulamentos sobre a mesma matéria. De todas essas ações, ganhou especial notoriedade a Petição 3388, ajuizada em 2005 pelo então Senador Augusto Botelho (RR) com o objetivo de suspender a Portaria 534, editada no mesmo ano pelo Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos e homologada por decreto presidencial (sem número) de Luís Inácio Lula da Silva. A Portaria 534 de 2005 declarou a posse dos povos indígenas sobre uma área contínua de 1,74 milhão de hectares e previu, de maneira conciliatória, um número maior de ressalvas do que aquelas contidas na Portaria 820/1998[48]. O julgamento

---

Surumu, Água Fria, Socó e Mutum; e vedou o uso exclusivo pelos indígenas das vias públicas e respectivas faixas de domínio público existentes na área demarcada.

[47] Trata-se do Projeto de Decreto Legislativo 106 de 1999. Tanto a Comissão de Assuntos Sociais quanto a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal opinaram pela rejeição do projeto, que não chegou a ser levado à deliberação em plenário e foi arquivado em 2007, ao final da 52ª Legislatura (BRASIL, 2013).

[48] As ressalvas da Portaria 534/2005 foram as seguintes: a terra indígena situada na faixa de fronteira ficaria submetida ao disposto no artigo 20, § 2º da Constituição (ou seja, seria considerada fundamental para defesa do território nacional, com ocupação e utilização reguladas em lei); ficariam excluídos da terra indígena a

da Petição 3388 pelo Plenário do STF foi finalizado apenas em 2009, em razão de pedidos de vista dos Ministros Menezes Direito e Marco Aurélio. A corte decidiu pela manutenção da Portaria 534, estabelecendo ainda uma série de condições a serem observadas na demarcação e ocupação da terra indígena.

Para este trabalho, interessa analisar a SL 38 como momento inicial em que o STF se debruçou sobre o caso Raposa/Serra do Sol. Além de pertencer ao tipo de processo escolhido como objeto deste trabalho, o julgamento da SL 38 merece atenção por ser uma tomada de posição consideravelmente diferente daquela adotada a respeito da Petição 3388, quando o caso já havia recebido maior publicidade.

Como já mencionado acima, em 1999, Silvino Lopes da Silva e outros ajuizaram ação popular[49], com pedido de antecipação de tutela, contra a Portaria 820 de 1998 do Ministério da Justiça. O juízo de primeira instância deferiu parcialmente a tutela antecipada, para suspender os efeitos da portaria quanto aos núcleos urbanos e rurais já constituídos e quanto aos equipamentos, instalações e vias públicas federais, estaduais e municipais.

Contra a tutela antecipada, o Ministério Público Federal e a Comunidade Indígena Maturuca interpuseram agravos de instrumento[50]. A Desembargadora Selene Maria de Almeida, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, não apenas desproveu os agravos, como ampliou a suspensão dos efeitos da portaria questionada, de modo a excluir da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol (TI-RSS) as seguintes áreas: a faixa de fronteira, até que fosse convocado o Conselho de Defesa Nacional para opinar sobre o uso desse território; a área da unidade de conservação ambiental Parque Nacional Monte Roraima; os Municípios, as vilas e as respectivas zonas de expansão; as rodovias estaduais e federais e faixas de domínio; os imóveis com propriedade ou posse anterior ao ano de 1934; e as plantações de arroz irrigadas no extremo sul da terra indígena.

área do 6º Pelotão Especial de Fronteira, os equipamentos e instalações públicas estaduais e federais já existentes, a sede do município de Uiramutã, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos de rodovias públicas estaduais e federais já existentes; ficaria proibido o ingresso, trânsito e permanência de pessoas ou grupos não-indígenas dentro do perímetro especificado, ressalvadas autoridades federais e particulares autorizados; e o Parque Nacional do Monte Roraima ficaria submetido à gestão compartilhada e a regime jurídico de dupla afetação (MOTA; GALAFASSI, 2009).

[49] Ação Popular 1999.42.00.000014-7, perante a 1ª Vara da Justiça Federal em Roraima.

[50] Agravos de Instrumento 2004.01.00.01116-9/RR e 2004.01.00.010111-0/RR, perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

O Ministério Público Federal apresentou, então, pedido de suspensão ao STF, protocolado em 21 de maio de 2004. O pedido voltou-se contra a execução tanto da liminar concedida na ação popular, quanto das decisões proferidas nos agravos de instrumento.

O pedido de suspensão do Ministério Público Federal

Com base no art. 4º, *caput* e § 1º da Lei 8437/92, o Ministério Público Federal argumentou que as decisões na ação popular e nos agravos de instrumento deveriam ser suspensas por configurarem "lesão à ordem jurídica" e "ameaça à segurança pública". A lesão à ordem jurídica decorreria da violação de normas contidas no Capítulo VIII da Constituição, especialmente o art. 231, *caput*, §§ 1º e 2º[51], e os arts. 215[52] e 216[53]. Já a

---

[51] "Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes."

[52] "Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais."

Ressalte-se que, na época do pedido de suspensão, ainda não havia sido adicionado o § 3º ao art. 215 (incluído pela Emenda Constitucional 48/2005), que trata do Plano Nacional de Cultura.

[53] "Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
I - as formas de expressão;
II - os modos de criar, fazer e viver;
III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.
§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.
§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.
§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.
§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.
§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.
§ 6 º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

ameaça à segurança pública residiria na possibilidade de conflito entre os indígenas e outros interessados na ocupação da área.

O MPF ressaltou, em primeiro lugar, que a questão apresentada era de índole exclusivamente constitucional, de modo a atrair a competência do STF. Para sustentar a inconstitucionalidade das decisões atacadas, evocou o reconhecimento, pela Constituição de 1988, da pluralidade étnica e cultural da nação brasileira. Segundo esse paradigma, caberia ao Estado proteger grupos étnicos com história e tradições diversas e "garantir espaço e permanência para essa diferenciação". O interesse público inerente à causa estaria em "assegurar o formato de nação brasileira tal como configurado pela Constituição de 1988 - única, não obstante, plural".

Sendo o território físico imanente à identidade e cultura indígena, uma das formas de garantia dessa cultura seria a manutenção dos territórios indígenas tradicionais, como espaços simbólicos de produção e reprodução cultural.

Segundo o MPF, a norma contida no art. 231 da Constituição veicularia disposição típica de direito fundamental, por definição indisponível e de aplicabilidade imediata,

> …por disponibilizar a esses grupos o direito à vida compartilhada, por permitir-lhes a eleição de seu próprio destino, por assegurar-lhes, ao fim e ao cabo, a liberdade, que lhes permite instaurar novos processos, escolhendo fins e elegendo os meios necessários para a sua realização, e não mais submetê-los a uma ordem pautada na homogeneidade, onde o específico de sua identidade se perdia na assimilação ao todo. É, ainda, o direito de igualdade que se materializa concretamente, assim configurada como igual direito de todos à afirmação e tutela de sua própria identidade.

A supressão do direito dos índios à terra por via administrativa, legislativa ou judicial, sem fundamento em estudos antropológicos, implicaria negação da diversidade, "pois o outro – no caso, os índios – apenas existiria a partir destes atores públicos – juiz, administrador, legislador – e na forma por eles eleita". O MPF argumentou que, caso fosse verificado equívoco nos estudos antropológicos, a única alternativa seria a realização de novo estudo, nunca a fixação dos limites do território por ato de autoridade, já que a perspectiva antropológica seria a única apta a compreender a complexidade da cultura indígena. Nesse sentido, não haveria justificativa aceitável para a suspensão da Portaria

---

I - despesas com pessoal e encargos sociais;
II - serviço da dívida;
III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados."

820/1998, que apenas realizara o que determinado pela Constituição: medidas destinadas a assegurar a posse permanente e o usufruto exclusivo da terra pelos índios.

O fato de a Terra Indígena Raposa/Serra do Sol localizar-se em zona de fronteira não poderia inviabilizar seu reconhecimento e proteção, uma vez que a observância do direito à diversidade étnica deveria pautar o exercício do poder do Estado e não ser impedida por este. O Ministério Público Federal ressaltou que o Ministro Nelson Jobim, Presidente do STF à época, adotara esse posicionamento enquanto Ministro da Justiça.

Da mesma forma, não poderiam prevalecer os direitos de proprietários de terras tituladas antes de 1934, pois caberia, neste caso, a indenização aos titulares, mantendo-se a plenitude do território indígena. Ainda que fossem colocados em pé de igualdade o direito indígena e os interesses públicos e privados com ele conflitantes, a completa desconsideração do direito indígena à terra impossibilitaria a compatibilização de interesses, "em afronta à unidade e coerência do texto constitucional".

Quanto à ameaça à segurança pública, o MPF sustentou que os índios habitantes da TI-RSS, conscientes de seus direitos constitucionalmente reconhecidos, viram-nos frustrados por constante oposição, engendrada principalmente pelo governo do Estado de Roraima. Isto resultou numa situação de tensão, que teria atingido seu ápice com a liminar na ação popular. Na visão do MPF,

> Refoge à compreensão do índio o caráter precário e provisório da medida. No seu entender, não podem mais contar com a "justiça do branco", razão que os leva a adotar os únicos meios ao seu alcance. Tudo em nome da defesa daquilo que lhes é mais caro: a sua terra.

A possibilidade de conflito na área seria, segundo essa visão, iminente.

Em relação ao restante da petição do Ministério Público Federal, o argumento da lesão à segurança pública parece ser subsidiário, porque veiculado muito brevemente ao final do documento. Assim, o pedido de suspensão fundamentou-se principalmente nas chamadas "lesões à ordem jurídica", expressão que se refere a nada mais que a inconstitucionalidade das decisões impugnadas.

A decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie

Possivelmente em razão de ter se manifestado sobre o assunto como Ministro da Justiça (fato lembrado na petição inicial do MPF), o Ministro Nelson Jobim, então Presidente do STF, declarou seu impedimento para julgar o pedido de suspensão, em

despacho de 8 de junho de 2004. O processo foi então remetido à Vice-Presidente da corte, Ministra Ellen Gracie.

Em decisão monocrática de 29 de junho de 2004, a ministra indeferiu o pedido de suspensão, com base em argumentos processuais e de mérito.

Quanto ao aspecto processual da causa, a Ministra Ellen Gracie afirmou que não houvera esgotamento da instância inferior, já que o MPF não havia interposto agravo regimental contra as decisões monocráticas no âmbito do TRF da 1ª Região. O esgotamento da instância, segundo a ministra, seria uma exigência decorrente da jurisprudência do STF (embora sua decisão não cite precedentes).

A ministra reconheceu a competência do STF para apreciar o pedido de suspensão, uma vez que, na origem, a ação popular alegara a violação de normas constitucionais, como o direito de ir e vir dos não-índios, pela Portaria 820/1998.

Quanto ao mérito do pedido, a Ministra Ellen Gracie reiterou os fundamentos das decisões do TRF para ressaltar que, além da ofensa ao direito de ir e vir, a causa tratava de outras questões relevantes, que impediam o deferimento da suspensão. Em primeiro lugar, haveria interesse nacional na proteção da fronteira com a Venezuela e a Guiana, região sujeita a atividades como garimpo ilegal, contrabando, narcotráfico e biopirataria. Seria necessário, nesse sentido, que as Forças Armadas e a Polícia Federal tivessem ampla liberdade de atuação na área, concretizando sua missão constitucional[54].

Em segundo lugar, a demarcação da terra indígena nos termos da Portaria 820/1998 causaria retrocesso econômico à região, por uma série de razões: a indissociabilidade econômica entre as comunidades indígenas e não-indígenas; a restrição da utilização de rodovias estaduais, com o abandono de sua manutenção pelo governo de Roraima; a extinção de empregos de índios e não-índios; e a inutilização de lavouras de arroz irrigado, considerando que apenas 7,2% da área total de Roraima estariam disponíveis para a atividade agropecuária. Ademais, as decisões impugnadas pelo MPF haviam acertado, segundo a ministra, ao garantir o direito dos proprietários cujos títulos fossem anteriores à Constituição de 1934.

Com base nessas observações, a ministra argumentou que a suspensão das decisões causaria maior dano à ordem e à economia pública do que sua manutenção. Nesse sentido,

[54] Cf. os artigos 142 e 144, § 1º da Constituição Federal.

a "ausência de lesão ao interesse público" é o que tecnicamente a levou a indeferir a suspensão, mas a decisão deixou transparecer, a rigor, uma ponderação de interesses. Ao final, as "lesões à ordem jurídica e à segurança pública" apontadas pelo Ministério Público Federal não seriam suficientes para superar as razões de interesse público que, na visão da Ministra Ellen Gracie, haviam justificado a suspensão da Portaria 820/1998.

O agravo regimental do Ministério Público Federal

Em 6 de agosto de 2004, o Ministério Público Federal interpôs agravo contra o despacho da Ministra Ellen Gracie. O recurso reproduziu, em grande medida, os pontos apresentados na petição inicial. Além de rebater o argumento processual sobre o esgotamento de instância[55], ele refutou diretamente as suposições – que apareceram nas decisões tanto do TRF quanto da Ministra Ellen Gracie – de que a demarcação da TI-RSS seria prejudicial à proteção das fronteiras nacionais e ao desenvolvimento econômico da região.

Segundo o MPF, a ocupação humana seria benéfica à proteção das fronteiras, concepção adotada pelo próprio Projeto Calha Norte[56] desde sua criação. "[A]o se verificar ameaça na presença indígena nessa região, apenas se pode concluir que, ou se recusa aos índios a condição de homem, ou se os tem por incapazes para os fins daquele Projeto. Quaisquer das conclusões seriam, no mínimo, pouco nobres". Na mesma linha, dizer que a demarcação de terra indígena impede o desenvolvimento econômico seria negar o papel dos índios como partícipes no projeto de desenvolvimento do País, ou "negar que as atividades produtivas por eles desenvolvidas não possam assim ser qualificadas".

Ao reiterar que as decisões impugnadas representavam ofensa à ordem e segurança públicas, o MPF reconheceu explicitamente – e nestes termos – que se tratava de uma ponderação de interesses. Assim, buscou convencer o tribunal de que as lesões apontadas eram significativas a tal ponto que os interesses que buscava tutelar – ordem pública/jurídica e segurança pública – deveriam ser considerados, neste caso, superiores aos interesses públicos conflitantes.

---

[55] O MPF lembra que, de acordo com o regimento interno do TRF da 1ª Região, não cabe agravo regimental contra decisão monocrática que confere ou nega efeito suspensivo a agravo de instrumento. Portanto, o pedido de suspensão poderia voltar-se diretamente contra as decisões da Desembargadora Selene Maria de Almeida.

[56] O Projeto Calha Norte foi criado em 1985 pelo governo Sarney. Hoje chamado de Programa Calha Norte, é subordinado ao Ministério da Defesa. Consiste na ocupação da fronteira norte do País por unidades militares e no repasse, aos Estados e Municípios abrangidos pelo programa, de recursos orçamentários a serem utilizados em projetos de infraestrutura e aquisição de equipamentos.

A petição dos autores da ação popular e o despacho do Ministro Sepúlveda Pertence

Antes que o Plenário do STF examinasse o agravo regimental do MPF, os autores da ação popular protocolaram petição em 24 de agosto de 2004, com pedido de "medida urgente". Alegaram que os indígenas da Comunidade Maturuca, ligados ao Conselho Indígena de Roraima (CIR) e "comandados" por funcionários da FUNAI, de ONGs e do Conselho Indígena Missionário (CIMI), estariam invadindo imóveis rurais cujas propriedades e posses eram anteriores à Constituição Federal de 1934 e plantios irrigados de arroz, e interditando o trânsito nas estradas federais, estaduais e municipais. Teriam impedido, como descreveram os autores, outros indígenas não ligados ao CIR de transitar pelas estradas, e sujeitado esses outros indígenas a agressões físicas e saques.

Com base nessas afirmações, os autores alertaram para o agravamento dos conflitos e da desordem na região, "comprometendo a autoridade do poder judiciário". Requereram, por isso, "providências no sentido de determinar o imediato cumprimento das decisões liminares" (fl. 286); se preciso, com o auxílio das Polícias Federal e Militar.

O Ministro Sepúlveda Pertence[57] negou, em despacho de 26 de agosto, o pedido dos autores, por considerar que os fatos descritos eram muito vagos e não autorizavam a adoção de medida cautelar.

A decisão do Tribunal Pleno sobre o agravo regimental

A questão foi decidida pelo Tribunal Pleno em 1º de setembro de 2004. Por unanimidade, o STF negou provimento ao agravo do MPF, mantendo a decisão da Ministra Ellen Gracie. O acórdão foi formado apenas pelo voto da Vice-Presidente, com os demais ministros registrando sua concordância em ata.

O voto da Ministra Ellen Gracie foi relativamente breve (seu registro não ultrapassa duas páginas). Segundo a ministra, as decisões impugnadas não violaram o art. 231 da Constituição, pois haviam sido adotadas "com o propósito de evitar uma mudança radical e de difícil restabelecimento no atual estado de fato da região envolvida num momento em que o ato administrativo em exame passa por um legítimo controle jurisdicional de legalidade".

---

[57] Com o impedimento do Ministro Nelson Jobim e na ausência da Ministra Ellen Gracie, cabia ao Ministro Sepúlveda Pertence exercer interinamente a Presidência, em razão da antiguidade no tribunal (art. 37, I do Regimento Interno do STF).

Haveria, na região objeto da controvérsia, "outros interesses igualmente resguardáveis" na visão da ministra. A afirmação é aparentemente conciliadora. Neste ponto, o voto não é preciso quanto a quais interesses, afinal, deveriam prevalecer no caso – se os interesses indígenas ou os de agricultores, do Estado e de outras partes conflitantes. Não obstante sua sutileza, o voto é suficientemente claro no sentido de que os interesses tutelados pelo Ministério Público Federal não autorizavam a suspensão de liminares que visavam a impedir a demarcação da terra indígena. Isto é: *in dubio*, contra a suspensão, o que na prática significou decidir contra a demarcação nos termos da Portaria 820. Há, claramente, vencedores e perdedores nesse momento da controvérsia.

A ministra ressaltou, ainda, que a existência de outros interesses além dos interesses indígenas deixara a Portaria 820/1998 pendente de homologação presidencial até o momento daquele julgamento, quase seis anos após a edição da portaria. Esse impasse teria provocado insegurança jurídica para a população atingida, para o Estado de Roraima e seus municípios. Nesse sentido, o voto citou o Relatório nº 3/2004 da Comissão Temporária Externa do Senado Federal, que recomendara que se evitasse, na demarcação da terra indígena, áreas cuja inclusão pudesse gerar problemas de ordem política, econômica e social, violação de atos jurídicos perfeitos ou risco à defesa das fronteiras. Visto que a portaria estava pendente de confirmação tanto judicial quanto política, a Ministra Ellen Gracie considerou correta a suspensão liminar de seus efeitos.

Análise

Primeiramente, é possível constatar que a Ministra Ellen Gracie e o Ministério Público Federal desenvolveram a maioria de seus argumentos em linhas paralelas: a ministra, apoiada pelo restante de seus pares, assumiu a perspectiva segundo a qual se deveria evitar certas consequências da Portaria 820/1998, não obstante a proteção dos direitos indígenas; a defesa desses mesmos direitos, independentemente dos efeitos da portaria sobre outros interesses, foi a principal linha seguida pelo MPF. Mesmo quando o MPF e a Ministra Ellen Gracie utilizaram outros caminhos argumentativos – no caso do MPF, a possível ameaça à segurança pública e, no caso da ministra, a proteção do direito de ir e vir dos não-índios e dos títulos agrários anteriores a 1934 –, os argumentos apresentados não tiveram réplica direta.

Portanto, a partir das manifestações no processo, é possível identificar duas oposições: primeiro, no plano constitucional, aparece a oposição entre o direito indígena à

terra e o direito de ir e vir dos não-índios, tendo em vista que a demarcação da terra indígena pressupunha a posse exclusiva dos índios. Segundo, no plano da política indigenista e seus efeitos (pode-se dizer: no plano da governabilidade), há oposição entre as consequências sobretudo econômicas da demarcação e o risco de conflito entre índios e não-índios caso a posse da terra não fosse outorgada aos primeiros.

Nesse sentido, tanto requerente e julgadora transitaram pelas rotas da legitimidade e da governabilidade, ora debruçando-se os direitos envolvidos no caso e defendendo um dos pólos opostos, ora avaliando os efeitos da política de demarcação (ou da anulação prática dessa política). Contudo, nem sempre andaram sobre a mesma faixa, ou seja, quase não dialogaram sobre os mesmos aspectos da controvérsia.

Apenas no julgamento do agravo, a Ministra Ellen Gracie estabeleceu tênue diálogo com os argumentos do MPF: não discordou de que os povos indígenas tivessem direito à terra (afinal, trata-se de previsão constitucional), mas tampouco examinou a fundo as assertivas do MPF a respeito da melhor maneira de garantir esse direito, julgando prioritária a proteção dos outros interesses envolvidos no caso. O voto não admitiu que a atenção a esses outros interesses pudesse ser prejudicial aos direitos indígenas, e nesse sentido adquiriu um aparente tom conciliatório. Apesar disso, pela própria natureza do pedido, a solução adotada foi binária: a ministra considerou mais adequado manter a suspensão da Portaria 820 e postergar a demarcação da terra indígena.

Também houve tentativa de diálogo no momento em que o Ministério Público Federal apresentou réplicas a algumas premissas adotadas pela Ministra Ellen Gracie na decisão monocrática: a necessidade do esgotamento de instância e o receio quanto à proteção das fronteiras e ao desenvolvimento econômico da região. Entretanto, no julgamento do agravo, a ministra não deu continuidade a esse diálogo; somente reafirmou que a possibilidade de danos advindos da aplicação da Portaria 820 já havia sido suficientemente demonstrada.

Se, por um lado, pode-se dizer que a Ministra Ellen Gracie privilegiou a "solução politicamente possível" do caso, realizando uma ponderação dos interesses envolvidos para evitar a implementação da política demarcatória no estado em que se encontrava, por outro lado, a menção a direitos conflitantes com os direitos indígenas – dentro da perspectiva da legitimidade – colabora para desviar momentaneamente o foco da decisão da ministra. Penso que não se deve subestimar a função retórica desta invocação de direitos. Se

considerações ligadas à governabilidade podem ser vistas como prejudiciais à principal função desempenhada pelo STF na democracia brasileira (a guarda da Constituição)[58], ou seja, se a desconsideração de direitos em face de outros interesses não é vista como legítima, uma decisão que apresente um obstáculo "em pé de igualdade" com o direito envolvido – isto é, outro direito fundamental – ganha força persuasiva.

Outro aspecto importante da SL 38 é o uso da suspensão de liminar pelo poder público como instrumento de defesa de direitos e não necessariamente como garantia de governabilidade. Isto tem a ver, certamente, com o fato de que a suspensão foi requerida pelo Ministério Público, a quem a Constituição expressamente atribui a função de proteger os direitos e interesses das populações indígenas.

A suspensão como veículo de impugnação de "lesões à ordem jurídica" assemelha-se, assim, a um recurso propriamente dito, em que importa mais o chamado mérito da decisão atacada (a possível lesão a direitos) do que a discussão de outros resultados concretos dessa decisão. A breve menção à possibilidade de ameaça à segurança pública, na petição do MPF, aparenta ser argumento subsidiário. É razoável supor que esse argumento de índole consequencialista tenha sido estrategicamente inserido na petição para não invalidar a escolha da suspensão como via processual. Desse modo, o significado do indeferimento da suspensão, neste caso, não pode ser entendido como mera contraposição entre interesse público e interesses particulares: decidir contra o poder público não foi equivalente a desconsiderar a perspectiva da governabilidade para dar primazia a direitos. Na verdade, houve uma seleção, por parte da Ministra Ellen Gracie e dos ministros que a acompanharam, das questões relevantes em ambas as perspectivas – isto é, de quais direitos deveriam ser protegidos e quais consequências práticas deveriam ser evitadas.

[58] Cf., a esse respeito, a posição de Vieira (2002, p. 220): "(…) um tribunal como o Supremo deveria decidir em maior conformidade com uma ética de *princípios* do que com uma ética de resultados, *consequencialista*. É a partir de sua interpretação da Constituição que deve o tribunal derivar suas decisões. Não cabe a ele explorar as eventuais consequências, em bases utilitárias, de uma ou outra decisão, para assumi-la como correta. Esta função foi entregue pela Constituição aos demais Poderes, que são responsáveis politicamente."

VI. CASO DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS

A questão da importação de pneus usados no Brasil deve ser compreendida no contexto mais amplo das políticas de comércio exterior: a adoção, entre as décadas de 1930 e 1980, do modelo de substituição de importações e o abandono gradual dessa política através da desregulamentação realizada a partir da década de 1990, na esteira do Consenso de Washington. A liberalização das importações foi caracterizada pelo gradualismo e "pautada por um *princípio de clara discriminação* quanto aos setores afetados: a proteção aos bens de consumo foi reduzida mais rápida e acentuadamente do que a dos bens de capital e de insumos intermediários" (SOLA, 1993, pp. 250-251)[59].

Assim, ao examinarmos a regulamentação do comércio exterior já no governo Collor, veremos que este governo não apenas manteve determinadas restrições, como também criou, efetivamente, outras barreiras. Em 14 de maio de 1991, foi expedida a Portaria nº 08 do Departamento de Comércio Exterior (DECEX, então ligado ao Ministério da Fazenda), proibindo a importação de bens de consumo usados. Essa proibição foi, ao longo dos anos, gradualmente abrandada, mas não totalmente abandonada. Atualmente, dentre todos os bens de consumo usados, apenas não se permite a importação de carcaças de pneus usados e de pneus reformados, em virtude da Portaria nº 14 da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), de 2004, e da Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), de 1996. Em virtude de acordos internacionais, a regra não se aplica apenas aos pneus reformados provenientes do Mercosul.

A proibição da importação de pneus reformados foi contestada pela União Europeia no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), que obteve decisão favorável em 2008, conferindo-lhe o direito de propor retaliação caso o Brasil não bloqueasse, igualmente, as importações de pneus reformados do Mercosul. A defesa apresentada pelo país na organização internacional justificou a proibição com base na necessidade de proteção do meio ambiente e da saúde pública.

Apesar disso, diversas empresas importadoras de pneus usados para reforma e venda no mercado brasileiro obtiveram decisões judiciais que afastaram essa vedação. Dois casos chegaram ao STF através de pedido de suspensão de tutela antecipada, de autoria da União (STA 171 e STA 118). Além disso, a questão foi discutida no âmbito do controle

[59] Isso pode ser melhor compreendido se considerarmos que a redução das tarifas aduaneiras para bens de consumo foi empregada no contexto da estabilização econômica e, portanto, como medida antiinflacionária, visando à restrição do poder de mercado dos oligopólios (SOLA, 1993).

abstrato de constitucionalidade, por meio da ADPF 101, e em audiência pública convocada pela Ministra Cármen Lúcia, relatora da ADPF mencionada.

Ambas as suspensões de tutela antecipada foram julgadas pelo Plenário, via agravo regimental, em 12 de dezembro de 2007, em meio à discussão sobre a proibição da importação de pneus reformados na OMC. A STA 171 foi escolhida para análise porque seu julgamento foi realizado em segundo lugar, e nele foi utilizado como precedente o acórdão sobre a STA 118.

O caso envolve o Instituto BS Colway Social (IBS), uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), mantida pela empresa paranaense BS Colway Pneus, dedicada à importação e reforma de pneus usados.

Um dos objetivos da referida OSCIP, segundo seu estatuto social, era "comercializar, importar e exportar insumos, bens e serviços de reconhecido valor social". O IBS atuava, assim, no abastecimento do setor nacional de reforma de pneus usados através da importação desta matéria-prima, em razão da carência de matéria-prima de qualidade no mercado interno. Portanto, além de atender à demanda da BS Colway Pneus, o Instituto importaria para outras empresas reformadoras, reunidas na Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus (ABR) e na Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados (ABIP).

O IBS ajuizou, em fevereiro de 2006, ação ordinária com pedido de tutela antecipada[60] contra a União e o IBAMA, pedindo a emissão de licenças de importação de pneus usados, em conformidade à Portaria INMETRO 133/2001 e à Resolução CONAMA 258/1999. O motivo da ação era a proibição, prevista na Portaria SECEX 14/2004, da emissão de licenças para esse tipo de matéria-prima, bem como a proibição de sua importação pela Resolução CONAMA 23/1996. O pedido do Instituto baseou-se na alegação de inconstitucionalidade e ilegalidade dessas normas.

A antecipação de tutela foi indeferida em primeira instância, de modo que o Instituto interpôs agravo de instrumento perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O agravo foi indeferido por decisão monocrática, que foi reformada em agravo regimental pela Primeira Turma Suplementar do tribunal – permitindo, afinal, a emissão das licenças

[60] Processo 2006.70.00.003656-4, perante a Vara Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba, Seção Judiciária Federal do Paraná.

pretendidas pelo IBS. Desta decisão no agravo regimental, a União apresentou pedido de suspensão ao STF, em 15 de outubro de 2007.

O pedido de suspensão da União

A União iniciou sua petição afirmando que o STF tinha competência para examinar o pedido de suspensão, uma vez que o IBS baseara o pedido da ação original em normas constitucionais. Além disso, argumentou que o acórdão do TRF da 4ª Região gerava lesão à "ordem jurídico-constitucional", por contrariar o disposto em diversos artigos da Constituição – argumento que será detalhado adiante.

Uma parte considerável da petição foi dedicada a considerações sobre a natureza das decisões do STF ao julgar pedidos de suspensão. A União argumentou, com base em alguns precedentes do tribunal[61], que tais decisões equivaliam a um "misto entre atividade política e jurídica", de natureza análoga à de uma decisão cautelar quanto aos requisitos a serem examinados: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Segundo esse argumento, seria indispensável, no pedido de suspensão, uma incursão "superficial e não exauriente" no mérito da ação, um "juízo mínimo de delibação" (*fumus boni iuris*). Esta seria, nas palavras da União, a "seara da juridicidade", enquanto o exame do *periculum in mora*, isto é, das possíveis consequências negativas da decisão impugnada, seria a "seara política".

Essa linha de raciocínio preparou o terreno para que a União combinasse argumentos relativos tanto à "juridicidade" da decisão impugnada quanto às possíveis lesões que ela acarretaria ao interesse público, buscando evitar que o pedido de suspensão fosse caracterizado como mero "sucedâneo recursal".

Quanto aos efeitos indesejados da decisão do TRF, a União ressaltou que a permissão da importação de pneus usados poderia causar lesão ao equilíbrio do meio ambiente e à saúde pública. De acordo com a petição, deveria ser reduzida ao máximo a presença de tais pneus no território brasileiro, pois não havia método de eliminação completa desses resíduos que não acarretasse riscos ao meio ambiente. O método mais usado, a incineração, produziria gases tóxicos e cancerígenos; outros métodos seriam demasiadamente dispendiosos. Além disso, o acúmulo de pneus causaria incêndios de longa duração e grandes dimensões e geraria criadouros de mosquitos transmissores de doenças como dengue e febre amarela. A petição também lembrou que o aterro de pneus,

[61] SS-AgR 846 (rel. Min. Sepúlveda Pertence) e SS-AgR 1740 (rel. Min. Carlos Velloso).

assim como na Comunidade Europeia, não é permitido no Brasil, em razão do risco de liberação de resíduos sólidos e líquidos que contaminam o solo.

Para ilustrar o mencionado risco, a União afirmou que o Brasil gerava anualmente um passivo de aproximadamente 40 milhões de pneus usados, sem contar os importados em virtude de permissão judicial, e que a empresa BS Colway era a maior reformadora de pneus do mundo, o que potencializava os reflexos ambientais derivados de sua importação para o Brasil.

A União citou, de modo a reforçar a necessidade de proibição da importação, uma petição apresentada pelo Brasil perante a Organização Mundial do Comércio (OMC), na qual a proibição foi defendida por motivos ambientais. O documento citado sustentou que essa era a única opção de gerenciamento de resíduos de pneus que não punha em risco a saúde humana e o meio ambiente.

A petição fez três outras breves considerações sobre consequências negativas da decisão impugnada. Primeiro, argumentou que ela gerava desequilíbrio econômico entre a BS Colway Pneus e outras empresas que não tiveram a importação autorizada judicialmente. Segundo, que a potencialidade lesiva da decisão residia também no "efeito multiplicador", isto é, na possibilidade de que se tornasse precedente para novos julgamentos no mesmo sentido. E terceiro, que os danos por ela causados eram praticamente irreversíveis, tendo em vista o fato consumado da importação de pneus; isto não seria compatível com a natureza da antecipação de tutela, que em tese deveria ser reversível.

Já realizando a mencionada "incursão no mérito" da demanda, a União invocou alguns artigos da Constituição para fundamentar seu pedido: o artigo 225, que prevê o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; o artigo 170, inciso VI, que inclui a defesa do meio ambiente entre os fundamentos da ordem econômica; o artigo 196, que prevê a proteção à saúde como direito de todos e dever do Estado; e o artigo 237, que atribui ao Ministério da Fazenda a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior.

A respeito do artigo 170, a União lembrou que a liberdade econômica não é absoluta e deve ser ponderada com outros bens, como a defesa do meio ambiente prevista no inciso VI. Nesse sentido, aduziu que a proibição da importação de pneus usados era

restrição proporcional da livre iniciativa, por ser a única apta à proteção ambiental e da saúde pública.

Quanto à legitimidade da regulamentação do comércio exterior pela administração federal, afirmou:

> (…) [a] simples leitura da norma constitucional legitima a conduta assumida pelo Ministério da Fazenda ao estabelecer restrições, via portaria, à importação de bens usados, *seja por razões de política econômica*, como, naturalmente, para a proteção de interesses relativos ao meio ambiente. (Grifos meus.)

A decisão impugnada, segundo a União, subvertia o princípio da harmonia e separação dos poderes, por interferir na competência do Poder Executivo prevista no artigo 237. Além disso, impedia que o poder público exercesse a tarefa determinada pelo artigo 225, V, quanto ao controle do comércio de substâncias que apresentassem risco ao meio ambiente. A União também invocou precedentes do STF que confirmavam – todos com base no mencionado artigo 237 – a constitucionalidade da vedação à importação de bens de consumo usados em geral[62] e de pneus usados em específico[63], através de atos normativos editados pelo Executivo.

A respeito desse ponto, a petição ressaltou que a intervenção judicial, ao desconsiderar a competência da administração, também feria a ordem pública. Remeteu, para tanto, ao conceito de ordem pública formulado por Néri da Silveira, quando juiz do extinto Tribunal Federal de Recursos, no julgamento da SS 4405: "a normal execução dos serviços públicos, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas".

O argumento foi além: a lesão à ordem pública não se verificava somente no desrespeito às funções do Executivo, mas também na violação de normas jurídicas em geral. Isto é, o desrespeito ao "princípio da legalidade" (expressão usada na petição), especialmente à supremacia da Constituição, seria motivo autorizador da suspensão:

> (…) o princípio da legalidade, que autoriza a suspensão de decisões judiciais que dele destoam, deve ser o mais abrangente possível (juridicidade), para o fim de contemplar eventuais vulnerações não só à lei em sentido estrito, como também aos princípios jurídicos e à própria Carta da República.

---

[62] RE 203954 (rel. Min. Ilmar Galvão) e RE 202876 (rel. Min. Francisco Rezek).
[63] RE 218214 (rel. Min. Octávio Gallotti), RE 217057 (rel. Min. Sepúlveda Pertence) e RE 221066 (rel. Min. Marco Aurélio).

A petição foi encerrada com uma menção à decisão da Presidência do STF na STA 118, que acolhera o pedido de suspensão da União, com o apoio de parecer da Procuradoria-Geral da República.

A decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie

Em 16 de outubro de 2007, dia seguinte ao protocolo da petição da União, a Ministra Ellen Gracie deferiu a suspensão.

Ao fundamentar o breve despacho, preliminarmente considerou que a causa era de competência do Supremo, por envolver a interpretação de normas constitucionais[64]. Quanto ao pedido de suspensão propriamente dito, entendeu que a decisão do TRF da 4ª Região violava a ordem pública, compreendida em termos de ordem administrativa, uma vez que havia contrariado a proibição, por atos normativos da administração federal, da importação de bens de consumo usados. A ministra ressaltou que se tratava de competência atribuída ao Ministério da Fazenda pelo artigo 237 da Constituição, o que fora reconhecido pelo tribunal no RE 203954 (também citado na petição da União), ocasião na qual o STF declarara a constitucionalidade da proibição contida na Portaria DECEX nº 8/1991.

A ministra afirmou que também considerava relevante a possibilidade de danos irreparáveis ao meio ambiente, tendo em vista o disposto no artigo 225 da Constituição, "o que configura[va] manifesto e inafastável interesse público, bem como vulneração à ordem pública". O despacho não se alongou sobre esse ponto e sua fundamentação encerrou-se aí.

O agravo regimental do Instituto BS Colway Social

O IBS interpôs agravo em 23 de outubro de 2007, expondo suas razões em longa petição. A petição trouxe considerações sobre o possível dano inverso causado pelo deferimento da suspensão e sobre a ilegitimidade das normas que proibiam a importação de pneus usados.

Dentro de uma linha de argumentação mais formalista, o IBS sustentou ter o direito à importação de pneus usados como matéria-prima, mediante a comprovação de destinação adequada de cinco pneus inservíveis para cada quatro pneus importados, conforme os artigos 3º, 6º e 12-A da Resolução CONAMA 258. Para comprovar a afirmação, anexou

---

[64] A ministra refere-se, de acordo com sua leitura dos autos, aos artigos 5º, LIV e LV (direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório), 170 (princípios da ordem econômica), 225 (direito ao meio ambiente equilibrado) e 237 (competência do Ministério da Fazenda para fiscalização e controle sobre o comércio exterior).

extratos das licenças de importação expedidas pelo IBAMA (após autorização judicial), que atestavam que a quantidade destinada de pneus era superior à importada, em obediência ao artigo 12-A da resolução. Nesse sentido, o agravante aduziu que sua atividade de importação de pneus não gerava dano ambiental irreversível, sempre partindo da premissa de que o respeito às normas da resolução mencionada asseguraria como resultado a proteção do meio ambiente.

Ao contrário do que afirmara a Ministra Ellen Gracie em decisão monocrática, o agravante lembrou que não havia proibição geral da importação de bens usados. As Portarias SECEX 17/2003 e 35/2006 previam a importação de bens usados como produtos intermediários, com exceção apenas dos pneus usados (art. 41 da Portaria SECEX 35/2006).

O IBS também objetou ao argumento, adotado pela Ministra-Presidente, de que o STF confirmara a constitucionalidade da proibição de bens usados pela Portaria DECEX nº 8/1991. Sobre isso, asseverou, em primeiro lugar, que a Portaria DECEX nº 8 fora revogada pela Portaria SECEX 17/2003 e, em segundo lugar, que a SECEX e o DECEX haviam perdido a competência prevista no artigo 237 em matéria de fiscalização sobre o comércio exterior, ao serem transferidos do Ministério da Fazenda para o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

Por fim, o IBS argumentou que a ADPF 101, que versava sobre o mesmo tema, seria o instrumento processual apto à discussão de mérito subjacente ao pedido da União, ao contrário da suspensão de tutela antecipada. O deferimento da suspensão implicaria "violação da integridade do sistema processual pátrio" e "usurpação da competência originária da relatora" da ADPF 101 (Ministra Cármen Lúcia), "com desenganada afronta ao princípio do juiz natural"[65].

Seguindo por uma via argumentativa mais consequencialista, o IBS sustentou que a importação seria mais benéfica que a utilização de pneus existentes em território nacional em dois aspectos: industrial e ambiental.

Quanto ao aspecto industrial, o agravante alegou, com base em nota técnica do INMETRO, que não havia quantidade suficiente de pneus usados aptos à reforma no

[65] É interessante observar que o IBS inseriu esse argumento entre as razões pelas quais entendeu haver "dano inverso" no deferimento da suspensão. Nesse caso, o dano inverso seria a própria violação de princípios processuais, não necessariamente um resultado concreto dessa inobservância de normas.

território nacional, devido às condições precárias das rodovias brasileiras. Além disso, a importação traria consigo maior eficácia da fiscalização de qualidade: primeiro, a fiscalização das carcaças importadas, realizada em inspetorias de alfândega; segundo, a fiscalização dos pneus reformados pelo INMETRO. Dessa forma, a obrigação de utilizar apenas carcaças disponíveis em território brasileiro poderia gerar risco para a segurança e a vida dos consumidores, de modo que as reformadoras deveriam poder escolher a melhor matéria-prima disponível.

Do ponto de vista ambiental, a importação seria preferível porque, em hipótese de reforma de pneus coletados em território nacional, a Resolução 258 não exigia a destinação proporcional de pneus inservíveis (art. 1º, parágrafo único), obrigação imputada apenas às importadoras. Em razão dessa obrigação, a atividade das importadoras seria menos danosa ao meio ambiente – pressupondo-se, é claro, que as exigências da Resolução 258 fossem observadas na prática.

O IBS elencou outros três motivos pelos quais acreditava haver perigo de "dano inverso" no deferimento da suspensão. Primeiro, a limitação à importação diminuiria a produção de pneus reformados, mais baratos para as transportadoras do que pneus novos; isto elevaria os custos de transporte, levando-se em conta que os pneus representam boa parte desses custos. Por conseguinte, a competitividade dos produtos brasileiros no mercado externo seria reduzida. Além disso, a pouca oferta de pneus reformados poderia levar as transportadoras a estender a vida útil dos pneus além do limite de segurança, o que prejudicaria a qualidade dos serviços e também teria impacto negativo sobre a competitividade.

Segundo, a reforma de pneus teria a vantagem da economia de energia e matéria-prima - especialmente de derivados de petróleo - em relação à produção de pneus novos, de modo que a proibição de importação das carcaças poderia na verdade aumentar "os problemas sociais, econômicos e mesmo ambientais do país".

Terceiro, o deferimento da suspensão causaria a interrupção das atividades da BS Colway Pneus, colocando em risco os empregos e os programas sociais criados pela

empresa[66]. O agravante juntou um abaixo-assinado de seus funcionários, pedindo uma decisão no sentido de não prejudicar o funcionamento da BS Colway.

A decisão do Tribunal Pleno sobre o agravo regimental

Em 12 de dezembro de 2007, o Plenário da corte negou provimento, por maioria[67], ao agravo do IBS. Ficaram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Marco Aurélio, a favor do provimento. Da corrente vencedora, apresentaram votos escritos, além da relatora, apenas os Ministros Ayres Britto e Cezar Peluso. São votos muito breves e apenas corroboram o que foi dito no voto condutor da Ministra Ellen Gracie, de modo que não serão analisados separadamente.

Voto da Ministra Ellen Gracie

Para fundamentar seu voto, a Ministra Ellen Gracie observou, primeiramente, que a jurisprudência pacificada do STF[68] permitia que se fizesse "um juízo mínimo de delibação a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal", além de verificar se haviam sido demonstradas lesões ao interesse público. Reiterou, nesse sentido, os argumentos do despacho que deferira a suspensão, especialmente a possibilidade de dano à saúde e ao meio ambiente, em ofensa ao interesse público e ao artigo 225 da CF.

A ministra acatou também outros argumentos apresentados na petição inicial da União. Afirmou que o exercício da atividade empresarial deveria ser compatível com os princípios do artigo 170 da CF, especialmente a proteção à saúde e ao meio ambiente. Lembrou, igualmente, o acórdão sobre a ADI-MC 3540, que reforçava o argumento da limitação à livre iniciativa, e no qual o STF reconhecera haver regime especial de proteção ao meio ambiente como direito fundamental de caráter transindividual (ou de "terceira geração").

---

[66] Uma parte da petição foi dedicada a listar os projetos sociais mantidos pelo IBS junto à comunidade, como cursos de idiomas para estudantes oriundos de famílias de baixa renda e a criação de um grupo escoteiro para conscientização ambiental dos jovens.

[67] A corrente majoritária foi formada pela relatora, Ministra Ellen Gracie, e pelos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Ayres Britto e Cármen Lúcia. O Ministro Menezes Direito declarou suspeição e por isso não participou do julgamento.

[68] A ministra citou o SS-AgR 846 (rel. Min. Sepúlveda Pertence) e o SS-AgR 1272 (rel. Min. Carlos Velloso).

Ainda na mesma linha do que afirmara a União, a Ministra Ellen Gracie chamou atenção para o risco, gerado pelo acúmulo de pneus no ambiente, de proliferação de insetos transmissores de doenças como febre amarela, malária e dengue, o que representava grave lesão à saúde pública e "prejuízos para o conjunto da economia e da sociedade".

Com base em dados da Associação Brasileira de Pneus Remoldados (ABIP), divulgados pelo Ministério do Meio Ambiente, a ministra destacou que 30% dos pneus importados em virtude de autorização judicial encontravam-se na condição de inservível, isto é, inaptos à reforma. Nos termos do voto:

> Significa dizer que apenas no ano de 2005 a importação de pneus usados representou uma transferência desnecessária para o território brasileiro de mais de 3 milhões (ou aproximadamente 15 toneladas) de pneumáticos inservíveis provenientes, em sua quase totalidade, da Comunidade Europeia.

Isto geraria, observou a ministra, um passivo cuja eliminação pelos métodos disponíveis (como a incineração) seria insuficiente para a proteção ambiental adequada.

Ademais, a permissão da importação de pneus usados representaria grave interferência nos programas já desenvolvidos pela administração para redução e controle desses resíduos, implicando, na prática, a não diminuição do número de pneus descartados no território nacional. Como lembrou a ministra, fazia parte desses programas a obrigação, imposta às fabricantes e importadoras de pneus e prevista na Resolução CONAMA 258/99, de coleta e destinação ambientalmente adequada de pneus inservíveis. Em decorrência desse tipo de intervenção judicial, fora adicionado à Resolução 258 (pela Resolução CONAMA 301/2003) o artigo 12-A, segundo o qual as regras deste ato normativo também se aplicavam aos pneus usados que ingressassem em território nacional por força de decisão judicial.

Por fim, a Ministra Ellen Gracie considerou não ser possível examinar, em sede de suspensão, as questões suscitadas pelo IBS quanto à constitucionalidade das normas ambientais e de comércio exterior que proibiam a importação de pneus usados, mesmo porque tramitavam, à época do voto, seis processos de controle concentrado de constitucionalidade[69] a respeito dessa matéria.

---

[69] Trata-se das ADIs 3241, 3938 (ambas de relatoria do Min. Ayres Britto), 3939, 3947 (de relatoria da Min. Cármen Lúcia) e 3801 (de relatoria do Min. Celso de Mello) e da ADPF 101 (também de relatoria da Min. Cármen Lúcia).

Votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau

Vencido, o Ministro Ricardo Lewandowski argumentou sucintamente: apesar de compartilhar da preocupação dos ministros vencedores com a proteção ao meio ambiente, considerou que as empresas importadoras e reformadoras de pneus usados cumpriam uma função benéfica. Isso porque a Resolução CONAMA 258/99 exigia a destruição de cinco pneus usados para cada quatro pneus importados ou produzidos. Dessa forma, o ministro entendeu que não haveria dano ambiental com a importação, e por isso proveu o agravo em favor do Instituto BS Colway Social.

O Ministro Eros Grau, apesar de não ter juntado ao acórdão voto separado, manifestou-se em debate de maneira bastante semelhante ao voto do Ministro Lewandowski: não haveria, no seu entender, aumento do número de pneus descartados, de modo que o receio sobre o dano ambiental seria infundado.

Ambos os ministros registraram a importância da proteção do meio ambiente, embora considerassem inexistir risco de dano no caso.

Voto do Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio também proveu o agravo e, para fundamentar a decisão, reproduziu o voto que apresentara no julgamento da STA 118. Nesse voto, afirmou primeiramente que, quando fora presidente do STF, havia manifestado dúvidas sobre a constitucionalidade do instituto da suspensão, por entender que tal instituto prejudicava "a bilateralidade própria ao Direito" e protegia "interesses da pessoa jurídica de direito público, não beneficiando os jurisdicionados em geral". Assim, o ministro sustentou que o caso em questão não deveria ser levado ao STF para julgamento, mas ao órgão competente da Justiça Federal, sob pena de supressão de instância.

Além disso, assim como no voto da Ministra Ellen Gracie, o Ministro Marco Aurélio lembrou a existência de seis processos de controle abstrato de constitucionalidade sobre o tema, nenhum com pedido de medida cautelar, o que mostrava, a seu ver, que a questão não pedia pronunciamento urgente da corte.

Quanto ao mérito da controvérsia, o ministro ressaltou a necessidade de importação de pneus usados para o setor de reforma, tendo em vista o estado inservível das carcaças existentes em território nacional. Apontou também ter recebido ofício do então Senador

Flávio Arns, do Paraná, sobre a tramitação do Projeto de Lei 216/2003, destinado a compensar possíveis efeitos negativos da importação desses resíduos.

O ministro enfatizou, tendo em vista os princípios da legalidade e da livre iniciativa, que não havia proibição à comercialização de pneus usados no Brasil, apenas portaria sem força de lei no sentido formal e material. Assim, a intenção de proteger o meio ambiente resultaria, na prática, na proteção de um segmento do mercado de pneus, em ofensa à livre iniciativa. A complexidade do caso não autorizaria o deferimento da suspensão, medida excepcionalíssima e extrema, no entender de Marco Aurélio.

Por fim, o voto referiu-se ao possível dano inverso causado pela suspensão, considerando especialmente a época do julgamento (dezembro): a dispensa de trabalhadores decorrente da paralisação das atividades das duas empresas atingidas, na STA 118 e na STA 171. O ministro também entendeu que não haveria prevenção de dano ambiental ao se negar funcionamento a apenas duas empresas, continuando as demais em atividade.

Análise

Fica claro, a partir da narrativa apresentada, que o STF – através da decisão monocrática e do voto condutor da Ministra Ellen Gracie – dialogou mais diretamente com os argumentos apresentados pela União na STA 171, sem endereçar em específico a maioria dos fundamentos do agravo do Instituto BS Colway Social. Assim, embora o IBS tenha contestado alguns pontos da petição da União e da decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie, e trazido à discussão outros elementos adicionais (principalmente relacionados ao chamado "dano inverso" gerado pela suspensão), apenas um desses pontos controvertidos pelo agravante teve réplica da relatora: a questão do dano ambiental.

De fato, esta foi a única questão discutida por todos os principais atores do processo: requerente, agravante, ministros vencedores e ministros vencidos. Prevaleceu o entendimento de que, ainda que a BS Colway Pneus ou outra empresa importadora providenciasse destinação adequada aos pneus inservíveis (de acordo com a Resolução CONAMA 258), haveria dano irreparável em razão do incremento de resíduos decorrente da importação. A partir da análise dos autos, parece haver uma conclusão tácita na decisão do tribunal: o risco de dano ambiental foi considerado mais grave e iminente que todos os outros riscos (inclusive econômicos) apontados pelo agravante como "dano inverso".

De modo não surpreendente, o argumento comum entre os três ministros vencidos foi justamente a suposição de ausência de dano ambiental, no mesmo sentido do agravo. O Ministro Marco Aurélio endossou não apenas essa afirmação do agravante, mas também alguns dos argumentos relacionados ao chamado dano inverso.

Vista por esse ângulo, a controvérsia parece exigir, para sua resolução, apenas uma estimativa do impacto concreto da proibição ou permissão das importações. Vale dizer: uma estimativa do efeito da decisão impugnada pela União sobre a política governamental de comércio exterior e proteção ambiental. A divergência entre ministros é perfeitamente compreensível diante da falta de informação precisa nos autos quanto a esse impacto. Sendo constatada repercussão negativa da importação de pneus usados, pode-se argumentar que as decisões das instâncias inferiores, no sentido de proteger a livre iniciativa das importadoras, põem em risco a implementação da política referida: uma clássica oposição entre governabilidade e direitos de índole liberal. Porém, a análise detalhada do caso mostra que tanto partes quanto ministros emolduraram a discussão de maneira ligeiramente diferente.

Nesse sentido, é importante notar que a Ministra Ellen Gracie concordou com a União quando esta afirmou ser indispensável ao julgamento da causa um "juízo mínimo de delibação" a respeito do "mérito". Com esta expressão, requerente e ministra referiam-se à análise da compatibilidade da decisão impugnada com determinadas normas constitucionais.

Não pareceu suficiente, portanto, dizer que a importação de pneus tornava ineficaz a política de redução de danos ambientais; em conexão estreita com essa asserção, foi invocado o artigo 225 da Constituição conforme interpretado pelo Supremo, que enxergara nessa norma um direito fundamental de caráter transindividual. O poder desse argumento consiste em sua virtual irrefutabilidade: não é possível simplesmente negar a *existência* de um direito difuso ao meio ambiente, tanto que os Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau procuraram ressaltar que, apesar de vencidos, não eram contrários à proteção do meio ambiente. A questão, de fato, residia na existência ou ausência do dano, e nisso os ministros divergiram. Contudo, pressupondo-se o dano (como fizeram a União e os ministros da corrente vencedora), a menção ao artigo 225 parece conferir maior legitimidade a esse entendimento majoritário.

O mesmo pode ser dito a respeito do argumento da União, acatado pela maioria dos ministros, de que não havia no caso ofensa à liberdade econômica, pois a proibição da importação de pneus usados seria restrição legítima com vistas à defesa do meio ambiente, nos termos do artigo 170, inciso VI da Constituição. Trata-se, igualmente, de uma questão de princípio cuja abordagem aparenta ter desempenhado uma função de reforço argumentativo, análoga à do artigo 225. Interessa registrar que a Ministra Ellen Gracie atentou para essa questão no julgamento do agravo, apesar de não a ter abordado no momento da decisão monocrática.

Já quanto a outros aspectos de mérito abordados no decorrer do processo, o cenário foi diferente. O argumento da competência do Ministério da Fazenda para fiscalização e controle do comércio exterior (artigo 237 da CF), apresentado na petição da União, foi adotado pela Ministra Ellen Gracie na decisão monocrática, inclusive com referência a precedente do STF no mesmo sentido. No agravo, o IBS considerou ser incabível essa discussão em sede de suspensão, mas alegou, *ad argumentandum tantum*, haver inconstitucionalidade formal nas normas de comércio exterior aplicáveis à controvérsia, por terem sido editadas por órgãos que não mais integravam o Ministério da Fazenda.

Porém, algo interessante ocorreu no julgamento em Plenário: a Ministra Ellen Gracie, em vez de reafirmar a posição adotada monocraticamente, acatou de forma tácita a objeção do agravante e sustentou a impossibilidade desse juízo de constitucionalidade no julgamento da suspensão. Apontou, para reforçar esta assertiva, a existência de processos de controle abstrato em tramitação sobre a mesma matéria. Vale lembrar que a petição do IBS também chamou a atenção para este fato, argumentando que a discussão do assunto em suspensão de tutela antecipada implicaria usurpação da competência da Ministra Cármen Lúcia, relatora da ADPF 101.

Assim, por um lado, a ministra considerou adequado e conveniente abordar aspectos da constitucionalidade material da proibição de importações (aqueles ligados à proteção do meio ambiente, seja como direito fundamental, seja como limitação da liberdade econômica); por outro lado, preferiu não se manifestar em Plenário a respeito da constitucionalidade formal dessa política pública. Portanto, o chamado "juízo mínimo de delibação" sobre o mérito da causa não abrangeu, neste caso, todas as questões constitucionais suscitadas nos autos, havendo uma clara seleção de questões consideradas dignas de análise pelos julgadores. Não foi esclarecido, contudo, o motivo dessa seleção.

Dessa forma, o caso traz à tona a hipótese de que é flexível o limite entre questões pertencentes ao "juízo mínimo de delibação" e questões de mérito insuscetíveis de exame no julgamento da suspensão, de acordo com o que os ministros entenderem mais conveniente para reforçar a decisão tomada. Parece repetir-se neste caso uma estratégia argumentativa verificada no caso Raposa/Serra do Sol: a adoção da perspectiva da legitimidade como elemento persuasivo.

Por fim, é interessante destacar alguns pontos da argumentação minoritária do Ministro Marco Aurélio. Foi o único ministro a indeferir o pedido de suspensão por considerar que o STF não tinha competência para examiná-lo. A justificativa dessa conclusão não é clara, mas o ministro deu indicações de que enxergava inconstitucionalidade no próprio instituto da suspensão, por ser instrumento de uso exclusivo do poder público e que implicaria a "queima de etapas" processuais, com o objetivo de se obter decisão irrecorrível da cúpula do Judiciário. Ao que parece, o argumento da incompetência do STF visou a corrigir essa disparidade identificada pelo Ministro Marco Aurélio.

Na mesma linha, o ministro enfatizou a complexidade do caso, de modo que a suspensão seria via inadequada para examiná-lo, tendo em vista a unilateralidade da medida e sua consequente excepcionalidade.

Muito embora as razões acima referidas pudessem ser suficientes para indeferir a suspensão, o Ministro Marco Aurélio não se limitou a elas. Como já mencionado acima, o ministro expressamente concordou com o agravante a respeito da ausência de dano ambiental e da possibilidade de "dano inverso". Além disso, também recorreu a argumentos relativos à liberdade econômica, sustentando que a proibição da importação de pneus usados feria a livre iniciativa, a livre concorrência e o princípio da legalidade.

Dessa maneira, o ministro deixou claro que, mesmo que considerasse cabível o exame do caso pela via da suspensão, seu entendimento continuaria favorável à proteção dos direitos e interesses da empresa importadora. Nesse sentido, apesar de seu voto ter sido minoritário, ele apresentou estrutura semelhante à argumentação da Ministra Ellen Gracie: a combinação de uma estimativa quanto aos impactos da importação de pneus usados com um juízo de constitucionalidade da respectiva política pública, além de considerações sobre a própria legitimidade do instrumento da suspensão na ordem jurídica brasileira.

VII. CASO ENEM *VERSUS* DIA DE GUARDA JUDAICO

Em 2009, o Centro de Educação Religiosa Judaica (CERJ) e mais 22 autores, estudantes de Ensino Médio, ajuizaram ação ordinária com pedido de antecipação de tutela[70], com o objetivo de realizar o ENEM em dia e horário que não coincidissem com o *Shabat* (o período entre o pôr-do-sol de sexta-feira e o pôr-do-sol de sábado) ou outro feriado religioso judaico. O exame fora marcado para os dias 5 e 6 de dezembro, sábado e domingo.

A antecipação de tutela foi indeferida na primeira instância e os requerentes interpuseram agravo de instrumento ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, onde foi provido o recurso[71], determinando-se que as autoridades responsáveis fixassem dia alternativo para a aplicação da prova aos estudantes judeus, com o mesmo grau de dificuldade das provas realizadas pelos demais estudantes.

Contra essa decisão, a União apresentou pedido de suspensão ao STF em 13 de novembro de 2009.

O pedido de suspensão da União

A União procurou demonstrar que o STF era competente para examinar o pedido de suspensão e, para tanto, afirmou que tanto a ação originária quanto a decisão atacada tinham fundamento no artigo 5º, incisos I, VI, VII e VIII da Constituição, ou seja, no princípio da isonomia e na liberdade de crença e seus corolários[72].

Para justificar o pedido de suspensão propriamente dito, argumentou que a decisão de segunda instância implicava grave lesão à ordem pública-administrativa, assim como "ofensa a disposições constitucionais e legais". O conceito de ordem pública empregado pela União foi o de "ordem administrativa em geral", com base no precedente – segundo a

---

[70] Processo nº 2009.61.00.021415-6, perante a 16ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de São Paulo – SP.

[71] Decisão monocrática do Desembargador Federal Mairan Maia no Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.034848-0.

[72] "Art. 5º (…)
I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
(…)
VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;"

petição, um "*leading* case" – fixado no âmbito do extinto Tribunal Federal de Recursos e relatado pelo então Ministro Néri da Silveira. Ou seja, a ação da administração pública nos termos da lei; no caso, "a normalidade na condução dos procedimentos administrativos relativos aos concursos de provas do ENEM".

O pedido da União baseou-se, como sinalizado acima, em duas linhas de argumentação. A primeira buscou mostrar que a decisão atacada contrariava preceitos constitucionais e a segunda referiu-se às consequências da decisão sobre a atuação do poder público na organização e aplicação do exame.

Boa parte da petição foi dedicada à primeira linha de argumentação. A União aduziu que a aplicação do ENEM em dia e horário alternativos contrariava os princípios da legalidade, da vinculação ao edital e da isonomia, que guiam a realização dos concursos públicos.

Especificamente quanto à isonomia, a União afirmou que a realização do exame nas datas marcadas não a violava, mas buscava garanti-la, diferentemente do que sustentavam os estudantes. Não se tratava, segundo a União, de discriminação em razão de crença, pois não haveria emprego de critérios avaliativos distintos para estudantes de diferentes religiões (ou agnósticos ou ateus). O oferecimento de data alternativa é que poderia ser considerado privilégio indevido em favor dos fiéis de determinado credo, o que prejudicaria a laicidade do Estado. A elaboração de provas distintas com o mesmo grau de dificuldade seria uma tarefa sujeita a controvérsia: sempre haveria margem para que os estudantes questionassem tal equivalência, alegando eventual tratamento privilegiado para algum grupo de candidatos.

A petição também questionou o uso da liberdade de crença como fundamento da pretensão dos estudantes judeus: o que se buscava preservar na ação originária era o dever estatal de observância dos dias de guarda. Segundo a União, a Constituição não teria norma nesse sentido; "[c]aso contrário, em razão das inúmeras religiões que se fundaram no país, todos os dias da semana estariam resguardados para que os religiosos deixassem de proceder qualquer ato". Em caso de conflito entre os dias de guarda de cada religião, o Estado não poderia optar por assegurar apenas um deles, sob pena de ferir a isonomia, a impessoalidade (artigo 37, *caput* da CF) e até mesmo a liberdade de crença dos fiéis, ateus e agnósticos não contemplados.

A União citou o julgamento da ADI 2806 para corroborar essa tese. Mencionou em especial o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que entendera que o estabelecimento, por lei, de dia de guarda a ser observado pelos órgãos da administração pública violava a laicidade do Estado. Referiu-se, ainda, a precedentes do STJ e dos TRFs da 2ª e da 4ª Região[73], contrários à fixação de data alternativa, por motivos religiosos, para a realização de concurso público, com base no princípio da isonomia.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular foi mais um fundamento empregado pela União para que a administração pública não guiasse suas decisões pelas exigências singulares de determinados grupos religiosos. Como afirmou a petição, o poder público não poderia "sempre mudar o processamento dos atos administrativos conforme a fé processada pelo administrado", sob pena de ferir aquele princípio.

Na segunda linha de argumentação, a respeito de consequências indesejadas da decisão atacada sobre o funcionamento da administração pública, a União apontou em primeiro lugar a necessidade de preservar a credibilidade do ENEM perante a sociedade brasileira, credibilidade essa que poderia ser ameaçada pelo "efeito multiplicador" da decisão do TRF da 3ª Região. Isto é, pela possibilidade de que diversos outros estudantes obtivessem liminares para realizar a prova em dia alternativo, o que exigiria a elaboração de muitas provas diferentes e aumentaria o potencial de controvérsia quanto à isonomia e à seriedade do exame. Caso fosse aplicada a mesma prova a todos os candidatos, mas em datas diversas, haveria grande risco de quebra de sigilo e fraude.

Outro elemento prejudicial ao interesse da administração pública seria a desorganização do procedimento relativo à aplicação do ENEM. Uma vez que a decisão impugnada fora proferida em data próxima à da realização do exame, ela interromperia esse procedimento já em sua etapa final, atrapalhando o cronograma previamente estabelecido.

Em relação aos pontos destacados nos dois parágrafos anteriores, a União dedicou algumas linhas a ressaltar a importância do ENEM no contexto educacional brasileiro, principalmente em vista de sua utilização como processo seletivo unificado das universidades públicas federais. A União demonstrou especial receio de que a credibilidade

[73] RMS 16107-PA, 6ª Turma do STJ; AMS 2005.50.01.012623-0, 7ª Turma Especial do TRF da 2ª Região; AMS 2006.70.00.028865-6, 4ª Turma do TRF da 4ª Região.

do exame fosse atingida porque esta já havia sofrido um golpe no mesmo ano de 2009, com o vazamento da prova que seria aplicada nos dias 3 e 4 de outubro. Transpareceu, assim, a preocupação com a imagem do ENEM e dos órgãos responsáveis por sua elaboração e aplicação, cuja seriedade fora posta em dúvida a partir do episódio do vazamento.

Em 20 de novembro de 2009, a União apresentou nova petição, juntando ofício assinado por Reynaldo Fernandes, então Presidente do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). O ofício informava que, na inscrição para o ENEM, fora dada a opção de atendimento com necessidade especial, de modo a possibilitar a participação de candidatos com limitações oriundas de convicção religiosa, de internação hospitalar ou de detenção em unidade prisional.

Consta do documento:

> Todos que realizaram suas inscrições ao ENEM 2009 e solicitaram atendimento especial por motivos religiosos terão suas solicitações atendidas. No caso dos Adventistas do Sétimo Dia, a prova do sábado dia 03 (três) de outubro próximo será realizada após o pôr-do-sol.

A decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes

No mesmo dia em que a União protocolou sua segunda petição, o Ministro Gilmar Mendes conheceu do pedido de suspensão, registrando que a causa era de competência do STF por envolver a aplicação do artigo 5º, *caput* e inciso VI, da CF, e deferiu o pedido.

Essa decisão foi motivada, segundo o ministro, pelo risco à ordem pública "em sua acepção jurídico-administrativa". As razões do despacho coincidiram parcialmente com ambas as linhas de argumentação adotadas pela União, com mais ênfase à segunda linha, destinada a apontar consequências danosas da decisão impugnada sobre a atuação da administração pública.

Nessa esteira, o Ministro Gilmar Mendes subscreveu o argumento de que a decisão impugnada comprometeria a credibilidade do exame, pois a elaboração de diferentes provas poderia gerar suspeita de favorecimento dos requerentes da ação de origem, dada a provável controvérsia a respeito do nível de dificuldade da prova alternativa.

Adotando o conceito de ordem pública de Néri da Silveira, o ministro expressou receio de que tal controvérsia criasse "severos óbices à atuação da Administração Pública". Reconheceu o potencial "efeito multiplicador" da decisão, que poderia tornar inviável a realização de qualquer concurso público "ante a variedade de pretensões, que conduziriam à formulação de um sem-número de tipos de prova". O ministro citou – como havia feito a União – o voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADI 2806 para reforçar este ponto.

A preocupação com as consequências administrativas da decisão impugnada mesclou-se com os argumentos de proteção da isonomia e de laicidade do Estado, utilizados pelo Ministro Pertence na ADI 2806. O Ministro Gilmar Mendes adotou os mesmos argumentos, notando que a menção aos princípios da isonomia e da laicidade estatal caracterizava "juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal", algo que considerou necessário para o exame do pedido da União. Ainda no âmbito do chamado juízo de delibação, o ministro ponderou que

> (…) a neutralidade axiológica por parte do Estado não se confunde com a ideia de indiferença estatal. Em alguns casos, imperativos fundados na própria liberdade religiosa impõem ao ente público um comportamento positivo, que tem a finalidade de afastar barreiras ou sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé.

Essa consideração não foi, contudo, aplicada ao caso concreto: no entender do ministro, além de prejudicar a ordem administrativa, a medida positiva pretendida pelos estudantes judeus violava, à primeira vista, o princípio da isonomia e o dever de neutralidade do Estado perante as religiões, haja vista a existência de outras confissões religiosas com "dias de guarda" diversos.

Para justificar essa incursão no chamado mérito da causa, o Ministro Gilmar Mendes citou, novamente, uma manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence, desta vez no julgamento da SS 1001, em que Pertence descrevera a suspensão de segurança como "medida cautelar". De acordo com essa visão, a função da suspensão seria garantir a eficácia de eventual recurso do poder público contra a decisão suspensa. Nas palavras de Sepúlveda Pertence, referidas por Gilmar Mendes, "se, de plano, se evidencia a inviabilidade do recurso interposto ou anunciado, perde sentido a suspensão da segurança concedida".

Ao final do despacho, o ministro aludiu brevemente ao ofício do INEP juntado pela União e considerou ser possível estender aos judeus a solução oferecida aos adventistas do

sétimo dia – isto é, a realização da prova após o pôr-do-sol: “Em uma análise preliminar, parece-me medida razoável, apta a propiciar uma melhor ‘acomodação’ dos interesses em conflito”. Este trecho aparenta contradizer a posição firmada nos parágrafos anteriores, em que o ministro argumentou ser contrário à isonomia o oferecimento, em razão de convicção religiosa, de condições alternativas de realização da prova.

O agravo regimental do CERJ e estudantes

Os autores da ação originária – Centro de Educação Religiosa Judaica e estudantes – interpuseram em 1º de dezembro agravo contra o despacho do Ministro Gilmar Mendes. A maior parte dos argumentos nele veiculados diz respeito ao “mérito” da ação, isto é, às possíveis inconstitucionalidades do procedimento de aplicação do ENEM.

Segundo os agravantes, a decisão que deferiu a suspensão equivocou-se quanto aos dispositivos constitucionais relevantes para o caso. A principal norma aplicável não seria o inciso VI do artigo 5º, que assegura genericamente a liberdade de consciência e de crença e do qual decorre o dever de neutralidade axiológica estatal, mas o inciso VIII, que determina que ninguém será privado de direitos por motivo de crença, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa. Também relevante seria o artigo 227, que institui o dever do Estado de assegurar à criança e ao adolescente o direito à educação, colocando-os a salvo de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão.

Nesse sentido, os agravantes sustentaram que a questão central do caso era o dever de tratamento isonômico dos candidatos, considerando-se as disparidades de crença, dever esse que não teria sido observado no procedimento de aplicação do ENEM. O tratamento isonômico exigiria, mais do que neutralidade estatal, medidas positivas da administração pública com o objetivo de assegurar a diversidade entre os estudantes que realizassem o exame. De acordo com a petição, seria contraditório que o Estado entendesse necessário o emprego de ações afirmativas baseadas em classe social ou raça para o acesso à educação, mas desconsiderasse a diversidade religiosa, omitindo-se a partir do argumento da laicidade.

Considerando-se especificamente o artigo 5º, VIII da Constituição, o caso envolveria verdadeira privação de direitos aos estudantes judeus, visto que o ENEM, na visão dos agravantes, deixara de ser mera opção: a realização do exame era obrigatória

para quem almejasse obter vaga em diversas instituições de ensino superior ou pleitear bolsa de estudo junto a determinadas instituições privadas. Assim, o oferecimento de data e horário alternativos para a aplicação da prova não seria contrário ao dever de neutralidade estatal, mas representaria o cumprimento de outros deveres: garantir a liberdade religiosa, evitar a discriminação em razão de crença e assegurar a diversidade por meio de políticas públicas de acesso à educação (artigo 227 da CF).

A medida alternativa oferecida pelo INEP – chegar ao local de prova junto com os demais candidatos, aguardar em local próprio e começar a responder somente após o final do dia – foi caracterizada pelos agravantes como anti-isonômica, uma vez que acarretaria prejuízos psicológicos e físicos aos estudantes, que permaneceriam confinados por sete horas seguidas para então realizar prova de quatro horas e meia de duração. Não poderiam, portanto, fazer a prova em pé de igualdade com os outros candidatos.

A respeito da possível lesão à ordem administrativa, objeto de receio por parte da União e do Ministro Gilmar Mendes, a petição do agravo contestou a dita impossibilidade de aferir-se objetivamente o nível de dificuldade de provas distintas. Nos termos da petição, afirmar tal impossibilidade seria uma "confissão de inoperância estatal", pois significaria a ausência de controle por parte do Estado sobre os exames por ele organizados. Contrariamente a esse pressuposto, os agravantes pontuaram que seria tecnicamente possível a aferição de graus de dificuldade semelhantes ou distintos.

As dificuldades de ordem prática no oferecimento da prova em data alternativa não representariam justificativa suficiente para o cerceamento de direitos, cujo exercício não poderia ser condicionado por obstáculos que a administração, no entender dos agravantes, não demonstrara serem incontornáveis. A petição afirmou que o "afastamento de um dispositivo constitucional exig[ia] fundamentação robusta e contundente", não providenciada pela União no caso, que teria meramente lançado mão de "retórica *ad terrorem*". Concluiu que "a decisão agravada [havia] de ser reformada por se basear em termos genéricos como fundamento à restrição de direito fundamental".

Quanto à questão da credibilidade do exame, o seguinte trecho sintetiza a posição dos agravantes:

> (…) a Administração deve arcar com as consequências de seus erros. Se a credibilidade do ENEM já está prejudicada, fato é que os agravantes nada têm a ver com isso (…) se a questão reside nos custos financeiros ou

> humanos para propiciar aos 22 agravantes realizar uma prova distinta da prova geral, o INEP está a dever à sociedade brasileira a informação sobre o real custo de realização de um exame inteiramente novo ou diferente para milhões de alunos, em face de não ter tido competência para preservar o sigilo das provas (...) Sob a ótica da União, pode a sociedade brasileira arcar com o custo (certamente imenso) deste crasso erro dos prepostos do Estado. Mas, ao revés, o custo de uma singela prova para 22 alunos representa grave ameaça à economia pública?

De acordo com esse raciocínio, se a administração havia reconhecido e compensado o equívoco do vazamento das provas, deveria também corrigir a omissão perante os candidatos judeus. O oferecimento de data alternativa a esses candidatos seria medida igualmente relevante para a seriedade do ENEM.

A decisão do Tribunal Pleno sobre o agravo regimental

Já às vésperas da data marcada para o ENEM, em 3 de dezembro de 2009, o Plenário rejeitou o agravo regimental do CERJ e demais autores. A decisão foi conduzida pelo voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, e somente o Ministro Marco Aurélio manifestou divergência. Além destes dois ministros, apresentaram votos escritos os Ministros Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso; os demais registraram seus votos em ata, no mesmo sentido do voto do relator.

Além do voto do relator e do voto divergente, será abordado adiante apenas o voto do Ministro Ayres Britto, que trouxe novos argumentos em relação às considerações do relator.

Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes repetiu boa parte dos argumentos que apresentara na decisão monocrática. Em relação à decisão anterior, concentrou-se ainda mais no objetivo de afirmar que neutralidade estatal não significava indiferença, admitindo a necessidade de ações positivas de modo a "afastar sobrecargas sobre determinadas confissões religiosas, principalmente sobre as minoritárias, e impedir influências indevidas no que diz respeito às opções de fé".

Contudo, o ministro manteve a posição de que a medida pleiteada pelos estudantes judeus não poderia ser considerada uma legítima ação afirmativa, pois criaria verdadeiro privilégio para um grupo religioso, contrariando o princípio da isonomia. Isto porque o INEP havia oferecido a alternativa, menos gravosa, de aplicar a prova após o pôr-do-sol de sábado.

Sobre o argumento de que os candidatos judeus, com essa medida, seriam submetidos a condições desfavoráveis em relação aos demais, o ministro fez a seguinte consideração:

> Não sou insensível a esses argumentos, mas vejo que a medida adotada revela-se, em face dos problemas advindos da designação de dia alternativo, mais consentânea com o dever do Estado de neutralidade diante do fenômeno religioso (…) e com a necessidade de se tratar todas as denominações religiosas de forma isonômica.

O voto deu a entender que os "problemas advindos da designação de dia alternativo" eram aqueles relacionados à aplicação de provas distintas para determinados grupos de candidatos, o que geraria dificuldades "aptas, inclusive, a inviabilizar o ENEM". O ministro ressaltou que não se referia a dificuldades financeiras ou operacionais, mas à controvérsia sobre a possibilidade de atribuir-se o mesmo grau de dificuldade às provas. Em vista desse problema, o possível prejuízo aos candidatos que iniciariam a prova somente após o pôr-do-sol não foi motivo suficiente para afastar a preocupação do ministro a respeito da isonomia na aplicação e elaboração de provas diferentes.

O Ministro Gilmar Mendes encerrou o voto com a observação de que havia duas ADIs pendentes de julgamento[74] sobre a mesma matéria, de modo que o julgamento da STA 389 não poderia ser considerado posicionamento definitivo do STF a respeito do assunto. Em suas palavras:

> Quando do julgamento dessas ações diretas, a Corte poderá se debruçar em profundidade sobre o tema, de modo a definir, com mais acuidade, o âmbito de proteção e o alcance do direito fundamental à liberdade religiosa. Aqui, trata-se de resolver incidente de contracautela, tendo em vista os riscos que a decisão que fora suspensa pela Presidência é capaz de acarretar à ordem pública.

Voto do Ministro Ayres Britto

O Ministro Ayres Britto concordou com os argumentos do Ministro Gilmar Mendes quanto à necessidade de preservação da isonomia na aplicação do ENEM e à dificuldade de equiparar-se o grau de dificuldade de provas distintas. Nos termos do voto, "[o] interesse público, aqui, está em uniformizar a prova, em submeter todos os pretendentes a uma vaga no ENEM às mesmas condições técnicas, às mesmas condições de aferições de conhecimento". Para reforçar esse entendimento, o ministro recorreu ao artigo 19, inciso I da Constituição, que proíbe a promoção ou o prejuízo de cultos religiosos ou igrejas por

[74] Trata-se da ADI 391 e da ADI 3714.

ação do Estado, salvo em hipótese de colaboração de interesse público. No entender de Ayres Britto, essa exceção não se aplicava ao caso: não haveria interesse público em oferecer benefício ou ação afirmativa aos candidatos judeus, mas, ao contrário, em assegurar a uniformidade na aplicação do ENEM.

O ministro chamou a atenção para outra dificuldade: a medida pretendida pelos agravantes poderia

> (…) instalar o caos no âmbito da Administração Pública, porque a mesma regra que adotarmos aqui (…) há de prevalecer para todo o tipo de competição pública promovida pela Administração Pública. E que de ordinário são marcados para estes dois dias mesmo: sábado e domingo.

Ou seja, para o Ministro Ayres Britto, o "efeito multiplicador" ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes na decisão monocrática não se restringiria somente a outros estudantes que quisessem realizar o ENEM em data alternativa, mas ocorreria também sobre quaisquer processos nos quais se discutia o direito de participação em concursos públicos.

O ministro aludiu ainda à urgência da decisão como fator determinante de seu voto: "Se eu tivesse mais tempo, se a prova já não estivesse marcada, eu pediria vista do processo para maturar uma reflexão." Dirigindo-se ao relator: "Mas tendo que decidir assim, de pronto, eu acompanho o voto de Vossa Excelência."

Voto do Ministro Marco Aurélio

Em voto dissidente, pelo qual proveu o agravo, o Ministro Marco Aurélio destacou que considerava irrazoável a medida adotada pelo INEP, concordando com os agravantes: o prejuízo causado por ficarem confinados por muitas horas antes de realizar a prova tornaria ilegítima a alternativa oferecida.

Para o ministro, apesar de o caso reclamar uma "conciliação de valores", maior concretude deveria ser dada à liberdade religiosa, "com a preservação da liturgia própria deste ou daquele segmento religioso". Sugeriu, nesse sentido, que o deslocamento do exame para outro dia da semana – e para todos os candidatos – seria medida viável, especialmente por não exigir a elaboração de provas diferentes, e estaria em conformidade com a proteção constitucional da liberdade religiosa, já que não geraria o prejuízo apontado pelos agravantes quanto à alternativa oficial.

Além da questão da liberdade religiosa, o Ministro Marco Aurélio enxergou no caso problemas processuais. Observou que os agravantes não haviam sido cientificados da existência do pedido de suspensão antes que ele fosse deferido, o que implicaria violação do contraditório.

Na visão do ministro, a preservação do contraditório seria especialmente importante na hipótese de suspensão de tutela antecipada, de liminar ou de segurança, "medida excepcional e unilateral quanto à iniciativa". O voto remeteu à atuação do ministro como Presidente do STF: "Sempre estabeleci o contraditório por entender que se faz presente a necessidade de observar-se garantia – que também é constitucional – , não surpreendendo, portanto, a parte que logrou no Judiciário uma situação constituída."[75]

Análise

A característica mais marcante da STA 389 é a falta de clareza, ao menos a partir da leitura dos autos, sobre a principal questão a ser respondida pelo STF no caso. Por um lado, os atores envolvidos mostraram preocupação com ditos aspectos de mérito da controvérsia, especialmente a aplicação do princípio da isonomia e a definição da medida concreta mais consentânea com esse princípio, tendo em vista a proteção da liberdade de crença. Por outro lado, boa parte da discussão foi dedicada às decorrências práticas da intervenção judicial na realização do ENEM. Cabe registrar que todas as principais manifestações no processo – pedido inicial da União, decisões monocrática e do Pleno, e agravo – seguiram ambas as linhas de argumentação, embora com ênfases distintas. Portanto, a primeira impressão gerada pela leitura do caso é que nele houve dois debates diferentes travados por um mesmo grupo de interlocutores.

Não obstante, como procurarei discutir adiante, o limite entre as linhas de discussão é bastante tênue, principalmente nas manifestações do Ministro Gilmar Mendes, que merecem um exame mais apurado.

Na decisão monocrática, o Ministro Gilmar Mendes expressou receio a respeito da medida pleiteada pelos estudantes judeus, por causa da possibilidade de ameaça tanto à

[75] Foge do objetivo deste trabalho verificar se, de fato, o Ministro Marco Aurélio privilegiou o contraditório no exame dos pedidos de suspensão enquanto Presidente do STF. Não obstante, é possível observar, pelo menos no discurso do ministro, uma orientação dissidente quanto ao processamento desses pedidos. Vale registrar a importância dessa divergência no nível do discurso, para apontar tanto a falta de unanimidade dos ministros do STF a respeito do procedimento aplicável a pedidos de suspensão, quanto a possibilidade de uso da *ratio* empregada pelo Ministro Marco Aurélio como precedente em julgamentos posteriores da própria corte ou de instâncias inferiores.

credibilidade do exame quanto à atuação regular da administração pública. Além disso, acreditou haver ofensa à isonomia e inobservância do dever de neutralidade estatal no oferecimento da alternativa pleiteada pelos estudantes judeus.

Ocorre que a questão da "ordem público-administrativa" apareceu estreitamente ligada à da isonomia: no entender do ministro, a elaboração de provas diferentes poderia gerar suspeita de favorecimento de um grupo de estudantes. Nesse sentido, uma medida potencialmente *percebida* como anti-isonômica poderia prejudicar a imagem do ENEM e possivelmente inviabilizar sua realização. Isto permite concluir que a isonomia cumpriu não apenas uma função de justificativa *per se* da decisão do ministro, mas foi considerada um elemento a ser observado também por razões expressamente pragmáticas, ou seja, como elemento de legitimação e garantia da regularidade da atuação do poder público. Essa abordagem ora principiológica, ora pragmática da isonomia foi repetida no voto do Ministro Gilmar Mendes em Plenário.

Vale ressaltar que os agravantes não buscaram contestar diretamente a premissa de que a solução por eles almejada seria prejudicial à atuação do poder público. Apenas afirmaram que a União não havia dado justificativa *suficiente* para deixar em segundo plano a proteção de sua liberdade de crença.

É importante observar, ainda, que nenhum dos argumentos apresentados pelos agravantes recebeu réplica direta do ministro ou do restante da corrente vencedora: os votos apenas reiteraram a linha de argumentação da decisão monocrática do Presidente, que, por sua vez, reproduziu os pontos principais da petição da União. Mesmo quanto à principal objeção apresentada pelos agravantes, isto é, o fato de serem prejudicados pela medida alternativa oficial (a realização da prova após o pôr-do-sol), os ministros vencedores preferiram não se pronunciar, concentrando sua argumentação nos problemas relativos à aplicação de provas distintas no mesmo exame.

Parece haver uma conexão entre essa seletividade argumentativa e a definição dos limites, no caso, do "juízo mínimo de delibação". Para o Ministro Gilmar Mendes e os que votaram no mesmo sentido, apesar de terem registrado que, *em tese*, a liberdade de crença exigia por vezes ação positiva do Estado para ser garantida, o julgamento daquele caso concreto não comportava um exame minucioso do âmbito de proteção dessa liberdade. Desse modo, não cabia discutir profundamente se o Estado tinha dever de observar o dia de

guarda dos judeus, ou qual tipo de ação positiva estatal seria mais adequada para garantir a liberdade de crença daquele grupo.

Todavia, os mesmos ministros consideraram necessário, como “juízo de delibação”, referir-se a outras normas constitucionais, como os princípios da isonomia e da laicidade estatal, para refutar a medida pretendida pelos requerentes da ação de origem. Se a prioridade explícita do julgamento era evitar o fracasso na realização do ENEM, a definição das normas constitucionais relevantes para a solução da controvérsia providenciou reforço – quer intencional ou não – à decisão adotada.

VIII. CASO DA GRATUIDADE DE TRANSPORTE INTERESTADUAL PARA IDOSOS

Em 2003, foi aprovado o Estatuto do Idoso (Lei 10.741), destinado a regular os direitos reconhecidos às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. O artigo 40 da lei previu a concessão de benefícios no transporte coletivo interestadual: a reserva de duas vagas gratuitas para idosos com renda igual ou inferior a dois salários mínimos e o desconto de, no mínimo, 50% do valor das passagens para idosos que excederem as vagas gratuitas e pertencerem àquela faixa de renda.

O parágrafo único do artigo determinou que caberia aos órgãos competentes definir os mecanismos e critérios para o exercício dos direitos previstos. Um primeiro esforço de regulamentação ocorreu em 2004, com o Decreto 5.130, que foi substituído em 2006 pelo Decreto 5.934. Especificamente quanto ao transporte rodoviário, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) editou em 2004 a Resolução 653 e, em 2006, a Resolução 1692, em substituição à primeira.

A Associação Brasileira de Transporte Terrestre de Passageiros (ABRATI), que congrega empresas prestadoras do serviço de transporte rodoviário de passageiros, ajuizou em ambos os momentos – 2004 e 2006 – ações com o objetivo de eximir suas associadas de atender aos decretos e resoluções mencionados, até que fosse editada norma prevendo a fonte orçamentária de custeio dos benefícios para idosos.

Em 2004, a ABRATI obteve liminares em seu favor, que foram atacadas por pedidos de suspensão da ANTT e da União perante o STJ. Os pedidos foram indeferidos tanto pela Presidência do tribunal, em decisão monocrática, quanto pela Corte Especial, em julgamento sobre os agravos regimentais da ANTT e da União. As empresas associadas permaneceram, com isso, desobrigadas de atender ao disposto no artigo 40 do Estatuto do Idoso, em virtude de liminar substituída posteriormente por sentença.

Com a edição de novo decreto e nova resolução da ANTT em 2006, a ABRATI ingressou novamente em juízo, obtendo liminar no mesmo sentido da anterior e com fundamento nas decisões do STJ sobre os pedidos de suspensão de liminar. Isto levou a ANTT a requerer, em 28 de dezembro de 2006, a suspensão da segurança no STF.

O pedido de suspensão da ANTT

Para justificar a apresentação do pedido ao Supremo, a ANTT argumentou que uma das causas de pedir da ação originária era a afronta, segundo a ABRATI, ao artigo 195, § 5º da Constituição, uma vez que os benefícios para idosos teriam sido criados sem a correspondente fonte de custeio. Além disso, a ação baseou-se na alegação de violação do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI da Constituição), pois a instituição do benefício implicaria alteração unilateral dos contratos de concessão. Esses elementos atrairiam a competência do STF para julgar o pedido de suspensão.

Já para fundamentar o pedido de suspensão, a ANTT afirmou que, embora o elemento principal a ser demonstrado fosse a possibilidade de lesão à ordem pública, era necessário fazer algumas considerações sobre o "mérito" da ação de origem. Segundo a agência, a suspensão possui função de "contracautela"; portanto, o pedido deveria ter um mínimo de plausibilidade jurídica, em paralelismo com o que ocorre em pedido de medida cautelar (*fumus boni iuris*).

Foram apresentados, então, dois grupos de argumentos atinentes ao chamado mérito da causa: primeiro, a ANTT procurou mostrar que não havia inconstitucionalidade na regulamentação dos benefícios para idosos e, segundo, sustentou ter havido nulidades processuais na concessão da liminar à ABRATI.

Quanto ao primeiro aspecto, argumentou que o Decreto 5.934 e a Resolução 1.692 da ANTT fixaram expressamente critérios para a repactuação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, caso as empresas sofressem prejuízo com o benefício concedido aos idosos. As normas citadas esclarecem que se tratava de benefício de natureza tarifária, o que afastaria a aplicabilidade do artigo 195, § 5º da Constituição, que, no entender da ANTT, diz respeito somente aos benefícios assistenciais, custeados pela seguridade social. Assim, não haveria necessidade de prever a fonte de custeio do benefício. O próprio silêncio do Estatuto do Idoso quanto à fonte de custeio do benefício seria intencional, segundo a ANTT, e indicativo de que não se trata de benefício assistencial.

Quanto ao segundo aspecto, a ANTT afirmou que não fora ouvida previamente à concessão da liminar, o que violaria o artigo 2º da Lei 8.437/1992. Nos termos da petição,

> …tal dispositivo foi deixado de lado no afã de que tanto o acórdão, como a medida liminar em questão, fossem proferidos e publicados, e que a ANTT e a União fossem deles pessoalmente intimadas, antes do início do recesso forense, de modo a afastar das empresas transportadoras o "risco" de que, durante as festas de final de ano, fossem "obrigadas" a conceder aos idosos carentes as passagens de que trata o art. 40 do Estatuto do Idoso.

Para demonstrar que a decisão do TRF era lesiva à ordem pública, a ANTT argumentou que ela contrariava os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana idosa. Afirmou que houvera "nítido favorecimento aos interesses econômicos das empresas transportadoras", o que teria suprimido "de todos os idosos com renda de até dois salários mínimos (…) o direito constante no art. 40 do Estatuto do Idoso".

A ANTT conceituou ordem pública da seguinte maneira:

> …a ordenação da sociedade a fim de trazer segurança, saúde e tranquilidade para toda a sociedade através do Ente Público constituído mediante o exercício soberano do povo (...). Ordem Pública está relacionada à distribuição das funções estatais entre o Executivo, Legislativo e o Judiciário, sua harmonia e independência, bem como seu controle mútuo.

Essa definição baseiou-se no precedente, caracterizado de *leading case* pela ANTT, em que Néri da Silveira (Presidente do hoje extinto Tribunal Federal de Recursos) entendera que o conceito de ordem pública compreendia "a ordem administrativa em geral". Ou seja, segundo a visão de Néri da Silveira, caberia a suspensão de decisões judiciais que impedissem, sem sólida base legal, a ação do poder público e, nesse sentido, contrariassem a ordem pública.

No caso, a decisão que a ANTT buscava suspender havia impedido, no entender da agência, a intervenção do Estado na esfera econômica para assegurar a dignidade da pessoa humana. Neste ponto, ela retomou o argumento de que os benefícios instituídos pelo artigo 40 do Estatuto do Idoso eram compatíveis com a Constituição, ainda que implicassem tratamento diferenciado, pois eram meios legítimos para atingir a integração social dos idosos hipossuficientes, objetivo inserido na ordem constitucional.

A ANTT invocou o "princípio da proporcionalidade" para sustentar que deveria haver no caso uma ponderação entre valores juridicamente assegurados[76]: de um lado, o interesse econômico das empresas transportadoras e o direito de propriedade; de outro

[76] É interessante destacar que a petição se refere, neste ponto, ao Estado como "mediador de conflitos sociais" e ao Ministério Público em especial como "instituição defensora da sociedade", cuja atuação busca garantir os direitos dos cidadãos (no caso, os usuários de transporte coletivo).

lado, os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa idosa. A ponderação correta, argumentou a ANTT, estava em garantir às empresas a rentabilidade econômica sem suprimir os direitos dos usuários idosos, cujos interesses deveriam prevalecer sobre os do segmento empresarial.

Sendo a concessão do benefício uma necessidade inafastável, haja vista que já no preâmbulo da Constituição consta o dever do Estado de assegurar o exercício de direitos sociais, a compatibilização de interesses ocorreria por meio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos que regem a prestação do serviço de transporte, com a discussão dos valores tarifários. A ANTT também lembrou que o artigo 230 da Constituição institui o dever estatal de amparo às pessoas idosas e que o objetivo do benefício em questão é garantir-lhes a liberdade de locomoção, nos termos do artigo 5º, inciso XV da CF.

Finalmente, a ANTT sustentou que a medida liminar atacada era irreversível, pois, em obediência a esta decisão, os órgãos fiscalizadores deixaram de aplicar multas pelo descumprimento do Estatuto do Idoso e não poderiam fazê-lo retroativamente, ficando impunes as infrações. Assim, a liminar teria contrariado o artigo 1º, § 4º da Lei 8.437/1992 e o artigo 1º da Lei 9.494/1997, que proíbem a concessão de tutela antecipada contra o poder público que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação. Além disso, tampouco seria possível reverter os danos causados aos idosos que não tiveram seus benefícios observados, acarretando *periculum in mora* inverso.

Por outro lado, a suspensão da segurança não traria prejuízo às empresas transportadoras, haja vista a previsão de mecanismos e critérios para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ademais, a ANTT argumentou que os veículos coletivos costumavam circular com parte de sua capacidade ociosa, o que permitia a concessão dos benefícios aos idosos sem que houvesse perda de receita ou aumento de despesa às empresas. Mesmo se constatada a existência de prejuízo, o poder público poderia, em último caso, ser condenado judicialmente a ressarci-lo.

A decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes ocupava em 2007 a Vice-Presidência do STF e, na ausência da então Ministra-Presidente Ellen Gracie, examinou o pedido de suspensão no dia 5 de janeiro, poucos dias após o protocolo do pedido.

O ministro deferiu o pedido da ANTT e justificou a decisão de maneira sucinta. Primeiro, confirmou a competência do STF para examinar a questão, uma vez que o mandado de segurança havia contestado a constitucionalidade do artigo 40 do Estatuto do Idoso e de sua regulamentação em face do artigo 195, § 5º da Constituição.

Segundo, considerou que a lesão à ordem pública havia sido demonstrada no caso, "considerada a perspectiva da ordem jurídico-constitucional". Para o ministro, dada a natureza do interesse que a ANTT pretendia proteger, "negar em sede cautelar aos idosos o benefício conferido pela lei questionada afigurar-se-ia sumamente injusto e, por que não dizê-lo, flagrantemente desproporcional". Concordando com os argumentos da ANTT, o ministro entendeu que o benefício concretizava em parte a exigência do artigo 230 da Constituição, e que eventual prejuízo causado às empresas poderia ser superado através dos mecanismos disponíveis para o reequilíbrio dos contratos. Nos termos do despacho, "[t]alvez esse assunto possua maior relevo que a própria controvérsia desenvolvida em torno do art. 195, § 5º, da Constituição", isto é, a discussão sobre a necessidade de previsão legal da fonte de custeio do benefício.

O Ministro Gilmar Mendes deixou de examinar os aspectos pertinentes à regularidade do julgamento do mandado de segurança e à natureza jurídica do benefício, por considerar que faziam parte do mérito da ação de origem e, assim, não poderiam ser objeto de análise aprofundada.

O agravo regimental da ABRATI

A ABRATI apresentou agravo contra o despacho do Ministro Gilmar Mendes em 25 de janeiro de 2007. A associação expôs três conjuntos de motivos para a reconsideração da decisão: a falta de competência do STF para julgar o pedido de suspensão, por ausência de discussão de matéria constitucional; a inocorrência de lesão à ordem pública no caso; e a omissão de fatos por parte da ANTT, relativos ao exame da mesma questão pelo STJ em 2004 e à existência de decisão judicial que impedia a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por meio de revisão tarifária.

Quanto ao primeiro conjunto de motivos, a ABRATI argumentou que a decisão atacada no pedido de suspensão se limitou a interpretar normas infraconstitucionais, isto é, o artigo 40 do Estatuto do Idoso, o Decreto 5.934/2006 e a Resolução 1.692/2006 da ANTT. A linha de raciocínio adotada é a seguinte: a decisão em favor da ABRATI teria

apenas discutido a natureza jurídica do benefício previsto no Estatuto do Idoso, para só então considerar reflexamente o artigo 195, § 5º como "consequente lógico". Ou seja, segundo a petição do agravo, primeiro interpretou-se o Estatuto do Idoso, esclarecendo que se trata de benefício *assistencial*, e depois buscou-se a consequência na Constituição: a necessidade de previsão da fonte de custeio.

Essa espécie de "malabarismo lógico" foi usada para afirmar que não havia controvérsia, no caso, sobre o âmbito normativo do artigo 195, § 5º, mas apenas sobre o artigo 40 da Lei do Idoso; tanto que, como lembra a ABRATI, questão idêntica fora levada ao STJ, pela União e pela ANTT, em pedidos de suspensão de liminar, negados unanimemente pela Corte Especial daquele tribunal no ano de 2004. No julgamento de tais pedidos, o STJ também entendeu que se tratava de benefício assistencial e que o artigo 40 do Estatuto do Idoso exigia a edição de lei em sentido formal para regulamentação do benefício, especialmente para a previsão de fonte de custeio.

A respeito da dita lesão à ordem pública, a associação buscou contestar a decisão do Ministro Gilmar Mendes no ponto em que este havia enxergado lesão à "ordem jurídico-constitucional, ante o dever e a necessidade de concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República". Para tanto, adotou duas linhas distintas de argumentação.

Em primeiro lugar, negou que houvesse flagrante ilegitimidade ou inconstitucionalidade na decisão atacada pela ANTT, considerando que ela havia reproduzido o entendimento do STJ nos julgados de 2004. Ainda nessa linha, sustentou que não havia direito constitucional à gratuidade do transporte *interestadual* para idosos, pois o § 2º do artigo 230 da CF trata apenas da gratuidade do transporte *urbano* aos maiores de 65 anos. Também citou precedentes do STF que afirmam a existência de um direito constitucional das concessionárias e permissionárias ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos[77], bem como a "impossibilidade de edição de lei que, frustrando as expectativas de receita do contratado, não preveja qualquer forma de compensação, isto é, de suporte dos custos".

Em segundo lugar e alternativamente, a ABRATI argumentou que a questão da proteção de direitos não era suscetível de exame pela via da suspensão, por pertencer ao mérito da ação originária. Não seria aceitável, nesse sentido, utilizar o instrumento

[77] ADI 2733 e ADI-MC 2299.

processual da suspensão para fazer juízo de constitucionalidade ou de legalidade da liminar. Ademais, a necessidade de concretização de direitos fundamentais não seria razão suficiente para caracterizar lesão à ordem pública, pois, *a contrario sensu*, o poder público seria obrigado a intervir e levar ao STF todas as ações em curso no país que discutissem a realização de tais direitos.

Por fim, a agravante reconheceu que o Decreto 5.934 e a Resolução 1.692 da ANTT previam a possibilidade de revisão tarifária como compensação do benefício reconhecido aos idosos, em remissão ao artigo 35 da Lei 9.074 de 1995[78]. Porém, apresentou dois obstáculos à aplicabilidade dessas normas. O primeiro seria a existência de uma liminar obtida em 2006 pela Confederação Nacional dos Usuários de Transportes (CONUT) contra a ANTT e a União, proibindo a prática de atos administrativos que levassem ao aumento das tarifas de transporte interestadual como contrapartida do benefício em questão. O segundo seria o próprio artigo 35 da Lei 9.074, que exige a "previsão, em lei, da origem dos recursos" ou a "simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário". Segundo a ABRATI, nenhuma das providências fora formalizada no momento de edição do decreto e da resolução mencionados; especificamente quanto à revisão tarifária, a associação sustentou que deveria ser *simultânea* e não remetida a acerto posterior entre Estado e empresa. De acordo com a petição, tal providência colaboraria para afastar a "insegurança jurídica daqueles que contratam e que pretendem contratar com a Administração, evitando repercussões negativas sobre o influente 'Risco Brasil'", não podendo, assim, ser considerada lesiva à ordem pública.

A intervenção da União

Em 22 de outubro de 2008, mais de um ano após a interposição do agravo pela ABRATI, a União requereu intervenção no processo como assistente da ANTT[79], por também ser parte na ação originária, por ter o dever de tutelar o direito de locomoção do idoso (artigo 230 da Constituição) e por "estar sujeita a ônus financeiros decorrentes da

---

[78] "Art. 35. A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato."

[79] Conforme o artigo 50 do Código de Processo Civil:
"Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.
Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra."

implementação da fonte de custeio no caso de ser mantida a decisão prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região". Assim, a União argumentou ter "tanto interesse jurídico quanto interesse econômico" para intervir no processo.

A petição trouxe alguns elementos que reforçavam os argumentos já apresentados no pedido da ANTT. Quanto à questão do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, a União enfatizou a necessidade de demonstração do prejuízo sofrido pelas empresas transportadoras, para que só então fosse recomposto o equilíbrio. Portanto, não poderia haver, simultaneamente à previsão do benefício, determinação legal *a priori* do reequilíbrio contratual.

Para sustentar esse ponto, a União citou trechos da decisão do STF na ADI 3768, em especial o voto da Ministra Cármen Lúcia, que havia afirmado: "Imprópria juridicamente é a assertiva de que não se poderia exercer aquele direito constitucional do idoso antes que se fixasse, contratualmente (entre o ente delegante e a empresa delegada), a forma de assunção dos ônus financeiros pelo ente público." Outro trecho citado do voto trata da natureza jurídica do benefício, argumentando que o direito dos idosos à gratuidade do transporte não se inclui entre os benefícios da seguridade social, de modo que "as normas constitucionais atinentes à seguridade social (arts. 194 a 204) não são aplicáveis à específica disciplina do direito dos idosos (art. 230)", nas palavras da Ministra Cármen Lúcia.

O uso da ADI 3768 como precedente não se deve somente à semelhança temática entre ela e a SS 3052, mas também à força vinculante e eficácia *erga omnes* que a decisão citada possui por se tratar de controle abstrato de constitucionalidade – e a União chamou a atenção para este ponto. Ela buscou mostrar que essa força vinculante se aplicava tanto ao resultado final da ADI quanto aos fundamentos da decisão. Nos termos da petição:

> Como forma de prestigiar a força normativa da Constituição e concretizar o direito dos idosos, é de se aplicar no presente caso a transcendência dos motivos determinantes do *decisum* proferido na ADI nº 3768, mormente no que se refere à natureza jurídica do benefício e ao dever imposto às permissionárias e concessionárias de efetuar o transporte interestadual gratuito de idosos de baixa renda sem que seja necessária anterior previsão de fonte de custeio. (…) uma vez que na ADI nº 3768 a dispensabilidade de prévia fonte de custeio foi utilizada como fundamento determinante da decisão que ratificou a implementação do benefício de transporte gratuito de idosos, tal entendimento deve também ser estendido ao caso ora em exame, haja vista que a *ratio* aplicável é a mesma.

Outro precedente do STF foi mencionado pela União para corroborar a tese da "transcendência dos motivos determinantes" das decisões de controle abstrato. Trata-se da Reclamação 2986, em que o Ministro Celso de Mello, relator do processo, procurou justificar essa tese com base na supremacia da Constituição – dando a entender que, para que se preserve tal supremacia, a interpretação dos tribunais sobre as normas constitucionais precisa ser uniforme, segundo as decisões e *rationes* adotadas pela corte suprema.

A decisão do Tribunal Pleno sobre o agravo regimental

O agravo da ABRATI foi julgado pelo Tribunal Pleno em 17 de fevereiro de 2010, três anos após ter sido protocolado. Nessa época, o Ministro Gilmar Mendes já ocupava a Presidência do STF, sendo portanto relator do processo. Votaram neste julgamento o relator e o Ministro Marco Aurélio, o único que divergiu. O restante dos ministros registrou em ata sua concordância com o voto de Gilmar Mendes.

Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes reproduziu os fundamentos adotados na decisão monocrática que havia deferido a suspensão, ressaltando que o STF possuía competência para examinar o pedido, uma vez que a ação originária discutia a aplicação dos artigos 230, 175, 37, XXI e 195, § 5º da Constituição.

Sobre os julgados do STJ que haviam indeferido pedidos de suspensão sobre matéria semelhante, o ministro afastou tal argumento com a observação de que as decisões se referiam a regulamentos de 2004, anteriores àqueles que a ANTT e a União buscavam aplicar no caso presente.

Os argumentos da ABRATI relativos à necessidade de previsão de fonte de custeio, à quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e à proibição, por decisão judicial, de aumento tarifário para compensar a concessão do benefício foram também afastados por ensejarem, no entender do ministro, discussão do mérito da ação principal.

Não obstante, aparentemente abandonando a linha de raciocínio apresentada acima, o Ministro Gilmar Mendes citou um trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia na ADI 3768 – o mesmo precedente mencionado na petição da União –, em que a ministra defende, justamente, a desnecessidade de previsão da fonte de custeio para que se

concretizasse o direito do idoso, com base na natureza jurídica do benefício. No trecho destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, Cármen Lúcia também ressalta que o direito ao transporte gratuito é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não condicionado pelo princípio da reserva do possível, e sua efetivação mediante contrato de concessão deve ocorrer por conta e risco da empresa delegada, nos termos fixados pelo poder público.

Nesse sentido, o relator, novamente concordando com as requerentes da suspensão, asseverou que o artigo 40 do Estatuto do Idoso possui aplicabilidade imediata e que eventuais prejuízos causados às empresas transportadoras poderiam ser ressarcidos pela administração pública.

Voto do Ministro Marco Aurélio

Em apenas um parágrafo, o Ministro Marco Aurélio registrou sua dissidência, considerando haver desequilíbrio econômico-financeiro porque não se levara em conta a gratuidade para idosos no momento de celebração do contrato. Por tal motivo, decidiu em favor da ABRATI, provendo o agravo.

Análise

Neste caso, verifica-se novamente o uso da suspensão de segurança pelo poder público como instrumento de defesa de direitos. Indissociável deste aspecto do caso, porém, é a defesa de uma política governamental específica de regulação dos serviços públicos prestados por empresas delegatárias. O fato de ser a ANTT e não, por exemplo, o Ministério Público a pedir a suspensão pode significar que o acionamento do Supremo teve como principal objetivo evitar um obstáculo à política de fiscalização do transporte interestadual conforme as resoluções da agência.

Isto não quer dizer, é claro, que o poder público não possa agir em defesa dos direitos dos idosos com base na crença de que a Constituição deve ser respeitada. Mas é razoável supor que o intuito da agência neste caso foi utilizar a suspensão como instrumento de governo, a fim de assegurar a efetividade da regulação. Um elemento favorável a esta interpretação é o fato de que a petição da ANTT invocou a concepção de ordem pública de Néri da Silveira, argumentando que a suspensão justificava-se como medida garantidora do desempenho regular das funções da administração pública. Vale notar que a agência também usou a legislação sobre concessão de liminares contra o poder

público a seu favor, apontando uma irregularidade processual (embora o Ministro Gilmar Mendes tenha considerado incabível a discussão deste ponto na suspensão de segurança).

O STF, como visto, procurou defender a atuação do governo federal e da ANTT na realização dos direitos envolvidos; o mais interessante, contudo, é que essa tomada de posição não teve como fundamento explícito o objetivo de afastar óbices à atuação do governo. A principal conclusão a que chegou o Ministro Gilmar Mendes, com o apoio da maioria de seus pares, é a de que a suspensão era necessária para evitar "lesão à ordem jurídico-constitucional", o que equivale a dizer que o relator fez um exame de aspectos do chamado mérito da ação de origem para justificar o deferimento da medida em favor do poder público, voltando seu discurso para a proteção do direito à gratuidade no transporte interestadual.

Nem todas as "questões de mérito", no entanto, foram igualmente abordadas pelos ministros no julgamento da suspensão. A discussão sobre a natureza do benefício (tarifária ou assistencial) foi expressamente caracterizada pelo Ministro Gilmar Mendes como "pertencente ao mérito" da causa, expressão que funciona como justificativa para que o julgador deixe de seguir determinadas linhas de discussão no exame da suspensão de segurança. Também a questão do equilíbrio econômico-financeiro foi tratada de maneira inconsistente pelo relator: na decisão monocrática, o ministro concordou com o argumento da ANTT de que havia mecanismos para o restabelecimento desse equilíbrio, não havendo prejuízo *a priori* para as empresas. Entretanto, após a apresentação de uma série de objeções a esse argumento no agravo da ABRATI, e embora a União tenha intervindo para defender as razões da ANTT, o Ministro Gilmar Mendes entendeu não ser possível a discussão desta questão no julgamento do agravo.

A opção por privilegiar a linha de argumentação voltada à proteção dos direitos fundamentais parece ser, portanto, estratégica: ela reforça a posição escolhida pelos ministros sem gerar dúvidas a respeito do resultado do julgamento, como poderia ocorrer se tivesse havido uma discussão mais profunda de todas as questões levantadas no processo. O discurso da legitimidade dá vigor à decisão do tribunal, remetendo àquela que é considerada sua principal função: a defesa da Constituição e especialmente dos direitos fundamentais, de maneira preponderante sobre considerações de governabilidade a respeito da política regulatória e de fiscalização sobre a prestação de serviços públicos.

Nesse sentido, não admira que a estratégia da ABRATI tenha sido análoga: a associação apontou a questão da proteção de direitos como "pertencente ao mérito", procurando afastar a discussão de um aspecto desfavorável às empresas associadas, e ao mesmo tempo insistiu na abordagem dos mesmos pontos cujo exame o Ministro Gilmar Mendes entendeu ser incabível. A menção ao equilíbrio econômico-financeiro como "direito constitucional" das empresas é um exemplo claro da tentativa de emoldurar a questão na perspectiva da legitimidade, como que dizendo aos ministros que a função do tribunal não era apenas garantir a prestação do serviço público conforme as leis, mas também atentar para a proteção dos direitos das permissionárias contra alegados abusos do poder público. E o caso mostra que a estratégia não foi de todo fracassada, uma vez que o Ministro Marco Aurélio encampou esse argumento, apesar de ser voz minoritária no julgamento.

O caso evidencia, por fim, como a questão da competência do tribunal é disputada de maneira estratégica pelas partes para assegurar ou evitar que a decisão favorável à ABRATI fosse suspensa de maneira irrecorrível. Nisto fica clara a importância do STF como órgão de cúpula para os objetivos da administração pública. Destaca-se também o uso retórico de precedentes do tribunal em controle abstrato de constitucionalidade – dotados de força vinculante – para corroborar a tese da ANTT.

IX. CASO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO EXCEPCIONAL

A partir do final da década de 1990, houve no Brasil um crescimento do número de ações judiciais com o objetivo de condenar o Estado, em todas as esferas federativas, à prestação de serviços de saúde com base no direito fundamental previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição. Em decorrência da constitucionalização do dever estatal de garantir tal direito mediante políticas públicas, grande quantidade dessas ações chegou ao STF, por diferentes tipos de ações e recursos (FERRAZ; VIEIRA, 2009).

Ao se multiplicarem as liminares, sentenças e acórdãos a favor dos requerentes, os entes federativos utilizaram-se não apenas das vias recursais disponíveis, mas também – como era de se esperar – da possibilidade de requerer a suspensão das decisões. A proliferação dos pedidos de suspensão de liminar, tutela antecipada e segurança em ações versando sobre a concretização do direito à saúde levou o Ministro Gilmar Mendes, durante o período em que foi Presidente do STF, a convocar audiência pública para discutir diversos aspectos relativos a esse processo de "judicialização da saúde", inclusive a possibilidade de compatibilização entre a efetivação desse direito e a capacidade gerencial e financeira do poder público para atender às demandas dos particulares.

A audiência foi realizada entre 27 de abril e 7 de maio de 2009. A maioria dos participantes representou diversos departamentos do Ministério da Saúde, associações de procuradores, secretarias de saúde e governos estaduais e municipais, além das corporações médica e farmacêutica. Quase um ano depois, em 17 de março de 2010, o Plenário do STF julgou "em bloco" oito agravos regimentais[80], interpostos por Estados-membros e/ou pela União, contra decisões da Presidência. Essas decisões haviam negado a suspensão de decisões que condenaram Estados, Municípios e a União à prestação de serviços de saúde.

O julgamento "em bloco" foi uma estratégia informal de decisão adotada com a justificativa de que todos os agravos tratavam basicamente do mesmo assunto (fornecimento de medicamentos excepcionais), apesar de as circunstâncias de cada caso serem, naturalmente, distintas. Assim, o STF proferiu na prática apenas um julgamento, cada ministro apenas um voto, e o acórdão foi reproduzido literalmente em todos os

[80] São eles: STA-AgR 175, SS-AgR 2361, SL-AgR 47, SS-AgR 2944, SS-AgR 3345, SS-AgR 3355, STA-AgR 278 e SS-AgR 3724.

agravos do bloco. O caso tomado como "paradigma" foi a Suspensão de Tutela Antecipada 175, motivo pelo qual escolhi aprofundar a análise deste processo.

Como mostrarei adiante, tanto a decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes quanto o acórdão do tribunal, numa ponderação nem sempre explícita entre direito à saúde e interesses da administração pública, dão preferência certa ao primeiro, considerando que possíveis lesões ao erário e ao sistema de saúde pública não são motivo suficiente para o não-atendimento da demanda particular.

O caso inicia-se com uma ação civil pública[81] proposta pelo Ministério Público Federal do Ceará, em 20 de abril de 2006. A ação buscava proteger os interesses de Clarice Abreu de Castro Neves, de 21 anos, residente em Fortaleza e portadora da rara doença de Niemann-Pick tipo C, que instaurou na paciente um quadro neurodegenerativo progressivo.

De acordo com a petição inicial, o medicamento miglustat (Zavesca), importado da Suíça, seria capaz de bloquear o avanço da doença. Porém, seu custo era alegadamente proibitivo para a família da paciente – os pais eram professores universitários, ressaltou o MPF – e não havia registro do fármaco na ANVISA. O objetivo da ação era compelir a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, em responsabilidade solidária, a fornecerem o medicamento gratuitamente à paciente.

O principal fundamento da ação civil pública é a necessidade de que o Estado (gênero) dê eficácia ao direito fundamental à saúde, com base nos artigos 6, 196 e 198 da Constituição. O MPF considerou que se tratava tanto de direito difuso quanto de direito individual indisponível, daí seu dever de atuar no caso[82] e o uso da ação civil pública como instrumento.

O juízo de primeira instância extinguiu o processo sem resolução do mérito, por considerar que o Ministério Público Federal não possuía legitimidade ativa para o pedido formulado. O MPF apelou da decisão, obtendo julgamento favorável do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (1ª Turma)[83], que lhe reconheceu a legitimidade ativa e concedeu tutela antecipada para determinar aos réus o fornecimento do medicamento.

---

[81] Ação Civil Pública 2006.81.00.003148-1, perante a 7ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Ceará.
[82] Cf. os artigos 127 e 129 da Constituição Federal.
[83] Apelação 408729/CE.

A União apresentou, em 22 de outubro de 2007, pedido de suspensão ao Superior Tribunal de Justiça, distribuído como Suspensão de Liminar e de Sentença (SLS) 778 – CE. O STJ declinou da competência para remeter o processo ao Supremo, como será explicado adiante.

O pedido de suspensão da União

A União baseou seu pedido em argumentos relativos à legitimidade ativa do Ministério Público e passiva da União, bem como ao potencial lesivo da decisão do TRF da 5ª Região sobre o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS).

Em primeiro lugar, aduziu que o MPF era parte ilegítima para requerer o serviço de saúde desejado, pois não se tratava de interesse coletivo no caso, apenas direito individual, sem que tenham sido apontados casos semelhantes (daí a falta do requisito da homogeneidade). A competência para atuar no interesse da paciente Clarice Neves seria, portanto, da Defensoria Pública e não do Ministério Público, e a ação civil pública não seria o instrumento adequado. Nesse sentido, o conhecimento da ação civil pública implicaria "lesão à ordem jurídica".

Em segundo lugar, argumentou que a União não poderia ser compelida a fornecer diretamente o medicamento pleiteado, em razão da estrutura descentralizada do SUS, como preveem o artigo 198 da Constituição e a Lei 8.080/1990. De acordo com esse argumento, dentro do sistema de saúde, a União teria funções mais genéricas (principalmente de repasse de recursos), enquanto a prestação concreta dos serviços de saúde ficaria a cargo dos Estados e Municípios.

A razão de ser da descentralização seria a eficiência na prestação dos serviços do SUS, de modo que a desconsideração dessa estrutura implicaria "lesão à ordem administrativa", com efeitos perversos: "despesas com transporte aéreo e terrestre da medicação, com procedimento de dispensa de licitação e com taxa de seguro de medicamento, elevando o gasto até o décuplo do seu valor real" (fl. 16). Consequentemente, seria imposto pesado ônus financeiro à União, de aproximadamente R$ 624.000,00 anuais, tendo em vista que o medicamento é de uso continuado. Isto acarretaria redirecionamento de verbas e prejuízo à implementação das políticas de saúde previamente planejadas. Além disso, o crescimento vertiginoso do número de demandas contra a União

em matéria de saúde, com a chancela do Judiciário, criaria incentivo ao descumprimento de obrigações pelos outros entes federativos.

Acatar o pedido do MPF implicaria desrespeito ao planejamento orçamentário (arts. 165, III e 167, II da Constituição), uma vez que o medicamento Zavesca não fora incluído no rol da Portaria 1318 do Ministério da Saúde, relativo aos medicamentos considerados excepcionais que devem ser fornecidos através do SUS. Nesse sentido, a União ressaltou que os recursos do SUS eram escassos e precisavam ser gastos criteriosamente. Nos termos da petição,

> Não seria razoável (…) a compra de um remédio a ser usado de forma experimental em um só indivíduo, enquanto o Sistema Único de Saúde não consegue atender às demandas básicas da sociedade, em decorrência da limitação orçamentária.

A petição citou como precedente a decisão da Ministra Ellen Gracie na STA 91[84], que havia limitado a responsabilidade do Estado de Alagoas ao fornecimento apenas dos medicamentos incluídos na Portaria 1318 do Ministério da Saúde.

Como argumentou a União, a interferência do Judiciário na alocação de recursos do SUS geraria lesão não somente à ordem administrativa, mas também à saúde pública e à ordem econômica. Quanto a este último aspecto, as prestações devidas pelo Estado para a concretização dos direitos sociais teriam como limitação a reserva do possível, isto é, a disponibilidade de recursos financeiros, naturalmente escassos e sujeitos a escolhas difíceis por parte do Estado. Ademais, a ordem de fornecimento do fármaco à paciente Clarice Neves, além de sobrepor seu interesse particular aos interesses da coletividade, teria potencial "efeito multiplicador", por servir de precedente a múltiplas outras decisões judiciais no mesmo sentido. Isto, em última análise, inviabilizaria a própria organização do Sistema Único de Saúde, por prejudicar todo o seu planejamento.

A decisão monocrática no âmbito do STJ

Ao examinar a SLS 778, o Ministro Francisco Peçanha Martins, Vice-Presidente (no exercício da Presidência) do STJ, considerou que a causa tinha fundamento constitucional, visto que a ação civil pública originária envolvia a aplicação dos artigos 196 e 198 da Constituição e que a União alegava, no pedido de suspensão, ofensa aos

[84] Proferida em 26 de janeiro de 2007, deferiu parcialmente o pedido do Estado de Alagoas para suspender a antecipação de tutela em ação civil pública, que determinou o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados.

artigos 165, III e 167, II da CF. Portanto, decidiu, em 25 de outubro de 2007, remeter os autos ao STF, "em face da incompetência do Superior Tribunal de Justiça e do princípio da economia processual".

A decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes

Os autos foram recebidos no STF e designados como STA 175 em 26 de outubro de 2007, sendo remetidos no mesmo dia ao Presidente da corte, Ministro Gilmar Mendes. O ministro solicitou parecer da Procuradoria-Geral da República, que se manifestou pelo indeferimento do pedido de suspensão; após a juntada desse parecer, os autos foram novamente conclusos à Presidência, em 13 de dezembro de 2007. O processo, porém, só teve novo andamento em 12 de junho de 2009 (cabe ressaltar: após a realização da Audiência Pública da Saúde), quando o Ministro Gilmar Mendes pediu nova manifestação da PGR, que reiterou os termos do parecer anterior.

Assim, o pedido da União foi julgado pelo Presidente apenas em 18 de setembro de 2009, quase dois anos depois de ter sido protocolado no STJ. O ministro indeferiu o pedido, mantendo a ordem judicial de fornecimento do medicamento à paciente.

Ao fundamentar sua decisão, o Ministro Gilmar Mendes enfatizou a importância do debate sobre a judicialização do direito à saúde, que afeta e frequentemente gera tensão entre operadores do direito, gestores públicos, profissionais da saúde e a sociedade civil. Afirmou que, por esse motivo, e tendo em vista os diversos pedidos de suspensão levados ao STF, nos quais se discutia a condenação do poder público a prestar serviços de saúde, convocou audiência pública com a participação de representantes dos diversos setores envolvidos. Asseverou que, após ter ouvido os depoimentos apresentados na audiência, considerava necessário construir critérios para a decisão de casos que envolvam a judicialização do direito à saúde.

Segundo o ministro, o primeiro critério a ser levado em conta seria a existência ou inexistência de política pública "que abranja a prestação de saúde pleiteada". Caso existisse tal política, haveria direito subjetivo público à prestação de saúde. Nessa situação, o Judiciário, ao condenar o poder público a realizar o serviço, não interferiria na esfera dos outros poderes; apenas determinaria o cumprimento do que já fora planejado.

O segundo critério a ser considerado, caso a prestação pleiteada não estivesse prevista em política do SUS, seria a existência de motivação para essa omissão. O julgador

deveria observar se havia vedação legal ao serviço, como é o caso do fornecimento de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)[85]. O ministro sublinhou que tal registro, como indicado nos depoimentos da audiência pública, era garantia importante para a saúde pública e condição necessária à incorporação do tratamento pelo SUS. Não obstante, em casos excepcionais, a ANVISA poderia dispensar o registro de medicamentos importados por intermédio de organismos internacionais multilaterais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde[86].

Quanto a esse ponto, o ministro afirmou que o medicamento Zavesca possuía registro na ANVISA, o que podia ser verificado mediante consulta ao sítio da agência na internet. Na leitura do ministro, a falta de registro do fármaco era o argumento central da União, superado pela consulta realizada junto à ANVISA. É fato que, quando o Ministério Público Federal ajuizou a ação civil pública, o medicamento ainda não possuía o registro, ponto que o MPF reconheceu na inicial da ação, citada pelo Ministro Gilmar Mendes. Contudo, no âmbito do pedido de suspensão, tanto na petição inicial quanto na petição do agravo regimental (vide abaixo), a União sequer mencionou a questão do registro do medicamento. Como visto, ela concentrou sua argumentação no impacto que a decisão impugnada teria sobre a organização do SUS.

Em determinado momento da decisão, o Ministro Gilmar Mendes parece, na verdade, ter concordado com a linha de argumentação da União. Ele chamou a atenção para os casos em que o SUS não custeava determinado tratamento, em razão da falta de evidências científicas que autorizassem sua inclusão nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do sistema. A princípio, sustentou o ministro, deveria haver cautela com tratamentos não incluídos nas políticas do SUS. Nos termos do despacho,

> Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada.

Entretanto, precisamente neste ponto a argumentação do ministro tomou outro rumo. Ele asseverou que as políticas de saúde necessitavam de revisão periódica, tendo em

---

[85] Diz o artigo 12, *caput* da Lei 6360/1976: "Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde."

[86] A exceção foi prevista pelo artigo 8º, § 5º da Lei 9782/1999, que definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e criou a ANVISA.

vista outro ponto ressaltado pelos especialistas ouvidos na audiência pública: o caráter dinâmico do conhecimento médico, cujo ritmo a burocracia administrativa não é capaz de acompanhar.

Por esse motivo, o ministro considerou que tais políticas *poderiam ser questionadas por via judicial*, especialmente nos casos em que o tratamento custeado pelo SUS não fosse eficaz para determinado paciente. Nesse tipo de situação, haveria omissão administrativa, em violação ao princípio da integralidade do sistema de saúde. Para que fosse constatada tal omissão, sempre com base nas circunstâncias do caso concreto, o ministro ressaltou ser imprescindível a produção de provas.

A partir dessas premissas, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que, no caso de Clarice Neves, as provas apresentadas eram suficientes para que fosse constatada a necessidade de revisão da respectiva política de saúde. Enfatizou que haviam sido comprovados os seguintes elementos fáticos: que Clarice era portadora de doença degenerativa rara desde os cinco anos de idade; que o uso do medicamento Zavesca poderia possibilitar-lhe aumento de sobrevida; que a família da paciente declarara não poder custear o tratamento; que o medicamento era o único capaz de deter o avanço da doença ou, pelo menos, de aumentar as chances de sobrevida com certa qualidade; e que ele vinha sendo ministrado em outros pacientes, também em virtude de decisões judiciais.

O ministro argumentou, ainda, que "o alto custo do medicamento não [era], por si só, motivo para o seu não fornecimento", uma vez que o objetivo da política de dispensação de medicamentos excepcionais seria justamente permitir o acesso da população a tratamentos para doenças raras.

Quanto aos argumentos relativos à ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e à ilegitimidade passiva da União, o ministro considerou que essa matéria fugia do alcance da suspensão de tutela antecipada, devendo ser discutida em sede recursal.

A conclusão do despacho foi que, no caso, não se verificavam os pressupostos legais – ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas – para o deferimento da suspensão. Na verdade, haveria *periculum in mora* inverso, pois o não-fornecimento do medicamento poderia causar danos irreversíveis à saúde e à vida da paciente.

Considerando o restante da decisão, especialmente o trecho em que o Ministro Gilmar Mendes entreteve a possibilidade de lesão à ordem administrativa por meio da

judicialização do direito à saúde, é possível concluir que ela foi declaradamente casuística: o possível dano à paciente havia de ser considerado, segundo o ministro, mais grave que a hipotética lesão à ordem administrativa. Não se tratava, na verdade, de alternativas excludentes, mas concomitantes, o que ensejou uma ponderação de interesses.

O agravo regimental da União

No agravo protocolado em 6 de novembro de 2009, a União reiterou os argumentos apresentados no pedido de suspensão quanto à lesão à ordem administrativa, à economia pública e à saúde pública. Além disso, adicionou alguns reforços aos pontos já defendidos anteriormente.

A União afirmou que sua postura no caso era a que melhor colaborava para concretizar o direito à saúde, pois a descentralização do SUS evitava a sobreposição de estruturas administrativas, garantindo a eficiência do sistema, em respeito ao artigo 37 da Constituição. Nesse sentido, lembrou que os repasses aos demais entes federativos e as dotações orçamentárias federais destinadas ao Ministério da Saúde – especialmente à política nacional de medicamentos – se incrementavam a cada exercício. De acordo com a petição, o Ministério da Saúde era o maior financiador do programa de assistência farmacêutica de dispensação excepcional[87], destinado ao tratamento (que se caracterizaria pela complexidade e pelo custo elevado) de doenças crônicas.

Assim, de acordo com a Lei 8.080/90, que afirma expressamente a necessidade de "organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos", a execução de serviços de saúde pela União deveria ser algo excepcional. Admitir a responsabilidade solidária dos entes da Federação pela prestação desses serviços equivaleria a declarar obliquamente a inconstitucionalidade da mencionada lei. Além disso, a União argumentou que a solidariedade passiva, como categoria de responsabilidade civil, não se presume e não foi prevista expressamente pelo artigo 196 da Constituição. O artigo fala em saúde como dever do Estado-gênero, isto é, de todos os entes federativos, mas não indica que todos tenham as mesmas atribuições.

O agravo refutou o entendimento do Ministro Gilmar Mendes no sentido de que o pedido de suspensão da União teria (inadmissível) função de recurso. A questão da

[87] Regulamentado pela Portaria GM 2577/2006.

repartição de competências não seria apenas matéria recursal, mas de preservação da ordem jurídico-administrativa – daí a possibilidade e necessidade da suspensão.

Quanto à questão da escassez e alocação de recursos, a União afirmou que fora compelida a gastar, de janeiro a junho de 2008, 48 milhões de reais com ações judiciais para fornecimento de medicamentos. Informou que esse tipo de despesa aumentou em 1920% em três anos, considerando que haviam sido gastos 2,5 milhões de reais em 2005. Apontou também que o Plenário do STF, até o momento, não havia decidido questão semelhante, uma vez que todos os pedidos de suspensão anteriores haviam sido examinados (a maioria negados) somente pela Presidência do tribunal; por esse motivo, pediu "extrema cautela" no julgamento do agravo, tendo em vista a criação de precedente para outras decisões da corte sobre o mesmo tema. Nessa linha, vale destacar o seguinte trecho da petição:

> Observa-se que muitos magistrados vêm fazendo uma análise voltada para o dramático caso concreto, optando pelo reconhecimento do direito individual à vida e distanciando-se das necessidades e dos anseios da coletividade, até mesmo em razão do apelo emocional intrínseco aos pedidos judiciais que têm por objeto o direito à saúde. (fl. 197-198)

A União sustentou, ainda, que a decisão impugnada feria a separação de poderes, visto que o Judiciário não teria competência para fixar políticas públicas de maneira ampla. Seu dever seria respeitar as escolhas alocativas da administração pública, que não implicavam inércia por parte do Executivo. Assim, o registro do medicamento pleiteado na ANVISA e a comprovação da doença não seriam condições suficientes para evitar lesão aos interesses defendidos pela União.

A decisão do Tribunal Pleno

O Plenário do STF examinou o agravo da União em 17 de março de 2010 e decidiu unanimemente manter a decisão do Ministro-Presidente Gilmar Mendes. Daqueles presentes no julgamento, apresentaram extensos votos escritos o Presidente (também relator do processo) e o Ministro Celso de Mello. A Ministra Ellen Gracie e os Ministros Eros Grau, Ayres Britto e Marco Aurélio também juntaram votos escritos ao acórdão, mas bastante breves, reforçando os argumentos dos votos mais extensos.

Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes praticamente reproduziu o despacho que havia negado a suspensão, com algumas adições que reforçaram sua decisão.

O ministro fez algumas considerações sobre a necessidade de compatibilizar o "mínimo existencial", inserido no âmbito de proteção do direito à saúde, com a escassez de recursos e a necessidade de escolhas alocativas. Registrou argumentos tanto a favor quanto contra a judicialização dos direitos sociais, considerando, por um lado, que o Judiciário poderia não ser apto a enxergar as consequências da decisão de um caso concreto sobre a distribuição global de recursos; e, por outro lado, que os direitos sociais não poderiam deixar de ter apreciação judicial, pois eram "indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana" e deveriam ter, portanto, seu "mínimo existencial" garantido.

Tendo isso em mente, o ministro sublinhou que "*[j]uízos de ponderação são inevitáveis* nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos" (grifo meu).

O ministro passou, então, a analisar o artigo 196 da Constituição, buscando compreender os limites e possibilidades de implementação do direito à saúde. Observou que o direito à saúde, em sua dimensão individual, não era apenas norma programática, mas "direito público subjetivo" que criava uma relação obrigacional entre Estado e indivíduo, o que legitimava a ação do Judiciário nos casos em que a administração pública não cumprisse o dever de prestação de serviços de saúde[88]. Como direito fundamental, o direito à saúde teria aplicação imediata (artigo 5º, § 1º da CF).

Porém, uma vez que o direito à saúde é "assegurado mediante políticas sociais e econômicas", o ministro considerou que não havia direito a todo e qualquer procedimento, independentemente da existência de política pública, mas "um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde"[89]. Por conseguinte, a atuação judicial na proteção desse direito seria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do SUS, o que deveria ser *verificado caso a caso*. O ministro citou duas

[88] Para ilustrar esse ponto de vista, o Ministro Gilmar Mendes cita o voto do Ministro Celso de Mello no RE-AgR 271286.
[89] Neste ponto, Gilmar Mendes baseia-se novamente em um voto do Ministro Celso de Mello, proferido no julgamento da ADPF 45.

decisões para corroborar esse ponto: o voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 45 e o despacho da Ministra Ellen Gracie na STA 91. Vale destacar que esta última decisão foi em sentido contrário ao despacho do Ministro Gilmar Mendes na STA 175, como mencionado na petição inicial da União.

Após apresentar essas premissas, o voto repetiu o que havia sido dito no despacho de setembro de 2009 sobre a necessidade de construção de critérios para a judicialização do direito à saúde, com inspiração nos depoimentos da audiência pública. A conclusão, novamente, foi que as políticas do SUS poderiam ser objeto de contestação judicial, nos casos em que a política – de acordo com as provas produzidas – não promovesse adequadamente o direito à saúde de determinado paciente. Foi o que ocorreu, segundo o Ministro Gilmar Mendes, no caso de Clarice Neves.

O ministro reiterou que a revisão judicial de políticas de saúde, em casos desse tipo, não violava o princípio da separação de poderes. Para reforçar esse argumento, citou a ementa do acórdão sobre a ADPF-MC 45, da qual vale destacar o seguinte trecho:

> Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. (…) Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial".

Ou seja, a legitimidade da atuação judicial pretendida residiria na função de garantir que os outros poderes respeitassem o "mínimo existencial" do direito à saúde. É interessante observar que, segundo a ementa citada, a proteção dos direitos sociais – inclusive a definição do que compõe o chamado mínimo existencial – pode ser considerada um elemento da função *política* do STF.

O voto reforçou ainda outros argumentos. O ministro sustentou que os entes da Federação eram responsáveis solidários pela saúde, a partir da competência comum prevista no artigo 23, II da Constituição. Assim, União, Estados, Distrito Federal e Municípios possuíam legitimidade passiva nas ações cuja causa de pedir fosse a negativa de prestações de saúde pelo SUS – seja por gestor municipal, estadual ou federal. A descentralização dos serviços e o princípio do acesso universal e igualitário, segundo o ministro, apenas reforçavam a "obrigação solidária e subsidiária" entre os entes federativos.

Para corroborar essa perspectiva, o Ministro Gilmar Mendes citou algumas decisões do STF[90] que haviam afirmado a responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde, bem como sua própria manifestação na audiência pública, no sentido de que o princípio da lealdade à Federação exigia que União, Estados e Municípios agissem em conjunto para cumprirem suas competências comuns.

Isto permitiu concluir, segundo o ministro, que a condenação da União a arcar com as despesas do tratamento não configurava lesão à ordem pública, diferentemente do que argumentara a União. Sobre este ponto, vale ressaltar o seguinte trecho do voto: "A correção ou não deste posicionamento, entretanto, não é passível de ampla cognição nos estritos limites desde juízo de contracautela, como quer fazer valer a agravante." Isto é, essa questão não deveria ser apreciada com profundidade num "juízo mínimo de delibação", "apesar da responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas", reconhece o ministro.

Outros argumentos que o Ministro Gilmar Mendes considerou fazerem parte do "mérito da ação" (e que, portanto, não podem ser examinados num pedido de suspensão) referiam-se à ilegitimidade passiva da União e à desconsideração da lei do SUS. O exame desses pontos caracterizaria o pedido de suspensão como "sucedâneo recursal" e impossibilitaria seu deferimento, de acordo com a jurisprudência da corte[91].

Quanto à possibilidade de "efeito multiplicador" da decisão impugnada pela União, o ministro considerou não haver tal risco, "pois a análise de decisões dessa natureza deve ser feita caso a caso, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida".

No encerramento do voto, o ministro repetiu as afirmações de que o alto custo do medicamento – que tinha registro na ANVISA – não era suficiente para impedir seu fornecimento pelo Poder Público, e de que o perigo constatado no caso era, na verdade, de dano inverso.

Voto do Ministro Celso de Mello

Assim como o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Celso de Mello relembrou o julgamento da ADPF 45, no qual defendera que o Supremo, considerada a dimensão

---

[90] RE 195192, RE-AgR 255627 e RE 280642 (todos julgados pela 2ª Turma).
[91] Para corroborar esse argumento, o ministro cita como precedentes a SL 14, a SL 80 e a SL 56.

política da jurisdição constitucional, deveria comprometer-se com a efetividade dos direitos sociais. A não-concretização do direito à saúde configuraria inconstitucionalidade por omissão, sendo função do STF evitar que fossem comprometidas "a integridade e a eficácia da própria Constituição". A inércia do Estado poderia ser considerada até mesmo causa geradora de processos informais de mudança da Constituição, de acordo com o ministro; a missão institucional da corte seria, nesse sentido, evitar o "fenômeno da erosão da consciência constitucional".

O Ministro Celso de Mello também concordou com o Ministro Gilmar Mendes quanto à legitimidade do Judiciário para fazer implementar políticas públicas, nos casos em que a administração pública, por omissão, comprometesse a eficácia dos direitos sociais. Celso de Mello não diferenciou, no entanto, entre casos em que o julgador apenas determinasse o cumprimento de uma política pública já formulada e casos em que houvesse efetiva revisão judicial dos termos da política existente. Apenas afirmou as políticas públicas de saúde deveriam ser "idôneas" e que, no caso da paciente Clarice Neves, ocorrera omissão administrativa, o que autorizava intervenção judicial.

Deveria prevalecer "nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito", segundo o ministro, a "decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde", especialmente o artigo 196[92]. A margem de discricionariedade do administrador nessa matéria seria, portanto, reduzida, tendo em vista que o artigo 197 da Constituição caracteriza as ações e serviços de saúde como *prestações de relevância pública*.

O ministro, na mesma linha do relator, não deixou de apreciar a questão da reserva do possível, mas reiterou que o argumento dos custos do direito à saúde não poderia ser invocado para inviabilizar a criação e preservação do mínimo existencial para cada pessoa. O interesse financeiro do Estado seria "secundário" e o dever de concretização do direito seria comum a todos os entes federativos.

Um argumento novo que o Ministro Celso de Mello trouxe ao acórdão foi o princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais. Isto é, a

[92] O Ministro Celso de Mello citou uma série de decisões monocráticas e votos que proferiu no mesmo sentido, sempre reconhecendo a preponderância do direito à saúde sobre outros interesses, em casos que envolviam enfermidades as mais diversas: RE 556886, AI 457544, AI 583067, RE-AgR 393175, RE 198265, AI 570455, AI 635475, AI 634282, RE-AgR 273834, RE-AgR 271286, RE 556288, AI 620393, AI 676926, AI 468961, RE 568073, RE 523725, AI 547758, AI 626570, RE 557548, AI 452312, AI 645736, RE 248304, AI 647296, RE 556164 e RE 569289.

impossibilidade de que os níveis de concretização desses direitos, "uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos". A omissão administrativa em relação ao direito à saúde, na prática, implicaria anulação do núcleo essencial já conquistado desse direito, a menos que políticas compensatórias fossem adotadas – o que não havia ocorrido no caso examinado, conforme observou o ministro.

Análise

A leitura da STA 175 mostra que este é um caso típico da discussão sobre a aplicabilidade dos direitos sociais. Muito embora tenha sido julgado recentemente, o dilema a ele subjacente está longe de ser novo. Esse dilema resulta de duas concepções conflitantes a respeito do comando veiculado ao Estado pela norma constitucional sobre o direito à saúde.

De um lado, ressalta-se seu caráter de "direito público subjetivo", isto é, a faceta individual do direito, que gera uma relação de obrigação entre Estado e particular. Isto cria uma aura de intangibilidade em torno do interesse particular de beneficiar-se de parte dos recursos da coletividade. Em outras palavras, ter direito à saúde significa, nessa concepção, não submeter esse interesse a escolhas alocativas, mas colocá-lo à frente de outros interesses que não estejam investidos do mesmo tipo de reconhecimento formal[93].

De outro lado, enxerga-se o direito à saúde por um prisma menos repressivo ou condenatório e mais promocional (CAPPELLETTI, 1993): antes de haver um liame obrigacional entre Estado e indivíduo, há a tarefa estatal de gerir e aplicar seus recursos de modo que o direito à saúde seja concretizado da *melhor maneira possível*. É isto que se quer dizer quando se afirma – não raro em tom de crítica – que o direito à saúde é visto pelo Estado como "norma programática": ele norteia a alocação de recursos, sem necessariamente fazer desaparecerem de vista os interesses conflitantes. Predomina a faceta social ou pública sobre a faceta subjetiva.

Isto permite compreender a força retórica do direito à saúde como direito subjetivo: na perspectiva da legitimidade subjacente às Constituições que consagram direitos sociais, não se admite a discricionariedade da administração pública na realização desses direitos, pois isso equivaleria a negar a própria condição de "direito" ao direito à saúde. Se o direito

[93] Lopes (2006b, p. 244) critica essa concepção do direito à saúde, uma vez que ela dissolve o bem coletivo subjacente a esse direito social em "bens singulares ou divisíveis, tornando difícil a compreensão e finalmente a aplicação das normas relativas aos direitos sociais".

público subjetivo caracteriza-se por estar fora do alcance das decisões políticas, torna-se virtualmente impensável subordinar sua concretização a considerações de governabilidade. Como, no entanto, não se trata de liberdade negativa, mas de exigência de prestação positiva por parte do Estado, é difícil negar o fato de que a realização do direito à saúde é condicionada pela alocação de recursos. Esta realidade é obscurecida pela invocação do direito subjetivo no contexto de uma disputa judicial.

A análise da STA 175 permite concluir sem grande dificuldade que o STF privilegiou o discurso da legitimidade na solução da controvérsia entre Estado e particular: prevaleceu explicitamente a concepção do direito à saúde como direito subjetivo. Não obstante, merece atenção a maneira peculiar como o tribunal, e especialmente o Ministro Gilmar Mendes, construiu essa decisão em resposta às questões levantadas pela União.

Em vez de afirmar que a condenação da União a fornecer o medicamento pleiteado não teria consequências negativas sobre a organização do sistema de saúde, o ministro na verdade reconheceu que as decisões judiciais desse tipo podem ter efeitos indesejados sobre a ordem administrativa, prejudicando os usuários mais necessitados do SUS. Neste ponto há total concordância com aquilo que foi sustentado pela União: o ministro não ignorou a questão de governabilidade inerente ao caso. Assim, embora tenha utilizado o conceito de direito subjetivo público para reforçar sua decisão favorável à paciente, o modo de decidir do Ministro Gilmar Mendes pode ser considerado menos "adjudicatório" e mais "formulador de política pública".

Isto porque, para o ministro, não basta que a parte alegue ter direito ao fornecimento de medicamentos para que haja condenação do poder público à prestação do serviço. Como visto, ele argumentou que o magistrado deve examinar a política de saúde para verificar se essa política engloba a prestação pleiteada e, em caso negativo, decidir – com base na situação do paciente e nas provas apresentadas – se a omissão é resultado de equívoco da administração pública. Assim, a "omissão administrativa" estaria não apenas na falha do poder público em entregar o que fora prometido (implementar a política); ela poderia também consistir numa promessa insuficiente. Ao referir-se ao *Untermaßverbot* (proibição da proteção insuficiente) como princípio norteador da decisão judicial, o Ministro Gilmar Mendes nada mais fez que propor que o juiz tomasse parte na definição da medida ideal de realização do direito à saúde.

É bom deixar claro que, no fundo, mesmo o juiz que assuma uma posição mais "adjudicatória", examinando apenas se a política formulada foi implementada, também adota a posição implícita de que essa política adotou uma medida ideal (ou de que, qualquer que seja a decisão do administrador, ela terá a medida ideal). A diferença entre essa posição e aquela defendida pelo Ministro Gilmar Mendes não está no grau de "política" inerente às decisões (pois ambas podem ser vistas como tomadas de posição política), mas no grau de ativismo, no sentido dado por Tate (1995): a disposição de ordenar que o Poder Executivo aja de modo diferente do planejado. Isso envolve, vale lembrar, um mínimo de ponderação sobre o "politicamente possível" tendo em vista os recursos disponíveis: é razoável supor que o STF possivelmente nunca chegará à posição extrema de condenar o Estado a prestar qualquer serviço de saúde pleiteado.

Contudo, é possível afirmar que o "politicamente possível" difere conforme a perspectiva seja a do administrador ou a do juiz. Vale lembrar que a proteção de direitos é fator importante de legitimação da atuação do Supremo Tribunal Federal. Isto pode ajudar a compreender o ativismo da corte no caso analisado e em outros: ainda que o relator, consciente dos constrangimentos práticos à atuação do poder público, tenha estabelecido alguns critérios para a revisão judicial das políticas de saúde, o Supremo decidiu a favor dos particulares, com base no "direito público subjetivo" à saúde, em todos os oito casos julgados em "bloco" – não apenas a STA 175.

Se a principal tarefa política do STF é evitar a "erosão da consciência constitucional" causada pela negação de direitos, como sustentou o Ministro Celso de Mello, o que o tribunal fez à primeira vista foi corresponder a essa expectativa. Ao mesmo tempo, como ocorreu no caso Plano Collor I, parece ter sido enviada uma mensagem diferente à administração pública: houve uma definição de *critérios* (além da existência do direito) para a condenação do poder público à prestação de saúde, com especial referência aos depoimentos colhidos na audiência pública. O Ministro Gilmar Mendes, dessa forma, veiculou uma imagem conciliatória.

X. CASO DA CONCESSÃO DE RODOVIAS NO ESTADO DO PARANÁ

A alternância de representantes de diferentes partidos no Poder Executivo por vezes tem efeitos inesperados, senão indesejados, sobre a gestão pública. É natural que uma ação que seria de interesse de um partido seja completamente desvantajosa aos olhos de outro partido, e isso se reflete também no comportamento dos governos perante ações *judiciais*. Uma troca de governo pode significar o abandono de uma causa no Judiciário, não obstante a parte no processo continue formalmente a mesma, isto é, uma pessoa jurídica de direito público.

O caso da concessão de rodovias no Estado do Paraná é um exemplo interessante para se refletir sobre essa hipótese. De 1995 a 2002, período em que Fernando Henrique Cardoso chefiou o governo federal, o governo do Estado do Paraná foi ocupado por Jaime Lerner, originalmente do PDT[94], tendo se filiado ao PFL durante esse período. O sucessor de Lerner a partir de 2003 foi Roberto Requião, do PMDB, pertencente à base aliada do governo Lula. A concessão de trechos de rodovias federais e estaduais, realizada durante o governo Lerner, foi contestada em juízo pelo Ministério Público durante o governo Requião. Como mostra a análise do caso a seguir, quem se opôs ao Ministério Público e levou a controvérsia ao STF mediante pedido de suspensão não foi o Estado do Paraná nem a União, mas a própria concessionária do serviço público. O Estado-membro, apesar de pertencer ao mesmo pólo processual ocupado pela concessionária, manifestou-se nos autos contrariamente aos interesses desta.

Em 1997, a Empresa Concessionária de Rodovia do Norte S/A (Econorte) firmou contrato de concessão com o Estado do Paraná, para explorar trechos de uma rodovia federal (por delegação da União), a BR-369, e de duas rodovias estaduais, a PR-323 e a PR-445. Conforme previsto no contrato, a Econorte operaria três praças de pedágio: a primeira entre os municípios de Cambará e Andirá (na BR-369), a segunda em Jataizinho (também na BR-369) e a terceira em Sertaneja (na PR-323).

Em 2002, foi celebrado um termo aditivo ao contrato, com o acréscimo de dois outros trechos rodoviários em relação ao objeto inicial da concessão (localizados

[94] Antes de 1988, Lerner era filiado à Aliança Renovadora Nacional (ARENA), tendo sido nomeado prefeito biônico de Curitiba em 1971. Já filiado ao PDT, ocupou novamente a prefeitura do município em virtude de eleição direta realizada em 1988.

respectivamente na BR-153 e na PR-092). Além disso, a praça de pedágio de Cambará-Andirá foi transferida para o Município de Jacarezinho.

Entretanto, o referido termo aditivo deu causa a uma ação civil pública[95], ajuizada pelo Ministério Público Federal em 10 de setembro de 2006, contra a Econorte, a União, o Estado do Paraná, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) e o Departamento de Estradas de Rodagem (DER) do Paraná. Nessa ação, o MPF apontou que a nova praça de pedágio em Jacarezinho atingia arbitrariamente uma parcela da população, sem o oferecimento de via alternativa, o que violaria o artigo 150, V da Constituição. Também alegou que a Econorte vinha prestando serviço de má qualidade; que distribuía irregularmente cartões de isenção do pedágio, privilegiando determinado grupo de pessoas; e que os processos de concessão e de elaboração do termo aditivo haviam sido marcados por infrações às exigências constitucionais de licitação (artigos 37, XXI e 175) e à Lei de Licitações (Lei 8666/1993).

Por esses motivos, especialmente o descumprimento de obrigações contratuais por parte da Econorte, o MPF pediu a declaração de nulidade da exação de pedágio prevista no contrato original de concessão, ou do termo aditivo que transferira a praça de pedágio para o Município de Jacarezinho. Também pediu, entre outros provimentos, a condenação da Econorte à devolução dos valores cobrados a título de pedágio ("mediante execução específica dos lesados desde o início da concessão ou ao menos desde a efetivação do termo aditivo") e das pessoas jurídicas de direito público ao pagamento de indenização por fiscalização insuficiente.

O juízo de primeiro grau acatou os argumentos do MPF no sentido da inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança de pedágio pela Econorte, o que implicaria nulidade do contrato de concessão por ilicitude de objeto; também entendeu ser inconstitucional e ilegal o termo aditivo, por adicionar novos trechos rodoviários à concessão sem prévia licitação. Assim, declarou em sentença a nulidade tanto do termo aditivo quanto do contrato de concessão original. Contudo, em razão da limitação territorial dos efeitos da sentença em ação civil pública (art. 16 da Lei 7.347/1985, conforme a redação dada pela Lei 9.494/1997), a decisão desonerou a empresa das obrigações contratuais apenas no âmbito da Subseção Judiciária de Jacarezinho, transferindo essas obrigações ao Estado do Paraná e ao DER/PR.

---

[95] Processo 2006.70.13.002434-3, perante a Vara Federal de Jacarezinho (Paraná).

A Econorte interpôs apelação perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cujo provimento foi negado, sendo mantida integralmente a sentença. Desta decisão do TRF da 4ª Região, a empresa apresentou pedido de suspensão ao STF, em 9 de dezembro de 2008.

O pedido de suspensão da Econorte

Preliminarmente, a Econorte apontou que o STF possuía competência para examinar o pedido de suspensão, visto que a ação civil pública originária havia questionado a constitucionalidade do pedágio, assim como do contrato de concessão e de seu termo aditivo.

Quanto à legitimidade da concessionária para formular o pedido, afirmou, com base nos artigos 21, XII[96] e 175[97] da Constituição, que:

> (…) a relação entre o Poder Público e a concessionária, neste particular, é de tal forma estreita que as responsabilidades por vezes chegam a se confundir, de modo que a concessionária termina por titularizar interesses de relevância muito maior do que seus próprios interesses privados.

Assim, a Econorte poderia atuar como representante dos interesses dos concedentes, com legitimidade para praticar atos típicos de pessoas jurídicas de direito público. A empresa citou precedentes do STF em suspensão de liminar que haviam adotado a mesma orientação[98].

O argumento central da petição foi a existência de risco à ordem e à economia públicas; mais especificamente, risco à prestação do serviço público de manutenção das rodovias, em razão da alteração de parte do contrato de concessão (haja vista a limitação territorial dos efeitos da sentença) e da declaração de nulidade do termo aditivo. A

---

[96] "Art. 21. Compete à União:
(…)
XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;"

[97] "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos."

[98] Trata-se da SL 280 (decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, em 19 de fevereiro de 2009) e da SL 111 (decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie, em 13 de julho de 2006).

Econorte citou um precedente do STF[99] para dizer que a suspensão necessitava apenas da demonstração de possível lesão ao interesse público, apesar de abordar uma série de argumentos relativos ao mérito da ação original.

Segundo a Econorte, a decisão judicial impugnada gerava desequilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão, acarretando perda de receita à concessionária. A empresa afirmou que a finalidade do termo aditivo fora justamente corrigir desequilíbrio contratual, ensejado por aumento da carga tributária sobre a atividade da concessionária, o que havia sido verificado em processo administrativo. Assim, a declaração de nulidade do termo aditivo restabeleceria uma situação econômica desfavorável à Econorte. Isto não somente seria prejudicial aos interesses privados da Econorte, mas também repercutiria negativamente sobre a qualidade dos serviços prestados – especialmente a conservação da rodovia, ameaçando a segurança dos usuários.

Quanto ao trecho da rodovia localizado no Município de Jacarezinho, retirado da concessão pela decisão atacada, a Econorte argumentou que o Estado do Paraná não teria condições financeiras de retomar a prestação dos serviços "com a mesma eficiência e qualidade", levando-se em conta os limites orçamentários. Ressaltou que "a falta de manutenção das rodovias federais não incluídas no programa de concessão no Estado do Paraná [era] fato notório, que já ensej[ara] até mesmo a interdição de determinados trechos". Haveria, nesse sentido, "risco de abandono das rodovias e exposição dos usuários a grave situação de insegurança".

A empresa também afirmou que o acórdão do TRF poderia inibir novos e maiores investimentos privados no setor, em prejuízo da economia nacional, tendo em vista que o transporte rodoviário era o principal meio de circulação de mercadorias. Nesse sentido, defendeu a importância do instrumento da concessão na operação das rodovias, como modo de descentralizar os encargos do poder público e, assim, onerar – através do pedágio – apenas os principais interessados na prestação do serviço e não toda a coletividade.

De acordo com a petição, o termo aditivo possibilitara a redução da tarifa em uma das praças de pedágio, além de proporcionar maior investimento em infraestrutura por parte da concessionária. Com a declaração de nulidade do termo aditivo e o consequente

[99] A petição cita o Agravo Regimental na STA 225, decidido pelo Tribunal Pleno em 7 de abril de 2008, sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie.

desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, o valor da tarifa de pedágio teria que ser no mínimo restabelecido ao patamar anterior, em detrimento dos usuários.

Por fim, a Econorte apontou que a diminuição na arrecadação de pedágio tampouco interessaria aos entes da administração pública, pois implicaria perda de receita tributária, por haver, por exemplo, incidência de ISS sobre a cobrança do pedágio.

Após apresentar o cenário descrito, que considerava "prejudicial ao interesse público", a Econorte abordou alguns aspectos que acreditava pertencerem ao mérito da ação de origem, "caso se entend[esse] necessário juízo mínimo de delibação".

Em primeiro lugar, atacou a alegação de inconstitucionalidade do pedágio cobrado, afirmando que os usuários dispunham de via alternativa e que, mesmo que se entendesse o contrário, a jurisprudência do STF e do STJ era no sentido de que a Constituição não exigia o oferecimento de via alternativa para a cobrança de pedágio.

Em segundo lugar, a Econorte lembrou que, segundo o acórdão impugnado, o aumento da carga tributária não ensejaria desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, de modo a tornar desnecessário o ajuste realizado pelo termo aditivo. A empresa julgou que isso contrariava o disposto no artigo 9º, § 3º da Lei 8987/1995 (que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos)[100]. Além disso, o desequilíbrio econômico-financeiro corrigido pelo termo aditivo não foi contestado na ação civil pública, de modo que seria fato incontroverso, não passível de exame judicial. Para que esse fato fosse verificado ou desmentido, seria necessária perícia, que foi negada pelo tribunal *a quo*, caracterizando cerceamento de defesa.

Finalmente, a decisão do TRF havia partido do pressuposto de que o convênio de delegação entre a União e o Estado do Paraná, relativo ao trecho rodoviário que fora objeto do termo aditivo, havia sido declarado nulo pela Portaria 155/2004 do Ministério dos Transportes. A petição da Econorte esclareceu que essa portaria não havia anulado a delegação nem o termo aditivo, apenas revogado a parte do convênio segundo a qual o novo trecho deveria necessariamente ser concedido àquela empresa. Com essa revogação, o Estado do Paraná havia ficado livre para administrar esse trecho da maneira que

[100] "Art. 9º (…) § 3o Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso."

considerasse adequada, não obstante ele tenha, de fato, sido concedido à administração da Econorte.

A decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes deferiu, em 22 de dezembro de 2008, o pedido da Econorte. Primeiramente, considerou que o STF tinha competência para examinar o pedido, pois a ação de origem discutia os artigos 37, XXI, 150, V e 175 da Constituição. Apesar de o processo também versar sobre a aplicação das Leis 8666/1993 e 8987/1995, o que poderia atrair a competência do Superior Tribunal de Justiça, a controvérsia sobre normas constitucionais exigia que o STF se pronunciasse sobre a questão, de acordo com o ministro.

Quanto à legitimidade para formular o pedido de suspensão, o ministro entendeu que a Econorte a possuía, pois exercia função delegada do poder público e o pedido era motivado pela defesa do interesse público. Para reforçar o argumento, citou precedentes do STF[101] que reconheceram legitimidade às concessionárias e permissionárias de serviço público que tiverem de suportar as consequências da decisão impugnada, com reflexos na ordem, segurança, saúde ou economia públicas.

Após abordar essas questões preliminares, o Ministro Gilmar Mendes passou ao exame das alegações de lesão ao interesse público, mas também ressaltou que o caso exigia um "juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal", invocando novamente precedentes da corte[102] que afirmaram ser permitido esse tipo de juízo na análise do pedido de suspensão.

Para o ministro, o acordão impugnado pela Econorte põe em risco a ordem, a segurança e a economia públicas, pois implicou quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Com isso, impôs elevado ônus não apenas à concessionária, mas também ao poder concedente e aos usuários das rodovias, por colocar em risco a prestação do serviço público.

Para subsidiar esse argumento, o Ministro Gilmar Mendes remeteu ao conceito de ordem pública formulado por Néri da Silveira quando juiz do extinto Tribunal Federal de Recursos:

---

[101] O ministro citou a SL 111 (decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie), também invocada na petição da Econorte, e a SS 1308 (decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, de 9 de outubro de 1998).
[102] Trata-se do SS-AgR 846 (rel. Min. Sepúlveda Pertence) e do SS-AgR 1272 (rel. Min. Carlos Velloso).

> Segundo esse entendimento, estaria inserto no conceito de ordem pública o de ordem administrativa em geral, concebida esta como a normal execução dos serviços públicos, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas. Assim, representa violação à ordem pública provimento judicial que obstaculiza ou dificulta, sem causa legítima, o adequado exercício dos serviços pela Administração Pública ou pelos seus delegados.

O ministro acreditou que a administração dos trechos rodoviários em questão não poderia ser facilmente retomada pelo Estado do Paraná sem que houvesse prejuízo aos serviços prestados. Justificou essa asserção ressaltando que eram "notórias as dificuldades financeiras enfrentadas pelos governos estaduais no cumprimento de suas competências constitucionais de natureza administrativa". Nesse sentido, citou trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Carlos Velloso, no exercício da Presidência do STF, sobre a Medida Cautelar na Petição 2242. Trata-se de caso muito similar, no qual o Ministro Velloso empregara exatamente a mesma linha de argumentação: a não cobrança de pedágio prejudicaria a remuneração da concessionária e, consequentemente, a prestação do serviço, haja vista a impossibilidade de que o Estado-membro, dada a escassez de recursos públicos, assumisse diretamente tal função. Além disso, a decisão impugnada pela Econorte geraria despesa pública sem previsão orçamentária, lesando o interesse público.

A suspensão seria medida adequada para evitar que a discussão em juízo sobre a constitucionalidade e a legalidade da cobrança de pedágio impedisse, "na prática, a adequada remuneração dos serviços prestados pela requerente". Tal discussão, segundo o ministro, dizia respeito ao mérito da ação civil pública e não poderia ser realizada com profundidade no exame da suspensão[103], já que não se tratava de juízo recursal. Este argumento dá a entender que o "juízo mínimo de delibação" sobre o mérito, que o Ministro Gilmar Mendes afirmou ser necessário nesta decisão, se referia apenas ao desequilíbrio do contrato de concessão.

O agravo regimental do Estado do Paraná

Em 4 de fevereiro de 2009, o Estado do Paraná interpôs agravo contra o despacho do Presidente. O agravante sustentou que o acórdão do TRF não gerava lesão à ordem ou à economia públicas, além de apresentar argumentos no sentido da ilegitimidade da Econorte

[103] Para ilustrar esse posicionamento, o Ministro Gilmar Mendes cita o voto do Ministro Maurício Corrêa (então Presidente do STF) sobre o SS-AgR 1918, em julgamento de 10 de março de 2004.

para formular o pedido de suspensão e da ausência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Quanto à legitimidade processual da Econorte, o Estado do Paraná aduziu que, com a declaração de nulidade do contrato de concessão e a consequente desoneração da empresa quanto à prestação do serviço público, ela deixou de representar o poder concedente. De acordo com os precedentes citados pelo Ministro Gilmar Mendes, haveria legitimidade somente se a concessionária suportasse as consequências da decisão impugnada, o que não se verificava no caso, uma vez que o TRF desobrigou a Econorte de prestar o serviço, transferindo essa obrigação ao Estado do Paraná. Assim, a suspensão protegeria, na prática, apenas o interesse privado da Econorte em explorar o serviço de administração dos trechos rodoviários.

O Estado lembrou que a empresa pedira suspensão do mesmo acórdão também ao STJ, que a havia indeferido, por considerar que servia apenas à defesa do interesse da Econorte em preservar seu faturamento nas praças de pedágio durante a discussão judicial. Também remete ao acórdão do próprio STF sobre o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 26, de relatoria do Ministro Eros Grau, em cuja ementa se lê:

> Os arts. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/92, e 1º da Lei n. 9.494/97 não se aplicam quando a pessoa jurídica de direito privado, ainda que controlada por Estado-membro, atua não como expressão do poder público, mas como agente econômico privado interessado em preservar o privilégio que vinha explorando.

A mesma linha de raciocínio conduziu à conclusão de que não havia desequilíbrio contratual em prejuízo da Econorte, já que o contrato de concessão fora simplesmente declarado nulo, retirando da empresa a qualidade de concessionária. Segundo o agravante, a suspensão permitia que a Econorte continuasse a explorar o serviço sem contrato ou licitação, impedindo que outra empresa realizasse o mesmo serviço "com observância às normas constitucionais".

A questão do equilíbrio contratual foi abordada na petição do agravo em resposta ao despacho do Ministro Gilmar Mendes, que utilizou o argumento do desequilíbrio como elemento autorizador da suspensão. Entretanto, o agravante salientou que essa questão pertencia ao mérito do caso e não poderia ser rediscutida no âmbito da suspensão. O acórdão do TRF, ressaltou o Estado do Paraná, baseara-se na instrução processual para afirmar que não tinha havido evento extraordinário que gerasse maior ônus à

concessionária e exigisse o termo aditivo como correção. Havendo pronunciamento judicial sobre esse aspecto do mérito do caso, seria incabível sua rediscussão para justificar a suspensão do acórdão.

A respeito da alegação de lesão à ordem e à economia públicas, o Estado do Paraná argumentou que não havia risco à continuidade da prestação do serviço com a desoneração da Econorte, pois o serviço poderia ser garantido seja pela aplicação de recursos públicos, seja pela realização de novo contrato de concessão. Isto é, não necessariamente haveria novo investimento por parte do poder público sem a devida previsão orçamentária, ao contrário do que afirma a Econorte.

O agravante adotou o pressuposto de que a decisão do TRF havia corretiva, ou seja, reconheceu que havia irregularidades na celebração do contrato de concessão. Na visão do agravante, essa decisão, na verdade, promovia o interesse público, pois o serviço seria "realizado aos moldes daquele prestado pela concessionária requerente, só que, desta vez, mediante licitação prévia, o que somente trará benefícios aos usuários, que terão a diminuição do valor do pedágio ante a concorrência".

O Estado do Paraná colocou-se como "principal interessado na preservação da ordem jurídica e no cumprimento das decisões judiciais que melhor atendem à ordem constitucional e ao interesse de seus cidadãos"; por esse motivo, considerava necessário evitar o não-cumprimento da decisão do TRF. Enfatizou que a decisão determinara que a Econorte restituísse os valores cobrados de todos os usuários que pagaram pedágio nas praças de Jacarezinho e Cambará-Andirá; com a suspensão do acórdão, os usuários seriam injustamente compelidos, na prática, a pleitear o ressarcimento desses valores por meio de ações individuais.

Na verdade, afirmou o Estado, o deferimento da suspensão acarretaria dano inverso ao interesse público, pois, com a manutenção do contrato de concessão, seria também mantida a cobrança de valores elevados a título de pedágio. Os valores cobrados, segundo apuração do Ministério Público Federal, seriam o dobro da quantia ideal, o que o agravante apontou como resultado da falta de concorrência e de processo licitatório regular. Como a rodovia em questão passava pela fronteira entre Paraná e São Paulo, o custo do pedágio representaria ônus para a saída de mercadorias do Estado. Nas palavras do agravante, "os usuários dos serviços acabam optando por serviços onde não seja necessário circular por tais rodovias paranaenses, causando evidente prejuízo à economia do Estado".

Finalmente, o agravante expressou preocupação com o fato de que a suspensão assegurava à Econorte um *status* necessariamente passageiro, uma vez que não se tratava de recurso e a suspensão terminaria com o trânsito em julgado do acórdão do TRF. Dessa forma, prováveis novos investimentos que a empresa realizasse durante a suspensão, na qualidade de concessionária, poderiam ensejar ação de ressarcimento contra o Estado do Paraná, por terem sido fundados em ato nulo. Isto, segundo o Estado, também caracterizaria dano inverso.

A decisão do Tribunal Pleno sobre o agravo regimental

Mais de dois anos após a interposição do agravo, em 2 de março de 2011, o processo foi levado a julgamento pelo Tribunal Pleno. O Ministro Gilmar Mendes deixara a Presidência da corte, cargo ocupado na sequência pelo Ministro Cezar Peluso, que também assumiu a relatoria do processo. O acórdão é composto apenas pelo breve voto do Ministro Peluso (de apenas duas páginas) e pelo registro de voto dos demais ministros[104] em concordância com o relator.

O Ministro Cezar Peluso somente afirmou que o agravante não trouxera novas razões que ensejassem a reforma da decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes. Ressaltou que a decisão agravada havia reconhecido grave dano à ordem, à segurança e à economia públicas, reproduzindo os trechos que justificavam a legitimidade ativa da Econorte e apontavam a existência de lesão ao interesse público em razão do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Análise

A julgar pelos pontos que foram alvo de manifestação de todos os principais atores do processo, a discussão da SL 274 concentrou-se especialmente em três linhas: a legitimidade da concessionária para formular pedido de suspensão, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, e o risco à qualidade da prestação do serviço público tanto pela concessionária quanto pelo Estado do Paraná.

É possível observar uma conexão entre todas essas questões no julgamento do caso pelo STF. O Ministro Gilmar Mendes justificou a conclusão de que a empresa era legitimada não apenas por ser concessionária e, com isso, representante dos interesses do

[104] De acordo com o extrato de ata, estavam ausentes do julgamento os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

concedente, mas também por considerar que a decisão impugnada pela Econorte traria prejuízo à prestação do serviço público. Em outras palavras, a alegada preocupação com uma questão de política pública (vale dizer, uma questão de governabilidade) colocaria a empresa em pé de igualdade com o poder público em termos de interesses a serem defendidos, inclusive para fins processuais. Assim, a resposta à questão da legitimidade *ad causam*, mais do que ser reforçada por elementos da discussão sobre a prestação do serviço, pressupôs tais elementos, muito embora a própria Econorte não tenha adotado essa estratégia argumentativa. Para a requerente, bastou dizer que sua relação com o poder público lhe dava atribuições que iam além de seus interesses privados.

É interessante notar que o Estado do Paraná, dialogando mais diretamente com a Econorte, procurou contestar a legitimidade processual da empresa de maneira estritamente formal – com a declaração de nulidade do contrato, a empresa deixara de ser concessionária na visão do agravante. Dessa forma, o Estado do Paraná parece ter assinalado, de maneira estratégica para evitar o deferimento da suspensão, que entendia incabível e/ou desnecessária a conexão das duas linhas de discussão acima referidas.

Entre as outras duas principais linhas de discussão (sobre o equilíbrio contratual e o risco à prestação do serviço público), também há inegável ligação. A premissa implícita da decisão do STF é que a quebra do equilíbrio contratual implicaria necessariamente risco à prestação do serviço público, de maneira que, no entendimento do Ministro Gilmar Mendes, uma avaliação desse aspecto de mérito do caso – um "juízo mínimo de delibação" – foi indispensável para a conclusão de que a decisão impugnada pela Econorte traria prejuízos em termos de política pública[105].

Esse posicionamento parece conflitar diretamente com a decisão proferida anteriormente pelo ministro no caso da gratuidade do transporte interestadual para idosos: naquele caso, a questão do equilíbrio contratual entre Estado e empresas permissionárias foi abordada pelo Ministro Gilmar Mendes como problema lateral, solúvel – se de fato existente – por outras vias que não a judicial e incapaz de gerar preocupação a respeito da qualidade dos serviços prestados. Se, anteriormente, o ministro havia privilegiado a perspectiva da legitimidade no aspecto do direito à gratuidade do serviço, no caso da

[105] Atrelado a essa conclusão também está o pressuposto de que a concessionária continuaria a prestar o serviço nos locais não abrangidos pela decisão de primeira instância.

concessão de rodovias paranaenses a prioridade parece ter sido um elemento de governabilidade: a manutenção do *status quo* em termos da continuidade do serviço.

Isso fica evidente na discussão da constitucionalidade e da legalidade do contrato de concessão. Apesar de haver manifestações diretamente conflitantes entre requerente e agravante sobre o assunto, o STF explicitamente entendeu inadequado abordá-lo, ainda que o Estado do Paraná tenha apresentado também razões de política pública para que se atentasse às irregularidades do contrato (com a realização de nova licitação, haveria benefícios aos usuários, como a redução da tarifa de pedágio). Fica evidente, assim, uma separação entre questões de mérito consideradas necessárias ao exame do pedido de suspensão e questões de mérito cuja discussão seria "inadequada".

Vale ressaltar que o exame da licitude do contrato de concessão, à parte o equilíbrio contratual, foi considerado não somente irrelevante, mas sobretudo prejudicial à proteção dos objetivos priorizados pelo STF neste caso: como afirmou expressamente o Ministro Gilmar Mendes, a discussão de constitucionalidade/ilegalidade do contrato teria o efeito prático de interromper a prestação do serviço público, algo que deveria ser evitado através da suspensão do acórdão do TRF. Não obstante, os ministros não se manifestaram sobre os possíveis efeitos indesejáveis da manutenção do contrato – o chamado "dano inverso" apontado pelo Estado do Paraná.

A seletividade do tribunal no julgamento também excluiu da discussão a discordância entre requerente e agravante a respeito do aumento da tarifa de pedágio, que não foi objeto de intervenção dos ministros em favor de qualquer dos lados. Da mesma forma, apesar de o Estado do Paraná ter trazido novos argumentos em relação ao que já havia sido discutido pela requerente e pelo Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Cezar Peluso considerou não haver novas questões a examinar no caso, razão pela qual desproveu o agravo.

Um ponto que evidencia a escolha estratégica de vias argumentativas, tanto pelo STF quanto pelo Estado do Paraná, é a discussão sobre a transferência das obrigações de prestação do serviço ao Estado. O Ministro Gilmar Mendes considerou isto problemático porque haveria criação de despesa pública sem previsão orçamentária, violando um princípio básico da organização administrativa – não em termos da eficácia das políticas formuladas, mas em termos da legalidade do emprego dos recursos disponíveis. Aqui, ao

contrário do que ocorreu com a discussão sobre a prestação do serviço pela Econorte, o ministro parece ter dado prioridade ao discurso da legitimidade.

Curiosamente, o Estado do Paraná não se manifestou diretamente a respeito da legalidade das despesas que teria caso assumisse o serviço. Apenas afirmou que não haveria *necessariamente* despesa pública, pois tinha a opção de realizar nova concessão, o que se aproxima mais de um argumento de governabilidade (pois se refere unicamente às opções de ação do poder público em vez de abordar o fundamento legal destas). Não admira que assim seja, uma vez que o argumento da exigência de previsão orçamentária é dificilmente contornável. Portanto, novamente por uma razão de estratégia, o agravante viu-se obrigado a abandonar neste ponto a perspectiva da legitimidade.

XI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito deste capítulo final não é reiterar todas as conclusões obtidas na análise dos casos, mas ressaltar alguns pontos comuns a todas as análises. Retomando o objetivo principal deste trabalho (verificar a existência de variações no modo de construção das decisões do STF sobre pedidos de suspensão), acredito ser possível identificar três padrões decisórios entre os casos analisados. Todos eles envolvem, como foi mostrado nas respectivas narrativas, uma seleção explícita ou implícita de questões passíveis de serem examinadas, na visão dos ministros.

O primeiro padrão decisório corresponderia àquele verificado no caso Plano Collor I: a adoção de uma perspectiva estritamente ligada à governabilidade, em desconsideração – sem negação explícita – dos direitos individuais defendidos pela parte prejudicada na implementação de uma política pública. Um aspecto a ser ressaltado deste caso é a adoção de diferentes estratégias decisórias pelo STF conforme o momento do processo: na decisão monocrática, o Ministro Sydney Sanches manifestou-se, como já dito, tão-somente a favor da medida do governo. Já a decisão do Tribunal Pleno consistiu de fato numa não-decisão, pois o agravo dos impetrantes foi julgado prejudicado. Isto levanta a hipótese – já aventada em outros trabalhos[106] – sobre o uso do tempo processual como estratégia informal de decisão pelo STF.

O caso Plano Collor I pode ser visto como um exemplo típico de suspensão de decisões judiciais como instrumento de governo (TAYLOR; DA ROS, 2008). O uso do tribunal de cúpula como instância de confirmação da política que se quer implementar confere segurança; ao mesmo tempo, o interesse público funciona como recurso retórico (FARIA, 1993) que permite a não-realização de direitos na prática.

O segundo padrão decisório pôde ser verificado no caso da gratuidade de transporte para idosos. Nesse caso, o STF (ou melhor, o Ministro Sydney Sanches) parece ter empregado uma estratégia oposta: apesar de se tratar de pedido de suspensão formulado por uma autarquia federal, o discurso do tribunal concentrou-se na questão da defesa dos direitos dos idosos, em detrimento dos interesses das empresas transportadoras. Há, aqui, uma situação a princípio contraintuitiva em comparação com o caso típico do Plano Collor I. Não obstante, é preciso lembrar que a ANTT tinha interesse em defender a política de

[106] Cf., nesse sentido, Veiga da Rocha (2004), Duran (2008) e Alves (2009).

fiscalização da prestação do serviço, sendo a questão do direito à gratuidade apenas um dos elementos a fiscalizar.

Por fim, o terceiro padrão decisório, que talvez possa ser chamado de "antipadrão", dada a diversidade interna que possui, consiste na abordagem estratégica de aspectos tanto de legitimidade quanto de governabilidade inerentes a cada caso. Nos cinco casos que podem ser agrupados dessa forma (Raposa/Serra do Sol, importação de pneus usados, ENEM *versus* dia de guarda judaico, fornecimento de medicamento excepcional e concessão de rodovias no Estado do Paraná), os ministros voltam suas atenções para ambas as vias argumentativas em proporções diferentes conforme o caso, na medida em que elas contribuam para reforçar a posição adotada.

A principal conclusão que se pode retirar desse "antipadrão" e mesmo do padrão verificado no caso da gratuidade de transporte é que o STF, apesar de possuir uma competência que na prática o autoriza a desconsiderar as questões constitucionais (ou questões ligadas à legitimidade) de cada caso, os ministros por vezes optam por seguir essa via argumentativa, mesmo quando decidem em favor da manutenção de uma política pública. Vale reiterar, portanto: a possibilidade de fundar suas decisões em argumentos ligados à governabilidade não significa que o tribunal esteja sempre disposto a fazê-lo.

Pode-se adotar a hipótese, como já mencionado em algumas das análises, que essa é uma estratégia relevante para a própria legitimação das decisões do tribunal. Outra hipótese plausível é que os critérios dessa legitimação variam conforme o momento histórico, como ilustra a diferença gritante entre o Caso Plano Collor I e os demais casos. Tais conclusões reforçam a importância da análise de conteúdo no estudo das decisões do Supremo.

REFERÊNCIAS

ALVES, P. C. A. Diga "trinta e três": uma tentativa de diagnóstico da agenda política do STF e dos órgãos de sua burocracia processual. In: D. R. Coutinho; A. M. Vojvodic (Eds.); **Jurisprudência constitucional: como decide o STF?** p.68–82, 2009. São Paulo: Malheiros/SBDP.

ARANTES, R. B. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Idesp, 1997.

BARBI, C. A. **Do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BRASIL. Projeto de Decreto Legislativo (Senado Federal) nº 106 de 1999 - Tramitação. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=40596>. Acesso em: 20/12/2013.

CAMPILONGO, C. F. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: J. E. Faria (Ed.); **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. p.111–120, 1994. São Paulo: Ática.

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CASTRO, M. F. de. Política e economia no Judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos. **Cadernos de Ciência Política**, , n. 7, 1993.

_____. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147–156, 1997.

CASTRO NUNES, J. de. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

CITTADINO, G. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: L. W. Vianna (Ed.); **A democracia e os três poderes no Brasil**. p.17–42, 2003. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: Editora UFMG; IUPERJ/FAPERJ.

COUTINHO, D. R.; VOJVODIC, A. M. (Eds.). **Jurisprudência constitucional: como decide o STF?** São Paulo: Malheiros/SBDP, 2009.

DURAN, C. **Direito e regulação econômica: o controle dos planos de estabilização monetária pelo Supremo Tribunal Federal: um estudo empírico**, 2008. Universidade de São Paulo.

FARAGE, N.; SANTILLI, P. TI Raposa/Serra do Sol: fundamentos históricos. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/79>. Acesso em: 10/10/2013.

FARIA, J. E. **Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social**. São Paulo: Edusp, 1988.

_____. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERRAZ, S. Da liminar em mandado de segurança. In: S. Ferraz (Ed.); **Cinquenta anos de mandado de segurança**. p. 9–20, 1986. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris/Instituto dos Advogados Brasileiros.

HAMILTON, A. The Federalist No. 78: The judiciary department. Disponível em: <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>. Acesso em: 20/11/2013.

HORBACH, C. B. **Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

KAPISZEWSKI, D. How courts work: institutions, culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal. In: J. Couso; A. Huneeus; R. Sieder (Eds.); **Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America**. p.51–77, 2010. Cambridge: Cambridge University Press.

LOPES, J. R. de L. A função política do poder Judiciário. In: J. E. Faria (Ed.); **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. p.123–144, 1994. São Paulo: Ática.

_____. Processo e justiça (social, distributiva e política). In: J. R. de L. Lopes (Ed.); **Direitos sociais: teoria e prática**. p.163–183, 2006a. São Paulo: Método.

_____. Os tribunais e os direitos sociais no Brasil - saúde e educação. **Direitos sociais: teoria e prática**. p.221–262, 2006b. São Paulo: Método.

MACCORMICK, N. On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. **New York University Law Review**, v. 58, n. 2, p. 239–258, 1983.

MISSIONÁRIO, C. I. Considerações ao pacote indigenista do presidente FHC assinado nos dias 05 e 08 de janeiro de 1996, por Rosane Lacerda. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=322>. Acesso em: 19/12/2013.

MOTA, C.; GALAFASSI, B. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: J. Trujillo Miras; M. Favero Gongora; R. Martins; R. D. do Pateo (Eds.); **Makunaima grita!: terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil**, 2009. Rio de Janeiro: Beco do Azougue.

PIRES, Á. P. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: J. Poupart; Deslauriers; L.-H. Groulx; et al. (Eds.); **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. p.154–211, 2012. Petrópolis: Vozes.

RIBEIRO, L. M.; OLIVEIRA, F. L. Livros sobre o sistema de Justiça no Brasil: um recorte de publicações resultantes de pesquisa empírica. In: F. L. Oliveira (Ed.); **Justiça em foco: estudos empíricos**. p.73–95, 2012. Rio de Janeiro: Editora FGV.

RODRIGUES, L. B. **História do Supremo Tribunal Federal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SADEK, M. T. (ED.). **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SADEK, M. T. Estudos sobre o sistema de justiça. In: S. Miceli (Ed.); **O que ler na ciência social brasileira: 1970-2002**. p.233–265, 2002. São Paulo: Sumaré.

SADEK, M. T. O Judiciário e a arena pública. In: L. Sola; M. R. Loureiro (Eds.); **Democracia, mercado e Estado: o B de Brics**. p.121–145, 2011. Rio de Janeiro: Editora FGV.

SELLTIZ, C.; JAHODA, M.; DEUTSCH, M.; STUART W. COOK. **Métodos de pesquisa nas relações sociais**. São Paulo: EPU/USP, 1974.

SOLA, L. Estado, transformação econômica e democratização no Brasil. In: L. Sola (Ed.); **Estado, mercado e democracia: política e economia comparadas**. p.235–279, 1993. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

SUNDFELD, C. A.; SOUZA, R. P. de. Accountability e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. In: A. Vojvodic; H. M. Pinto; P. Gorzoni; R. P. de Souza (Eds.); **Jurisdição constitucional no Brasil**. p.75–140, 2012. São Paulo: Malheiros/SBDP.

TATE, C. N. Why the expansion of judicial power? In: C. N. Tate; T. Vallinder (Eds.); **The global expansion of judicial power**. p.27–37, 1995. New York: New York University Press.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Eds.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, M. M. **Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil**. Stanford: Stanford University Press, 2008.

TAYLOR, M. M.; ROS, L. DA. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Dados**, v. 51, n. 4, p. 825–864, 2008.

VALLINDER, T. When the courts go marching in. In: C. N. Tate; T. Vallinder (Eds.); **The global expansion of judicial power**. p.13–26, 1995. New York: New York University Press.

VEIGA DA ROCHA, J.-P. C. **A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira**, 2004. Universidade de São Paulo.

VERÍSSIMO, M. P. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**, 2006. Universidade de São Paulo.

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, v. 19, n. 2, p. 39–85, 2007.

VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. DE; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIDIGAL, L. E. de B. **Do mandado de segurança**. São Paulo: s.n., 1953.

VIEIRA, O. V. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VOJVODIC, A.; PINTO, H. M.; GORZONI, P.; SOUZA, R. P. DE (Eds.). **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros/SBDP, 2012.

WEBER, M. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

YIN, R. K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 4ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.