

OZIEL BASTOS DE AMORIM

**MINISTÉRIO PÚBLICO, PODER JUDICIÁRIO E EFETIVIDADE DAS
NORMAS CONSTITUCIONAIS: O PAPEL DO SISTEMA DE JUSTIÇA
NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Varginha / MG

2021

OZIEL BASTOS DE AMORIM

**MINISTÉRIO PÚBLICO, PODER JUDICIÁRIO E EFETIVIDADE DAS
NORMAS CONSTITUCIONAIS: O PAPEL DO SISTEMA DE JUSTIÇA
NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como parte dos requisitos para obtenção do
título de Pós-Graduação *lato sensu* –
Especialização em Divisão de Poderes,
Ministério Público e Judicialização.

Orientador: Prof. Doutor Leonardo Avritzer

Varginha / MG

2021

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, aos quais devo tudo. A minha mãe, que me ensinou o significado de tantas palavras como amor, bondade, fé, aconchego e, por fim, saudade. A meu pai, que continua exemplo de honestidade, sabedoria e amor pela leitura e pelo conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa, Flávia, e as minhas, filhas, Ana lúcia e Rafaela, pelo apoio sempre dado, pelo carinho nunca negado e pelo tempo das minhas ausências, na consecução do curso e do presente trabalho.

Sou grato, aos colegas do curso, com quem foi uma honra partilhar o processo de apreensão do conhecimento e, ainda, um prazer a convivência.

Digo obrigado, ainda, à equipe do CEAF, sempre solícita, por sua dedicação a tornar possível este curso, inclusive contra todos os obstáculos de uma pandemia.

Por fim, quero agradecer aos professores, por sua disponibilidade e pelos conhecimentos transmitidos, que como o ar que se renova com o vento, trouxeram para mim nova visão do mundo.

RESUMO

Em suma, o trabalho voltou-se para o estudo da efetividade da norma jurídica a partir de sua legitimidade, procedendo-se a análise do sistema de justiça brasileiro, em especial do Ministério Público e do Poder Judiciário, como órgãos incumbidos de dar efetividade às normas jurídicas veiculadoras dos direitos fundamentais. Nesse sentido, foi apresentado um breve relato da evolução histórica da concretização de tais direitos manifestados pelo processo constituinte. Por outro lado, a presente pesquisa deu enfoque à atuação ministerial para a concretização dos direitos fundamentais, ressaltando-se a sua independência funcional frente aos poderes constituídos especificamente no âmbito do direito à saúde, realizando-se, para tanto, uma análise quantitativa das ações diretas de inconstitucionalidade de autoria do ministério público propostas dentro do ano de 2020. Sob essa ótica, reafirmou-se o papel do ministério público como garantidor da ordem jurídica constitucional e da concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Efetividade. Norma jurídica. Atuação ministerial. Atuação do judiciário. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This work studied the effectiveness of the legal norm based on its legitimacy, proceeding to the analysis of the Brazilian justice system, especially of the public ministry and the judiciary, as bodies responsible for providing effectiveness to the legal norms that convey fundamental rights. In this sense, a brief account of the historical evolution of the realization of such rights manifested by the constituent process was presented. On the other hand, the present research focused on the Public Prosecutor's action for the realization of fundamental rights, emphasizing its functional independence vis-à-vis the powers constituted specifically within the scope of the right to health, carrying out. For this purpose, a quantitative analysis of the actions of unconstitutionality directives by the public prosecutor's office proposed within the year 2020. From this perspective, the role of the public prosecutor's office as guarantor of the constitutional legal order and the realization of fundamental rights was reaffirmed.

Keywords: Effectiveness. Legal standard. Ministerial performance. Performance of the judiciary. Fundamental rights.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. OBJETIVO.....	9
3. DIREITO, LEGITIMIDADE E EFETIVIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS	9
3.1. A PREOCUPAÇÃO DO CONSTITUINTE COM A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	14
4. O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ...	16
5. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	18
6. O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E SUA LEGITIMIDADE COMO ÓRGÃO INCUMBIDO DA DEFESA DA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	26
7. O PODER JUDICIÁRIO MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CASO DO DIREITO À SAÚDE	32
8. CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República vigente, fruto do trabalho de uma assembleia constituinte convocada após mais de 20 anos de regime antidemocrático, representou um novo pacto político, que deu inegável prestígio aos direitos fundamentais, estatuidando como nenhuma anterior, um extenso rol destes, bem como de garantias individuais (CRFB, 1988).

Ocorre que a Constituição, como carta política, não pode fiar sua implementação e o respeito à suas normas apenas à vontade dos seus destinatários, em que pese, no caso brasileiro, ser fruto de assembleia constituinte, na qual, presume-se ter havido o livre debate pelos representantes eleitos sobre o que entenderem ser necessário ao momento histórico e ao futuro, para a fundação de Estado Democrático de Direito, como dito no próprio texto (CRFB, 1988).

Nesse sentido, a Constituição da República previu a existência de um Poder Judiciário com competências inéditas no período republicano, bem como um Ministério Público com atribuições fortes, criando um sistema de justiça que, em tese, pode fazer frente a eventuais desrespeitos aos direitos fundamentais e, inclusive, a atuação dos Poderes Majoritários constituídos, que tenha por finalidade ou consequência a mitigação de tais direitos e ao estado democrático de direito (CRFB, 1988).

Por certo, tratando-se de órgãos que estão no âmbito da atuação jurídica, não política, o Poder Judiciário e o Ministério Público têm sua atuação restrita a este campo e que devem trazer, de fato, à política os limites e a estabilidade, a partir da legitimidade que esta lhes conferiu e confere, a partir do processo legislativo. Evidentemente, são de searas diversas, com princípios e regras diferentes, contudo, no campo da Constituição, é certo que a atuação do sistema de Justiça busca dirimir conflitos entre a atuação dos poderes eleitos frente à Constituição, sempre devendo ser resolvido a favor da máxima efetividade desta, em especial, no que tange aos direitos fundamentais.

Neste trabalho se pretende, de modo precípua, explicar o papel do sistema de justiça, em especial do Poder Judiciário e do Ministério Público na efetivação dos direitos fundamentais, com o objetivo de fazer uma análise crítica, ainda, que inicial, de tal atuação.

2. OBJETIVO

O objetivo do presente trabalho é proceder a análise do Sistema de Justiça brasileiro, em especial do Ministério Público e do Poder Judiciário, como órgãos incumbidos de dar efetividade às normas jurídicas veiculadoras dos direitos fundamentais, considerando, de modo especial, a natureza constitucional de tais regras, sua obrigatoriedade e legitimidade, bem como a dos órgãos não eleitos em defender e decidir sobre a conformidade das leis e atos governamentais diante delas.

3. DIREITO, LEGITIMIDADE E EFETIVIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

As normas jurídicas e, por conseguinte, o próprio Direito, têm por razão de existência a organização e a disciplina das relações sociais, dentro da esfera de soberania do Estado. São, portanto, instrumentos precípuos à organização da vida em sociedade, quer entre os componentes do corpo social, quer entre estes e o Estado, que é, a um só tempo, sua fonte e seu destinatário primeiro. Sim, porque ao ente estatal, como editor das normas jurídicas, é dado o monopólio da coerção, o poder sancionatório inibidor do seu descumprimento, sancionando-o. De fato, o monopólio da coerção, da violência legítima é ínsito ao Estado, como dito por Max Weber “(...) o Estado aponta para aquela comunidade humana, que requisita para si (com sucesso), no interior de uma determinada região- esse elemento, a “região”, pertence ao seu traço característico-, o *monopólio da violência física legítima*”. (WEBER, 2015).

Contudo, o próprio Estado, como representante da soberania, deve submeter-se às normas que positiva, não pairando sobre elas, como Leviatã, porém agindo no limite por elas imposto. Esta constatação é ínsita ao próprio conceito clássico do Estado de Direito, derivado da evolução da teoria política, do governo segundo as leis, quando foi abandonada a noção da soberania incorporada em uma pessoa, no rei ou imperador, substituída pela ideia de ente soberano impessoal, criado pela própria ordem jurídica, o Estado, no qual se enfeixam os três elementos, povo, território e soberania. O governante, dessarte, não detém poder absoluto, pois ele próprio limitado pelo Direito, pelas leis editadas pelo Estado, cuja legitimidade não advém, como a dos antigos monarcas absolutos, do direito divino, do *jus naturalis* ou da força das armas, mas da razão. Esta, aliás, seria o supedâneo à observância das leis por seus destinatários, os quais, segundo a noção de contrato social, teriam renunciado a parte de sua liberdade em troca da ordem, da paz e da justiça.

Por certo, tal ideia representou avanço diante do poder absoluto dos reis, baseado em argumentos metafísicos ou morais de difícil justificação nos estágios posteriores do desenvolvimento da civilização e do pensamento jurídico ocidental, dando azo à noção de ser o povo um conjunto de sujeitos de direitos, não de súditos submetidos ao arbítrio do soberano. De fato, a própria soberania emanaria, segundo tal noção, do citado povo, não do Estado.

Concomitante a esta evolução, o próprio Direito viveu transformação, ganhando *status* de ciência independente da Sociologia e da Filosofia, a partir de Hans Kelsen (1960), que delimitou seu objeto à norma jurídica, tentando expurgar qualquer elemento meta-jurídico, de natureza sociológica ou jusnaturalista, idealizando um sistema hermético, baseado na existência da *Grundnorm*, norma fundamental que lhe daria validade e unidade. Neste esquema, a validade da norma se cofunde com a própria efetividade, haja vista que o dever-ser nela expresso é sua própria finalidade, havendo para o seu descumprimento a inevitável sanção.

Preleciona o referido autor:

“(...) A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a põe, se não identifica com este ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica não se identifica com a sua eficácia na ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são- tal como o ato que estabelece a norma- condição e validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas válidas quando cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento de validade, fundamento de validade, isto é a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir em harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas postas em conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes.

Dessarte, a norma, desde que válida, ou seja, produzida de acordo com o processo previsto na norma fundamental e não sendo antinômica a esta, seria válida e, por conseguinte, efetiva, sendo possível atestar esta característica pela sanção ao infrator. A norma jurídica seria imposta pelo Estado aos destinatários, que deveriam obedecer aos seus comandos, evidenciando sua natureza heterônoma, alheia à vontade deles. Para Kelsen (1960), tal fenômeno, qual seja, a observância das normas jurídicas, consideradas como obrigatórias por seus destinatários, é consequência direta da validade formal, ou seja, se a norma foi

positivada, pressupõe-se válida e obrigatória, cabendo aos seus destinatários somente obedecê-la. Eventual descumprimento deve ser sancionado pelo Estado, reforçando a validade e a coercibilidade do Direito Positivo. Dessarte, a inobservância da norma pelo infrator somente reforçaria a sua validade, pois a sanção é decorrência dela, sendo nela prevista, estando a cargo do Estado, detentor do monopólio da coerção.

Ocorre que, a ideia de Kelsen (1960) não se mostrou suficiente para explicar o próprio fenômeno jurídico, haja vista que o Direito não é um sistema fechado, porém um instrumento de integração, que dá supedâneo às relações entre os elementos da sociedade, não somente as jurídicas, porém qualquer fato ou ato que tenha existência no seio do corpo social, inclusive aqueles que infrinjam as normas jurídicas. Interessante notar que, antes de serem regras sagradas, as normas jurídicas, como qualquer criação do gênio humano, são falíveis e, portanto, podem ser revistas ou substituídas, quando não aptas a regular os fatos aos quais são aplicáveis. São, ainda, passíveis de crítica, em especial pelos seus destinatários, que não estão, na realidade, adstritos somente a aceitá-las, porém participam de sua confecção, na qualidade de cidadãos que compõem o povo, titular último da soberania.

Nesse sentido, no Estado de Direito Democrático, na expressão consagrada por Canotilho (2000), a qual aqui se empresta, a validade da norma jurídica, desde a Constituição, até a lei, está ligada à sua própria criação, reside na sua legitimidade. Observa-se, em verdade, que o comprometimento dos cidadãos com a observância das normas jurídicas, desde a Constituição até à placa que proíbe andarem sobre a grama, depende, em grande medida, não da existência e validade formal da lei, porém de sua legitimidade, ou seja, do reconhecimento de que ela é fruto da vontade geral e que representa um *standard* de comportamento que é compatível e desejável à vida em sociedade. De fato, há exemplos de países sem constituições escritas, condensadas em um único documento, nos quais os preceitos fundamentais, presentes na tradição (costume), em textos legais esparsos e na Jurisprudência, vinculam, de fato, o comportamento dos cidadãos e outros sujeitos de direito, ainda que sem a existência de um compilado ou código que reúna tais normas, cuja natureza cogente e poder sancionador das condutas é inegável.

Portanto, verifica-se no mundo real que a obrigatoriedade da norma jurídica é um fenômeno que não se restringe à noção de validade, abrangendo outro conceito, mais amplo e metajurídico, qual seja, a legitimidade, definida como o consenso dos destinatários sobre a razão de ser da norma posta, de sua necessidade para a vida em sociedade e, por conseguinte, de sua obrigatoriedade. Os destinatários, portanto, possuem a certeza de que a norma é necessária e que, a par da sanção por seu descumprimento, a sua inobservância é deletéria à

própria sociedade. Por certo, não se pode negar a importância central da sanção ao descumprimento da norma, sendo a coercibilidade o predicado que diferencia o Direito da Moral, contudo, não é possível reduzir-se o fenômeno da força normativa do Direito à razão prática, ou seja, ao entendimento que o comportamento individual de cada destinatário, se perfaz somente pela análise do custo-benefício para si, de obedecer ou não à lei, por receio da sanção.

Importa, porém, estabelecer a fonte da referida legitimidade que, por certo, sofreu evolução teórica desde a noção do poder divino do soberano até os dias atuais. Em verdade, a legitimidade das normas jurídicas já esteve ligada a elementos metafísicos, como a origem divina dos reis, sendo certo que somente com o advento das revoluções liberais e sob a influência do Iluminismo, a soberania passou a repousar sobre seu elemento humano, o povo, não mais na pessoa do monarca. O Estado de Direito, a partir de então, passou a ser o legítimo detentor do monopólio da coerção, com o correspondente poder de edição de normas gerais obrigatórias, com base na teoria do Contrato Social, conformando-se no modelo de Estado Liberal.

Contudo, as transformações da realidade, a falência do modelo liberal de Estado e as alterações sociais experimentadas nos dois séculos seguintes, fizeram com que a questão da legitimidade voltasse a ser objeto de crítica, haja vista que não era possível entender-se legítima a norma somente por sua fonte formal, porém pelo modo como se deu sua edição.

Na verdade, para o autor, a formulação do discurso jurídico, ou seja, do Direito Positivo, dá-se no campo da política, do parlamento, sendo certo que as decisões políticas devem traduzir-se para o discurso jurídico, ou seja, do Direito.

Ensina o renomado estudioso:

“(…) A formação política da vontade termina nas decisões sobre políticas e leis que precisam ser formuladas na linguagem do direito. Isso exige no final um controle de normas pelo qual é possível examinar se os novos programas se ajustam ao sistema jurídico vigente. Pois o legislador político só está autorizado a positivizar o direito se for para a fundamentação de programas que sejam compatíveis com o sistema de direito (já que não podem ser imediatamente interpretados e constituídos) e se refiram a um *corpus* de leis válidas. Sob esse *aspecto jurídico*, todas as decisões devem se submeter a um teste de coerência. Pois a homogeneidade do direito precisa ser garantida já por razões de segurança jurídica. Como ainda veremos, no Estado de direito instaurado, o controle de normas pelo legislador também está submetido à

revisão de um tribunal que controla a conformidade constitucional de leis aprovadas.”

É nesta instância que a Teoria Discursiva do Direito (HABERMAS, 2020) serve como instrumento para o estudo da efetividade da norma jurídica a partir de sua legitimidade. Para o autor alemão, a legitimidade da norma, a partir da participação dos seus destinatários na sua confecção, é essencial à compreensão de sua efetividade, ou seja, os cidadãos se submetem à lei quando conscientes que ela foi elaborada por eles, como coautores, não tendo origem heterônoma (HABERMAS, 2020) há que se ressaltar que a teoria em questão pressupõe a existência de condições ideais para o diálogo, entre as quais a existência de igualdade entre os atores, condição que, como é cediço, não se revela presente na realidade.

Para Habermas (2020), os cidadãos, ao observarem a norma, não o fazem em decorrência da razão prática, pelo cálculo de custo-benefício individual, e sim em decorrência da persuasão racional discursiva, ou seja, pelo convencimento de ser ela benéfica e necessária à vida social, sendo por todas reconhecida como legítima e obrigatória. Esta ideia será de importância ao desenvolvimento do presente trabalho, em especial no que tange à realidade brasileira e à atual Constituição da República.

Isso porque, como sabemos, a atual Constituição é fruto de assembleia nacional, embora não exclusiva, o que gerou, desde então, discussão sobre sua natureza e sua legitimidade, convocada após o final de regime de exceção, sendo, portanto, decorrência de ruptura com a realidade antecedente, estando presente aquilo que a teoria política e os estudiosos do direito constitucional entendem como necessário à irrupção de nova ordem constitucional, ou seja, o supedâneo fático capaz de legitimar a necessidade de alteração da carta política. No caso brasileiro, era consenso que a constituição outorgada pelo regime militar não poderia continuar a vigor, dado o seu *déficit* democrático, tendo sido imposta ao país por um grupo cujo pensamento não representava o consenso de toda sociedade, porém apenas ao desejo de parte das forças políticas e sociais.

Utilizando a teoria de Habermas (2020), pode-se dizer que a Constituição de 1967/1969 não teria legitimidade por não ter sido produzida por meio de diálogo racional, a partir do qual a sociedade, como um todo, a partir do entendimento que tal constituição seria o fruto do consenso sobre as questões fulcrais da ordem jurídica. Dessarte, sua observância durante o período de vigência não era entendida como necessária para a vida social, apenas se mantendo pelo uso da força. Em verdade, a própria noção de diálogo racional não seria aplicável, haja vista que a sociedade não participara de sua elaboração.

Quanto à Constituição da República vigente, a realidade, portanto, é outra, ela nasceu de um consenso das forças políticas envolvidas na assembleia constituinte, representando um pacto político inédito na realidade brasileira, sendo chamada por Ulisses Guimarães de Constituição Cidadã, dado o seu caráter nitidamente democrático, baseado no modelo de estado social democrata, originado na Europa Ocidental no pós-guerra.

Exatamente, não se olvida que a aplicação da teoria de Habermas (2020) ao processo constituinte não se dá de modo perfeito porque, como dito antes, as condições exigidas para o diálogo racional não estavam postas, como aliás dificilmente estarão em qualquer processo constituinte, dada a heterogeneidade da sociedade e das condições reais dos agentes e das correntes políticas e sociais envolvidas. Contudo, é certo que houve influxo de ideias democráticas na elaboração da Constituição de 1988, em grau muito superior às anteriores, sendo certo que a própria inserção de extenso rol de direitos e garantias fundamentais, bem como a previsão de sua aplicabilidade imediata são declarações de tal espírito e, ao mesmo tempo, impõe ao Poder Judiciário e aos órgãos do sistema de Justiça, em especial, ao Ministério Público o dever de efetivar o conteúdo de tais normas, como será detalhado no decorrer deste trabalho.

De todo modo, é certo que se não escapou, a assembleia constituinte, às assimetrias existentes no mundo real, também o constituinte, conhecedor de tal vicissitude, não deixou de se preocupar de armar os órgãos do sistema de justiça, de matiz jurídica, não política, de instrumentos capazes de mitigar a ausência de isonomia entre os destinatários das normas jurídicas como um todo, e dos direitos e garantias fundamentais, em especial, dotando-os de instrumentos capazes de resolver os conflitos decorrentes de tais assimetrias e legitimando-os a agir, no campo jurídico, a partir das decisões políticas, originárias do consenso obtido na assembleia e na operação do poder constituinte reformador, com vistas a tornar efetivas as normas constitucionais.

3.1. A PREOCUPAÇÃO DO CONSTITUINTE COM A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Analisando o período histórico antecedente à Assembleia Nacional Constituinte, é possível verificar que a preocupação em erigir um Estado Democrático de Direito não foi somente retórica, porém, sincera, haja vista a ruptura institucional ocorrida após o Golpe Militar de 1964 e reforçada com o Ato Institucional nº 5, que levaram a um período de

exceção, no qual os direitos e garantias fundamentais existiam somente no papel e a democracia era só uma palavra (CRFB, 1964).

Por outro lado, tendo sido uma constituição promulgada após o trabalho de uma assembleia constituinte, pode-se concluir que a legitimidade, essencial para a efetividade na Teoria Discursiva do Direito, encontra-se presente, haja vista que tratou-se de órgão convocado e escolhido por eleição democrática, tradução do desejo da majoritária parcela do corpo social na instituição de novo regime, pautado nas liberdades individuais, no respeito aos direitos e na regulação da atividade estatal no sentido de respeitar aquelas e implementar a estes últimos (HABERMAS, 2020).

Evidencia-se, no contexto da referida assembleia, não somente a preocupação em declarar direitos e estabelecer garantias ou na eleição de prioridades ao Estado Brasileiro, como o combate à pobreza e às desigualdades regionais, a proteção ao meio ambiente, entre outros, porém em dar efetividade a tais normas, conformando um sistema de controle de constitucionalidade das normas jurídicas que se caracteriza como o mais completo, complexo e democrático de todas as constituições do país, desde o Império do Brasil.

Isso se verifica não somente pela existência de controles difuso e concentrado, a cargo do Poder Judiciário, como também pela multiplicidade de instrumentos referentes a este último e ao aumento dos legitimados para a sua propositura. O Constituinte, ciente da observação empírica sobre leis que não “pegam”, o que, por certo, não se trata de preconceito, porém de característica notória da realidade e da história brasileira, tomou o cuidado de não concentrar em um único órgão a legitimidade para provocação do controle concentrado de constitucionalidade, bem como multiplicou as ações constitucionais, com o claro desígnio de aumentar a efetividade das normas constitucionais, em especial as programáticas.

Por outro lado, quanto aos direitos fundamentais, em especial aqueles cuja efetividade interessa mais a parcelas hipossuficientes da população (como saúde, educação, etc) e aos denominados direitos coletivos, o constituinte entendeu por bem eleger um órgão que tem, como função precípua, defender sua efetividade, para que não ficasse à mercê da bondade dos poderes majoritários.

Não escaparam ao constituinte as assimetrias da sociedade brasileira, suas disparidades e a ausência de representatividade de certas camadas do tecido social, que não detém o acesso à justiça e cujos direitos fundamentais, consagrados na Constituição, poderiam não ser respeitados ou contemplados pelo restante do corpo da sociedade e pelo próprio Estado, por meio dos poderes majoritários.

Nesse sentido, criar instrumentos de controle da constitucionalidade, dotar-se o Poder Judiciário da competência para aferir a validade das normas infraconstitucionais ante à Constituição, sem que houvesse órgão incumbido de defendê-la e de promover a implementação dos direitos em nome dos que não possuem representação (*lobby*) nos órgãos majoritários e meios de buscar a Justiça para defenderem os seus interesses.

A escolha do constituinte recaiu sobre o Ministério Público, conformando-o de modo diverso de outras ordens jurídicas, delegando-lhe funções atinentes à própria soberania e dotando-o de instrumentos poderosos para a defesa da Ordem Jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como dispõe o artigo 127, *caput*, da Constituição da República. Ao fazê-lo, concedeu ao órgão legitimidade para atuar em substituição ao hipossuficiente, quanto aos direitos e garantias a ele conferidos diante da inércia ou ação estatais.

4. O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição de 1988 concedeu ao Poder Judiciário a função de exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos dos agentes públicos, de qualquer das funções estatais. Ao fazê-lo, conferiu ao Judiciário legitimidade para aferir a conformidade das normas jurídicas, dos atos administrativos e das próprias decisões judiciais à Constituição, conferindo a esta plena efetividade.

Trata-se de questão de suma importância, haja vista que o Judiciário, tratando-se de órgão contramajoritário, não eleito, poderia ser entendido como ilegítima a sua atuação, pois haveria a sobreposição de um poder não eleito sobre os atos de poderes representantes da vontade (majoritária) da população, podendo ser criticada como verdadeira usurpação da soberania popular. Embora a ciência jurídica tenha respostas para tais críticas, é certo que no campo da teoria constitucional, esta controvérsia pode ser resolvida pela observação que a soberania popular, através da assembleia constituinte, foi quem conferiu ao Poder Judiciário tal função.

Ocorre que esta prerrogativa, de dizer o direito em último lugar, decidindo com definitividade, como dito por Luhmann (BACHUR, 2020), na sua teoria dos sistemas sociais, dada ao Poder Judiciário é dotada de freios, de pressupostos que tem por objeto a limitação da atuação judicial.

O primeiro e, talvez, mais importante deles, seja a inércia do Poder Judiciário ao qual não é dado agir de ofício, sempre estando na dependência da atuação de terceiro, pessoa ou órgão, que o provoque a decidir sobre qualquer controvérsia (lide). De fato, nem a Corte Suprema possui a prerrogativa de agir de ofício, sem a necessária provocação, sendo inválida qualquer decisão não provocada. Este é o principal freio ao Poder Judiciário e que, na prática, impede sua “tirania” sobre os outros poderes eleitos, deixando à política a maior parcela decisória sobre o governo da nação, dentro dos limites da Constituição.

Há, porém, outro elemento de contenção, que confere legitimidade à atuação do Poder Judiciário, e que está em consonância com a Teoria Discursiva do Direito, que é a necessária fundamentação das decisões judiciais. Esta exigência, presente no texto Constitucional, impõe ao órgão julgador um ônus, qual seja, o de fundamentar as decisões que profere, sob pena de absoluta nulidade. De início, é justificada sua existência na necessidade de esclarecer ao jurisdicionado a razão da decisão, permitindo-lhe entendê-la e, se dela discordar, interpor o recurso cabível.

Contudo, na seara do controle de constitucionalidade, a fundamentação possui o condão de legitimar a atuação do Poder Judiciário, na medida em que permite ao conjunto da sociedade, e aos outros poderes, verificar se a própria decisão, em especial no controle concentrado de constitucionalidade, apresenta-se coerente ao texto constitucional e, em especial, se respeita aos princípios da Carta Política e aos direitos e garantias individuais nela estatuídos (CRFB, 1988).

Esta noção é de suma importância, quer para expurgar críticas à própria legitimidade do controle judicial da constitucionalidade, como para demonstrar que ele é essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito, pois não há garantia de que os poderes majoritários sejam infensos ao desrespeito à Constituição da República, por meio da edição de leis ou atos administrativos que venham, formal ou materialmente, a infringir as normas constitucionais, em especial às veiculadoras de direitos e garantias individuais.

Feita esta introdução, agora se passará a análise dos tipos de controle judicial de constitucionalidade, seus aspectos teóricos, para que seja possível a aferição do papel do Poder Judiciário, como integrante do sistema de justiça, na efetivação dos direitos fundamentais. Será feita, ainda, a análise da denominada mutação constitucional, ou seja, a alteração do sentido da norma constitucional por meio da atividade do intérprete, sem que ocorra a alteração de seu texto formal.

5. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A previsão do controle de constitucionalidade pressupõe a existência de uma constituição formal, rígida, com posição de supremacia sobre as outras normas, como as leis e os atos do Poder Executivo. De fato, é postulado lógico que somente se pode efetuar o controle do que é controlável, ou seja, do que esteja em patamar de validade inferior ao parâmetro de controle, não sendo possível que normas jurídicas de idêntica extirpe sejam válidas, efetivas e, ao mesmo tempo, antagônicas. Esta antinomia é resolvida, entre as normas de igual status, pelo fenômeno da revogação, pelo qual a norma posterior extingue a vigência, portanto a validade, da anterior.

Segundo Habermas (2020), como demonstrado em excerto transcrito, antes de ser pressuposto somente jurídico, a existência do controle da conformidade das leis aprovadas com a Constituição é essência do estado de direito instaurado, na medida em que o discurso político deve dar origem a leis que mantenham a coerência do sistema jurídico, não podendo confrontar as escolhas políticas fundamentais estabelecidas pelo constituinte.

Quanto à Constituição, tratando-se de norma fundamental, a eventual antinomia, ou seja, a contrariedade da lei ou qualquer outro ato com força normativa, com o estatuído na Carta Política, se resolve pelo controle de constitucionalidade, que verifica a validade destes em face daquela, que sempre prepondera, em decorrência de sua própria superioridade no sistema de normas postas. Nesse sentido, tratando-se de leis ou atos anteriores à Constituição, diz-se que são recepcionados ou não, a medida em que consoantes ou discordantes com as disposições desta. Se editados já sob a sua égide, o controle de constitucionalidade se perfaz no campo da validade ou invalidade da norma sob análise (CFRB, 1988).

Outro pressuposto à existência de controle de constitucionalidade é a previsão de um órgão com competência para decidir sobre a validade das leis e outros atos normativos em face à Constituição. Quanto a este ponto, existem três possibilidades ou sistemas de controle, o concentrado, o difuso e o misto. O primeiro, adotado na Áustria, pressupõe que apenas um órgão será competente para decidir a constitucionalidade das normas infraconstitucionais, não cabendo aos outros órgãos jurisdicionais tal competência. No controle difuso, todo órgão jurisdicional possui competência para julgar, no caso concreto, a constitucionalidade ou não da norma frente à constituição. Por fim, no sistema misto, a previsão de um órgão de cúpula com competência para o controle concentrado (abstrato) e difuso (recursal) da

constitucionalidade, sendo competentes, ainda, os restantes órgãos do Poder Judiciário para o controle difuso, no caso concreto.

No caso do Brasil, a Constituição de 1988 adotou o sistema misto, estando a cargo do Supremo Tribunal Federal a competência para realizar o controle concentrado de constitucionalidade das leis e outros atos normativos infralegais, bem como julgar em recurso extraordinário as causas em que haja discussão relativa à validade de normas infraconstitucionais frente à constituição. Por outro lado, aos restantes órgãos jurisdicionais, foi remetida competência para a aferição da constitucionalidade das normas infraconstitucionais e atos do Poder Público perante a Constituição da República, sem eficácia *erga omnes*, no caso concreto tratado na lide, com o nítido propósito de efetivar, de modo amplo, o respeito ao texto constitucional.

Por certo, tratando-se de país continental, com população muito superior à de países que adotam o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, e que possui grau de desenvolvimento econômico e social que importaria em verdadeira vedação de acesso à direitos a parte expressiva da população, que não teria condição de arcar com os custos e a na ausência de acesso, pela via direta, ao controle de constitucionalidade, posto que os mecanismos de tal controle importam, ainda, na suspensão do processo até a decisão do Tribunal Constitucional quanto à alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Nesse sentido, não se pode negar a democratização do acesso à justiça, com efetividade, representado pela adoção do sistema misto de controle de constitucionalidade, sendo certo que, apesar dela, ainda se verificaria, devido às características sociais e econômicas antes referidas, a vedação prática de grupos ou sujeitos hipossuficientes, ao acesso à jurisdição constitucional, não houvesse, como dito, a previsão de um substituto processual, dotado de legitimidade extraordinária, para defender direito alheio em juízo, o que será analisado de modo aprofundado no capítulo referente ao Ministério Público.

Consoante dispõe o artigo 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição da República, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, de modo originário, “ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”. (CFRB, 1988). Tal competência é exclusiva, indelegável.

Trata-se, em verdade, da competência que caracteriza qualquer tribunal constitucional, haja vista que a este é cometida a apreciação de qualquer lei ou ato normativo, sendo certo que no caso do Supremo Tribunal Federal, ao contrário do que ocorre em outras ordens jurídicas, a competência de corte constitucional não é a única a ele remetida, tornando-o um

tribunal híbrido, que não é, propriamente, um órgão de jurisdição constitucional exclusiva, porém integrante do Poder Judiciário, com competências criminais e recursais que, de fato, compõem a maior parte de seu acervo processual.

Essa realidade não está imune à crítica do meio jurídico, inclusive por parte de integrantes do tribunal, bem como dos estudiosos da questão em outras searas do conhecimento, representando sobrecarga de ações para os ministros, perda de foco no controle direto de constitucionalidade, demora na solução das controvérsias constitucionais e evidente prejuízo a própria efetividade das normas insculpidas no texto magno.

De todo modo, é certo que o controle direto de constitucionalidade é remetido ao Supremo Tribunal Federal, o qual, por si só, considerando que nossa constituição é programática, com alto grau de normatividade, já representaria significativo número de ações, sendo interessante, para finalidade de ilustrar a questão a inserção da figura 1, obtida no site do STF.



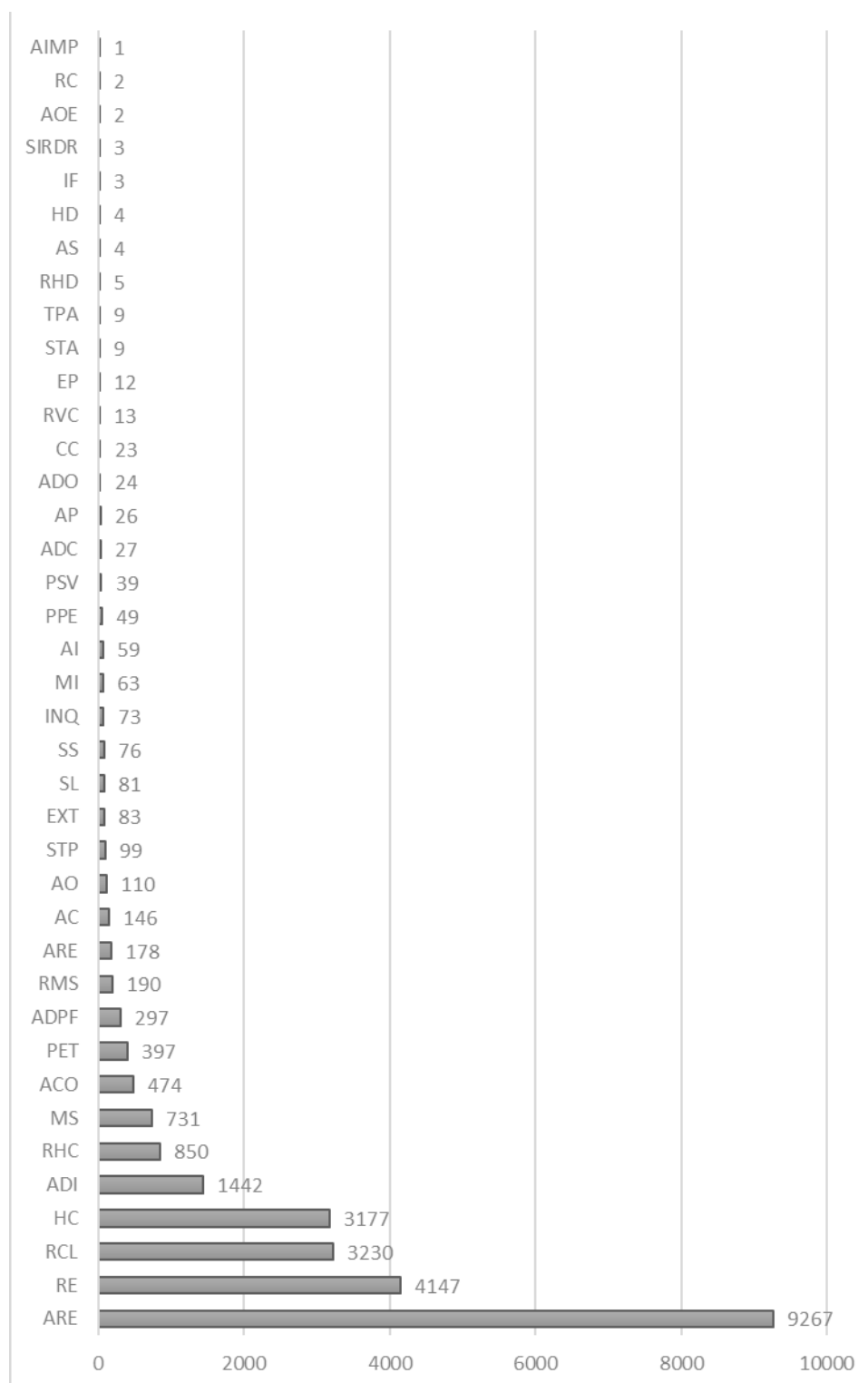
Fonte: Portal da Transparência do STF, 2021.

Como se pode verificar do gráfico, o acervo processual do Supremo Tribunal Federal no ano de 2021 alcançava 25.425 ações, das quais mais da metade, 13.473 eram feitas que lá estavam devido à competência recursal e o restante à originária, sendo que, entre estas, as ações de controle direto de constitucionalidade são 1829, sendo 1442 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, 297 Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental, 63

Mandados de Injunção e 27 Ações Diretas de Constitucionalidade. Tal número é em muito superior ao de ações julgadas por outras cortes supremas, como a norte-americana, que possui mecanismos de cotejo do acesso à jurisdição constitucional direta.

Da análise dos números, conclui-se, ainda, que a jurisdição constitucional originária do Supremo Tribunal Federal responde por cerca de 7,19% do acervo processual do órgão, sendo certo que, no que tange ao controle concentrado, representa número significativo de ações em trâmite, considerando a complexidade da matéria e, ainda, o reduzido rol de legitimados para a propositura, significando a primazia da competência recursal sobre a originária.

Figura 2 – Classes de Processos



Fonte: adaptado de Portal da Transparência do STF, 2021.

Essa realidade constitui verdadeiro entrave à efetividade das normas constitucionais, haja vista que o órgão incumbido do controle concentrado de constitucionalidade tem sua atuação como tribunal constitucional diluída, dividida com atribuições originárias que não se

coadunam com suas estrutura e finalidade precípua, retirando-lhe tempo e energia para a resolução da sua função mais nobre e que mais interessa à sociedade.

Com o tempo, houve mitigação do problema, com a alteração normativa e a previsão de mecanismos de racionalização da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, como a repercussão geral, que se prestaram a minorar o acúmulo crescente de ações em tramitação, sem, contudo, resolver de vez a questão de fundo, qual seja, a previsão de inúmeras competências originárias de matiz não constitucional, entre as quais são destaque as ações penais originárias a cargo do órgão. Contudo, é certo que houve a diminuição do acervo processual no tempo, sendo o gráfico a seguir, obtido no sítio do STF, ilustrativo da realidade da assertiva, representando um alento, ainda que insuficiente, ao controle de constitucionalidade.

Por outro lado, no que tange ao controle difuso, o acervo de recursos extraordinários em 2021, até o momento da realização do presente trabalho, chegava ao quantitativo de 4.441, evidenciando que, a jurisdição constitucional difusa e originária do Supremo Tribunal Federal totaliza 6.272 feitos, ou seja, 24,78% de todo o acervo processual, demonstrando, outra vez, o entrave a efetividade das normas constitucionais.

De outro lado, a competência recursal do STF para decidir sobre a constitucionalidade das normas jurídicas se presta a possibilitar que atos normativos que não os previstos no artigo 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição da República sejam objeto de análise por aquela corte, sendo certo que, muitas vezes, tais atos são, em verdade, aqueles que possuem maior efeito quanto aos direitos fundamentais, objeto precípua deste trabalho.

Em que pesem os obstáculos apontados, é certo que o papel do Supremo Tribunal Federal como órgão de jurisdição constitucional para a efetividade das normas insculpidas na Constituição da República é de inegável centralidade e importância fulcral, haja vista que a norma posta somente é efetiva quando interpretada, e aplicada, com definitividade. De fato, o conflito da norma ou ato infraconstitucional perante à constituição, que sempre se resolve a favor desta, é que expõe sua máxima efetividade jurídica, devendo traduzir-se, após a decisão judicial, em efetividade empírica, ou seja, no real respeito as suas normas.

No que tange aos direitos fundamentais, tratando-se de conceitos amplos, como liberdade, saúde etc., é certo que o principal papel da jurisdição constitucional é delimitar o seu conteúdo, preenchendo o significado da norma constitucional, o que, inclusive, pode ser objeto de alteração futura, sendo interessante, neste item, analisar a denominada mutação constitucional, que é, grosso modo, a alteração do conteúdo normativo das normas

constitucionais por meio da interpretação judicial, sem que haja, por parte do poder constituinte derivado, modificação do texto da Constituição.

Na lição de Dirlei da Cunha Júnior, no seu Curso de Direito Constitucional, ed. Juspodium, 12ª edição, 2018:

Na verdade, a mutação constitucional é um processo informal que desencadeia um poder constituinte difuso voltado à alteração dos sentidos, significados e alcance dos enunciados normativos contidos no texto constitucional através de uma interpretação constitucional que se destina a adaptar, atualizar e manter a Constituição em contínua interação com a realidade social. Com a mutação constitucional não se muda o texto, mas lhe altera o sentido à luz e por necessidade do contexto. É um fenômeno que vem se revelando necessário para a respiração das Constituições, cujos enunciados muitas vezes ficam asfixiados a espera de revisões formais que nunca vêm ou que, vindo, não atendem adequadamente às demandas dos textos e dos fatos. (DA CUNHA JUNIOR, 2018)

Continua o referido autor, “A mutação constitucional é muito forte nos EUA, através de decisões vinculantes da Suprema Corte que constantemente vem regenerando a Constituição daquele País(...)” (DA CUNHA JUNIOR, 2018).

De fato, trata-se de processo informal de alteração do conteúdo da norma constitucional, tendo natureza difusa, na medida em que não é operada pelo poder constituinte derivado, porém pela hermenêutica jurídica, feita pelos tribunais constitucionais, como órgãos que detém a decisão final sobre a constitucionalidade das normas. Se opera diante da impossibilidade do *non liquet* e pela aplicação de princípios constitucionais, sendo certo que ao julgador, diante da disposição constitucional de que qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser levada ao Judiciário, não é dada a opção de não decidir ou fazê-lo com base em interpretação anacrônica, que signifique injustiça ou ofensa ao conteúdo atual das normas constitucionais. Não se olvida, ainda, a técnica de interpretação constitucional com redução de texto, caracterizada pela consideração de parte do dispositivo legal, ou ainda vocábulo nele presentes, inconstitucional.

Por certo, como todo instrumento advindo do intelecto humano, o instituto pode ser utilizado não somente para dar efetividade aos direitos fundamentais, porém para restringir sua interpretação, como alertam Lênio Luiz Streck, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

“A segunda revolução copernicana é a superação do esquema sujeito-objeto, que proporciona a derrota das posturas subjetivistas-solipsistas. E parece não haver

dúvida de que o Estado Democrático de Direito dá-se no entremeio dessa reviravolta lingüística. Na verdade, o *linguistic turn* não foi devidamente recepcionado no campo do direito brasileiro; melhor dizendo, a viravolta lingüística foi mal compreendida pela tese da mutação constitucional. O direito – compreendido no interior dessa ruptura paradigmática – não pode ser entendido como espaço de livre atribuição de sentido; essa questão assume especial relevância quando se trata do texto constitucional. Ou seja, em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário. E, com isso, soçobra a democracia. E este nos parece ser o ponto principal da discussão acerca dos votos proferidos na aludida Reclamação 4335-5. Numa palavra, o processo histórico não pode, desse modo, delegar para o Judiciário a tarefa de alterar, por mutação ou ultrapassagem, a Constituição do País (veja-se, nesse sentido, só para exemplificar e esse é o ponto da presente discussão -, o “destino” dado, em ambos os votos, ao art. 52,X, da Constituição do Brasil).”

De todo modo, eventual discussão sobre a legitimidade do Poder Judiciário de operar a mutação constitucional deve partir da aferição do disposto nos artigos 5º, inciso XXXV, e 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição da República que cometem, de modo respectivo, ao Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do referido poder, a análise final e definitiva de qualquer litígio e a jurisdição originária, de natureza definitiva e cogente sobre a conformidade dos atos do Poder Constituinte Derivado e Decorrente, bem como do Legislador Ordinário e dos Poderes Majoritários da União e dos Estados.

Tais competências são desempenhadas sob a égide da ciência jurídica, não da Política, sendo certo que sua legitimidade deriva da comissão feita pela Constituição e pela necessária fundamentação, prevista no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, na qual deve ser demonstrada a *ratio decidendi*, a razão pela qual se verificou a alteração substancial do conteúdo da norma constitucional. Desse modo, o conceito de legitimidade contemporâneo é diverso do existente décadas atrás, razão pela qual o conteúdo da proteção constitucional a este direito também deve ser objeto de alteração, prescindindo de alteração formal do texto constitucional.

Na verdade, é preciso justamente que o Poder Judiciário, no exercício de sua função contramajoritária, exerça a hermenêutica constitucional sempre voltado para a interpretação que dê superior alcance aos direitos e garantias fundamentais, a partir do disposto no artigo 5º, §1º, da Constituição e das normas de exegese aplicáveis, sendo certo que a atividade interpretativa não deve partir de uma visão isolada do mundo, porém não pode substituir os princípios jurídicos, imanescentes do sistema constitucional, em prol de argumentos de outras searas, em especial a política, cujo palco principal devem ser os poderes majoritários, eleitos.

É esse, na essência, o principal papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, qual seja, garantir-lhes a imediata aplicação, preenchendo o seu conteúdo, consoante a evolução histórica, adaptando o texto constitucional às realidades sucessivas, sendo evidente que os conceitos de dignidade da pessoa humana, de vida, de liberdade, de igualdade, de função social da propriedade estão sempre evoluindo, a partir da evolução do próprio corpo social e dos conceitos mutantes das ciências jurídica, social, econômica, médica etc. Trata-se de função que não se sobrepõe aos outros poderes, porém que detém objeto, método e natureza diversos das funções executiva e legislativa, e cuja legitimidade afere-se, *a priori*, pela previsão constitucional, bem como por sua natureza inerte, que demanda provocação por pessoa ou órgão e, em cada caso, ou *a posteriori*, pela necessária fundamentação, que se presta a esclarecer aos destinatários as razões de decidir, aplicando-se aqui a lógica discursiva de Habermas (2002), no caso, não à edição das normas abstratas e gerais, pelos poderes majoritários, porém às decisões judiciais que tratem de direitos e garantias fundamentais.

6. O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E SUA LEGITIMIDADE COMO ÓRGÃO INCUMBIDO DA DEFESA DA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto no capítulo anterior, ao Poder Judiciário é cometida a função de interpretar com definitividade e em caráter cogente, inclusive frente aos outros poderes, as normas constitucionais, conferindo-lhes efetividade e decidindo sobre a constitucionalidade das leis e atos normativos infraconstitucionais frente aquelas. Ao Supremo Tribunal Federal foi conferida legitimidade jurídica para decidir sobre a constitucionalidade até das emendas constitucionais, oriundas do poder constituinte derivado, que não podem desafiar as denominadas cláusulas pétreas, entre as quais inserem-se as normas constitucionais que instituem direitos e garantias fundamentais.

Ocorre que, na clássica teoria da divisão das funções (poderes) estatais, na clássica e até hoje aceita visão de Montesquieu na sua obra “Espírito das Leis”, não pode haver supremacia entre eles, devendo ser harmônicos e independentes, sendo certo que se ao Poder Judiciário confere-se a função de dizer o direito com definitividade, por outro lado a ele se prevê uma contenção primordial, qual seja, sua natureza inerte, vedando-lhe a ação de ofício, sem necessária e imprescindível provocação de quem detenha legitimidade jurídica para tanto, a princípio, o titular do direito lesado ou ameaçado. Por outro lado, serve de contenção à função

jurisdicional e a torna legítima, a necessária fundamentação, que se presta ainda, no caso dos direitos e garantias fundamentais, a delimitar o seu conteúdo aos destinatários.

De modo sábio, o constituinte não negligenciou dados da realidade brasileira, diferentes, por exemplo, dos da norte-americana, como a inexistência de cultura de defesa de direitos e a assimetria econômica e social que nos caracteriza, desde sempre até o momento atual e que importa na ausência de acesso universal à justiça. Não foi negligenciada, ainda, a realidade social moderna, caracterizada pela existência de direitos coletivos, os quais muitas vezes não possuem valor econômico suficiente para ensejar a ação individual para sua defesa em juízo e que, diante da inexistência de uma sociedade civil organizada no nível da dos Estados Unidos, poderia fomentar seu desrespeito por parte, v.g., dos grupos econômicos e pelo próprio Estado.

Diante desse quadro, a solução encontrada pelo Constituinte foi a eleição de uma instituição como defensora da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, remetendo ao Ministério Público Brasileiro a importante e sensível missão de promover a efetividade dos direitos e garantias individuais e de atuar na defesa dos direitos coletivos quando por sua natureza ou conteúdo econômico não haja quem os defenda em nome próprio. Tal solução preservou a inércia do Poder Judiciário e no que tange aos direitos fundamentais, concedeu ao Ministério Público legitimidade para atuar juridicamente para que a eficácia imediata destes, prevista na Constituição, não corresse o risco, devido às características brasileiras, de se tornar apenas exortação, buscando eliminar, ainda, no plano empírico, as circunstâncias que, na prática, vedavam o acesso à justiça.

O Ministério Público instituído pela Constituição da República vigente, caracteriza-se pela sua singularidade, quando comparado com seus congêneres de outras ordens jurídicas, bem como com aqueles previstos nas anteriores constituições brasileiras, havendo quem o denomine, devido às suas funções institucionais e às prerrogativas e às vedações de seus membros, de verdadeira magistratura de pé. Em verdade, as atribuições do Ministério Público brasileiro são mais amplas do que as da maioria dos Ministérios Públicos estrangeiros, cuja função precípua é a persecução criminal. Esta, por certo, é remetida ao *Parquet* também aqui, porém sequer representa a maior parte de suas atuais atribuições, que vão desde a proteção da infância e juventude até à promoção dos direitos fundamentais, passando pela proteção ao meio ambiente, ao consumidor e à probidade administrativa.

Interessante notar que a atual Constituição da República cuidou de vedar ao Ministério Público a assessoria jurídica aos órgãos da administração pública, direta ou indireta, reforçando sua natureza *sui generis* e dotando-o de independência quanto aos interesses

daquela, que em muitas hipóteses, finda por contrapor-se ao interesse da coletividade, colocando-o não como defensor do Estado, porém da Ordem Jurídica. Inexistisse tal vedação, teria o membro do Ministério Público de servir a dois senhores, tornando ineficaz a previsão de suas missões constitucionais, diante da eventual e, na verdade, inevitável contradição fundamental destas com a defesa precípua dos interesses da administração pública, em cada caso concreto.

Dito isso, passa-se agora a analisar o Ministério Público Brasileiro quanto às suas características institucionais, sua legitimidade para atuar como promotor dos direitos fundamentais e, ainda, sobre o seu controle.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 127 dispõe:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (CRFB, 1988)

A primeira constatação sobre o Ministério Público é sua natureza permanente, sendo imprescindível delimitar o significado de tal previsão constitucional. Ora, por certo não se trata de poder constituído, razão pela qual, não fosse a referida determinação constitucional, seria possível, em tese, a sua extinção na vigência da ordem constitucional, pela vontade do Poder Constituinte Derivado. Contudo, a inserção da ressalva serve de empecilho a qualquer emenda que tenha por objeto a supressão do Ministério Público. Contudo, poderia o Poder Constituinte Derivado alterar a missão institucional do Ministério Público? A resposta há de ser negativa, posto que a previsão de sua existência e das missões que lhe comete a Constituição da República são, em verdade, intrincadas, entrelaçadas, sendo certo que a garantia da perenidade institucional somente se justifica em decorrência de suas atribuições constitucionais, não sendo crível que se justificasse tal previsão, senão para garantir o desempenho das missões que lhe são cometidas.

Por outro lado, é correto dizer que a independência ministerial frente aos Poderes Constituídos lhe dá a equidistância destes, necessária ao esmerado desempenho de sua função precípua, de defensor da ordem jurídica, do regime democrático, como dito antes, e em especial, dos direitos e garantias fundamentais. Por certo, houvesse dependência do Ministério Público ao Poder Executivo, haveria confusão entre os interesses deste e a atuação ministerial, considerando, por exemplo, no estrito escopo da efetividade dos direitos fundamentais, que grande parte das violações é proveniente do próprio Estado, da administração pública, que por ação ou omissão finda por não dar a imediata e efetiva observância aos referidos direitos. Como é cediço, a própria construção dos direitos e garantias fundamentais tem por supedâneo a limitação do poder estatal sobre o indivíduo, sendo certo que seria inócuo que o próprio executivo fiscalizasse e apurasse os próprios erros, no caso de se objetiva efetiva correição.

Quanto ao Poder Legislativo, o efeito deletério de eventual dependência, se faria sentir, de modo mais grave, quando do exercício do poder constituinte derivado pelo referido poder, na medida em que se estaria diante de obstáculo prático à utilização da via direta de controle de constitucionalidade pelo Procurador-Geral da República, em caso de edição de emenda constitucional que violasse as vedações do artigo 60, §4º, incisos I a IV, restringido, por exemplo, os direitos e garantias individuais. Somente esta hipótese já é suficiente para demonstrar qual deletéria seria a vinculação ao Congresso Nacional do Ministério Público.

De modo análogo, tão pouco seria possível, no modelo adotado pela Constituição da República a submissão, vinculação ou a inserção do Ministério Público no Poder Judiciário, sendo certo que tais soluções teriam o efeito de minar a legitimidade deste, na medida em que ele se tornaria um poder que se sobreporia aos outros, tendo em vista que, em última análise, por órgão a ele pertencente, ainda que exercido por membros diversos, teria a iniciativa e a decisão final sobre a questão jurídica controversa. Dessarte, a não vinculação do Ministério Público ao Poder Judiciário atende, de modo precípua, à necessária inércia que deve caracterizar a atuação deste.

De outro lado, a independência também se presta ao exercício de controle finalístico da atividade ministerial. Isso porque, como na atividade jurisdicional, a atuação ministerial, no campo da teoria política, se legitima pela aplicação do direito, ou seja, sua legitimidade decorre do manejo de elementos jurídicos, com finalidade de tornar efetiva a ordem jurídica, esta produto da atividade política dos poderes constituídos e que deve ser interpretada, com definitividade, pelo Poder Judiciário. Ora, nesse sentido, embora diante do princípio da independência funcional, a atividade ministerial finalística, ou seja, a interpretação da norma, não seja passível de sindicância ou correição, desde que fundamentada, ela o é, tendo como

base seus fundamentos, quando analisada pelo julgador, que poderá, à vista dos argumentos da parte contrária, até decidir, com base na aplicação dos postulados da ciência jurídica, entendimento diverso do membro do *Parquet*.

Tal modelo não seria possível caso Ministério Público e Poder Judiciário fossem um único órgão, na medida em que haveria confusão entre os órgãos autor e julgador, ainda que diversos, ressalta-se de novo, os indivíduos investidos de tais funções, findando por deslegitimar o processo e a minar o prestígio das duas instituições, em geral não eleitas e, em tese, apolíticas. O sistema de justiça, desse modo, teve ganhos de prestígio e legitimidade, na acepção não jurídica do termo, a partir de tal separação, que já esteve ausente em ordens constitucionais anteriores, como, aliás, já ocorreu também quanto ao Poder Executivo.

Dito isso, importa ressaltar a importância de um dos princípios institucionais do Ministério Público, qual seja, a independência funcional, aliás antes mencionada, que nestes mais de trinta anos de Constituição da República pode ser considerado um dos grandes acertos e impulsos para o crescimento institucional e, por outro lado, serve de supedâneo para grande parte da crítica que é feita ao Ministério Público.

Dirlei da Cunha Júnior define a independência funcional como:

(...) a chamada autonomia de consciência, de modo que não se sujeitam a qualquer poder hierárquico ou se subordinam a quaisquer ordens de atuação. A hierarquia existente limita-se à vertente administrativa, todavia, do ponto funcional, não há que se falar nela. (DA CUNHA JUNIOR, 2018)

De fato, a previsão da independência funcional é direcionada a todos os membros do Ministério Público, seja da União ou dos Estados e do Distrito Federal e possui tal gravidade que a própria Constituição da República, no seu artigo 85, inciso II, prevê como crime de responsabilidade do Presidente da República qualquer ato atentatório contra livre exercício do Ministério Público, colocando-o ao lado dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, bem como dos Poderes constitucionais das unidades da Federação. Ora, qualquer cerceio à independência funcional dos membros do Ministério Público, desde que dentro do arcabouço legal de atribuições do órgão em questão, é embaraço ao livre exercício do Ministério Público e como tal deve ser objeto de penalização política, a par da responsabilização jurídica, administrativa, civil e criminal.

Por certo, não existe a previsão de irresponsabilidade funcional do membro do Ministério Público, sendo evidente que desvios na sua atuação ou o desrespeito às normas que a disciplinam importarão na responsabilização funcional do recalcitrante. Nesse sentido, deve-

se dizer que existe um complexo arcabouço jurídico constitucional, esmiuçado nas leis infraconstitucionais, que se presta, de um lado, a dar ao membro do Ministério Público instrumentos e garantias para que sua grave atuação se dê sem risco de represálias por parte das autoridades ou indivíduos alvos diretos dela, ou cujos interesses egoísticos sejam prejudicados pela defesa intransigente da ordem jurídica e pela efetivação dos direitos fundamentais.

Em verdade, como evidenciado por Rogério Bastos Arantes (ARANTES, 2002), a partir da década de 1990, houve movimentos legislativos tendentes a limitar os poderes do Ministério Público, que produziram, mais recentemente, a instituição do Conselho Nacional do Ministério Público e a nova Lei de Abuso de Autoridade, que diante das circunstâncias de que cercaram o processo legislativo que os originou, podem ser consideradas reações a atuação ministerial, por vezes entendida como excessivamente persecutória, em especial aos agentes políticos, evidenciando, ainda, a reação ao modelo planejado pelo constituinte originário ao pensar o órgão.

De outro ponto, a existência de vedações, similares às dos membros do Poder Judiciário e mais extensas e amplas das previstas, por exemplo, aos integrantes do Poder Legislativo, são instrumentos para garantir a legitimidade da atuação ministerial, buscando mitigar a influência político-ideológica, própria e desejável no seio dos poderes eleitos, porém deletéria na seara das instituições de atuação contramajoritária, que têm no Direito e não na luta política, o seu norte, bem como o seu teatro de operações, representadas, de modo precípuo, pelo Poder Judiciário e pelo *Parquet*.

Não obstante, a independência funcional detém grande importância para a promoção dos direitos fundamentais, na medida em que, cada órgão ministerial, na sua área de atuação, não vincula sua conduta a partir de comandos apriorísticos, impostos de cima para baixo, como um pensamento monolítico, tendente a perpetuar a realidade, não a alterá-la, conformando-a com o sentido jurídico constitucional de tais direitos. Nesse sentido, o meio ambiente equilibrado, a saúde, a vida, a liberdade, vão tendo sua concepção construída, no mundo jurídico, não somente pelo trabalho da doutrina, porém pelo exercício da jurisdição, que em considerável parcela é fruto da provocação do Ministério Público, como legitimado na defesa de tais direitos individuais e coletivos, que por sua natureza indisponível e/ou transindividual devem ter garantida sua submissão ao crivo do Poder Judiciário.

Tal construção, como é própria de qualquer ciência, dá-se pela interpretação das normas jurídicas segundo princípios e postulados da ciência do direito, sendo certo que cabe ao intérprete, seja na doutrina, seja na aplicação das leis ao caso concreto, a utilização de

linguagem científica, que se presta a dirimir as dúvidas sobre o próprio texto legal, objeto do democrático processo legislativo o qual, embora se utilize de linguagem técnica, não respeita, por sua própria natureza política, os sentidos unívocos que a técnica jurídica dá aos vocábulos, como por exemplo, prescrição, decadência.

Como se vê, se no plano semântico a transposição do que diz a norma para o seu real comando não prescinde da atividade jurídica, de natureza científica, a cargo dos órgãos da justiça e, neste ponto, o Ministério Público possui importância crucial para a construção de conceitos, pois sua atuação *a priori*, possui elevada carga interpretativa, feita pelo membro no momento anterior à propositura de uma ação, na tentativa de resolução extrajudicial do conflito, bem como *a posteriori*, por meio do decorrer do processo, sob os princípios constitucionais que o regem, até a final sentença, síntese da dialética entre as partes.

Imperioso dizer que a atuação ministerial não se limita à esfera judicial, abrangendo atos procedimentais, como o inquérito civil, que lhe dão azo à busca, quando possível de acordo de não persecução civil ou penal, sendo dotado, ainda, instrumentos como as recomendações, os termos de ajustamento de conduta e a realização de audiências públicas, que lhe permitem tutelar o interesse público e promover o respeito aos direitos fundamentais e sociais, sem que seja necessário o processo judicial. De fato, os meios de resolução extrajudicial tem sido cada vez mais utilizados, sendo certo que eventual recalcitrância pode ser alvo de judicialização.

De modo resumido, no arcabouço jurídico previsto na Constituição da República que a legitimidade da atuação ministerial tem como supedâneo a utilização da técnica jurídica, dos conceitos do Direito, para a efetivação de suas missões institucionais, bem como pelo sistema de prerrogativas e vedações, que lhe dão, de um lado a necessária independência e, por outro, lhe impõe vastas limitações, tendentes a garantir a lisura na sua atuação, buscando afastar outras motivações, a exemplo das de natureza político-ideológica, e, no campo finalístico, pela eventual intervenção do Poder Judiciário, quando em decorrência de tal atuação, houver litígio.

7. O PODER JUDICIÁRIO MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CASO DO DIREITO À SAÚDE

A atuação do sistema de justiça na defesa dos direitos e garantias fundamentais foi pensada pelo constituinte e estatuída na Constituição da República a partir de parâmetros que

buscaram, de modo precípuo, garantir-lhes efetividade e aplicabilidade imediata, inclusive ante a eventual atuação estatal tendente a mitigar ou anular sua efetiva proteção.

Como analisado nos capítulos anteriores, a Constituição dotou o Poder Judiciário de instrumentos de controle de constitucionalidade e previu um Ministério Público *sui generis* ao qual cometeu o dever, não a faculdade, de defender a ordem jurídica, que abarca no seu seio, os direitos fundamentais.

Ocorre que, a Constituição da República, ou Constituição Cidadã, na consagrada expressão de Ulisses Guimarães, prevê extenso, e no caso brasileiro, necessário rol de direitos fundamentais, individuais e coletivos, bem como garantias, sobre os quais os órgãos dos sistema de justiça se debruçam diuturnamente, em centenas de milhares de ações judiciais, sem contar a atuação extrajudicial do Ministério Público, nas mais variadas áreas, desde o acesso à educação até à luta pelo meio ambiente equilibrado.

A considerável quantidade de ações e a existência de milhares de inquéritos civis no âmbito ministerial, permite inferir que os órgãos de justiça são demandados de modo contundente para decidir sobre a extensão de tais direitos, sua delimitação fático-jurídica, sob a égide dos princípios constitucionais que informam sua exegese, evidenciando, ainda, a existência de uma realidade de desrespeito no plano empírico.

Neste ponto, é importante fazer um parêntese para analisar como a Constituição de 1988 tratou o direito fundamental à saúde. Em verdade, a atual Carta Magna inovou ao prever o direito fundamental à saúde como um dos direitos sociais, alçando-o a um *status* inédito em nosso direito, acompanhando tendência de constituições modernas como a de Portugal, que a partir dos anos 1970, sob a influência dos denominados direitos fundamentais de 2ª geração, passaram a positivá-lo.

Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

“No plano do Direito Constitucional comparado, já são diversas as Constituições que contém previsão expressa do direito à saúde, como direito fundamental. É o caso, por exemplo, das Constituições da Argentina, Paraguai, Uruguai, Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Grécia e França, apenas para citar as mais conhecidas.”
(SARLET, 2021, p. 03-22)

Interessante notar que todos os exemplos são de constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial e, em grande parte, excetuando-se França e Holanda, após o fim de período antidemocrático, evidenciando a identificação do direito à saúde com a referida geração de direitos fundamentais e sua correlação com os anseios de sociedades democráticas.

No caso brasileiro, a força normativa das disposições constitucionais, incluindo as que são relacionadas ao direito à saúde, devida não somente à sua natureza, porém ao seu grau de detalhamento, é visível no artigo 196 da Constituição da República, que dispõe:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (CF, 1988)

Este dispositivo, em conjunto com os que o seguem e com o artigo 6º do texto constitucional, impõe ao Estado um dever, ou seja, um agir, evidenciando a natureza prestacional, material, do direito à saúde, que deve ser garantido, por meio de políticas econômicas e sociais, que incluem desde a atenção básica, até a prestação de medicamentos e tratamentos médicos necessários a todos, sem distinção econômica, social, de nacionalidade etc. Por certo haverá a adoção de políticas relativas a grupos sociais específicos, de acordo com suas características, para a consecução do direito, porém não para discriminação de seus destinatários. Verifica-se, dessarte, a dupla dimensão, de direito e garantia, que informa e limita a atividade política dos poderes majoritários e a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais pelo poder judiciário.

O Poder Constituinte, diante da realidade brasileira, dos graves problemas de ordem econômica e social, tratou de dispor sobre as responsabilidades do Estado Brasileiro, nas suas três esferas, no sistema único e universal de proteção ao direito à saúde, determinando, ainda, investimentos mínimos de cada uma no referido sistema, prevendo, ainda, as fontes de recursos, informando às searas tributária e financeira dos entes estatais.

Contudo, em que pese o grau de detalhamento da Constituição da República, é evidente que havia necessidade de edição de leis e atos normativos infralegais para que fosse garantido o direito fundamental à saúde. Desse modo, desde as leis orçamentárias (LDO, LOA e Plano Plurianual), até os atos administrativos que materializam a atividade estatal devem estar consoantes aos princípios constitucionais erigidos a partir da interpretação da constituição, não sendo possível ao Estado Brasileiro furtar-se a cumpri-los.

No dizer de Ingo Wolfgang Sarlet:

“Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que nossa Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se, no que diz com este ponto, a uma referência genérica. Em

suma, do direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde, como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc), ou se este direito encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe (*sic*) os artigos 196 a 200 de nossa Constituição” (SARLET, 2002).

Nesse diapasão, no plano legal, foi promulgada a Lei nº8.080/90, que estatui as “condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”, que no seu artigo 2º dispõe:

“Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. (BRASIL, 1990)”.

O dispositivo, como se pode ver, ressalta na natureza fundamental do direito à saúde, sua dimensão de garantia, impondo ao Estado sua proteção e promoção, incluindo, ainda, entre os obrigados a garanti-lo a família, as empresas e a sociedade. A referida, lei, ainda, delimita a atuação dos entes estatais no sistema único de saúde, que institui, prevendo suas competências próprias e atribuições comuns, estabelecendo seus sistemas e subsistemas, entre outras disposições, estabelecendo, ainda, suas fontes de financiamento. Trata-se, em verdade, de uma das legislações mais avançadas do mundo, nem por isso imune a críticas e a detratores, em especial daqueles que entendem equivocada a previsão do direito à saúde como fundamental.

De fato, durante a vigência da Constituição de 1988, como será demonstrado adiante, a discussão sobre o direito à saúde, em especial quanto à sua extensão material e o seu financiamento, tem marcado o debate político e, no escopo deste trabalho, a atividade dos órgãos de justiça, com a multiplicação de ações individuais e coletivas, bem como aquelas relativas ao controle concentrado de constitucionalidade. Desde a década de noventa, quando da instituição da CPMF até o presente momento histórico, a obtenção de recursos para custear

as prestações estatais relativas ao direito à saúde tem sido debatida no plano político, não raro o debate sendo levado à Justiça, com objetivo de acerto do conteúdo do direito no plano da realidade.

Na verdade, o que se pode verificar no histórico do acerto ao direito à saúde, tem sido a oposição dos argumentos relativos à sua fundamentalidade e consequente integralidade e ao seu financiamento, envolvendo desde argumentos de direito financeiro, como a necessidade de previsão orçamentária até o denominado princípio da reserva do possível. Tais argumentos, utilizando-se de supedâneos jurídicos e fáticos, têm se prestado à resistência estatal a garantir a plena efetividade do direito à saúde que, inevitavelmente, leva à judicialização, ante a pretensão legítima que sofre a ilegítima resistência por parte do obrigado à garanti-lo.

Nesse ponto, outra vez, a lição precisa de Ingo Wolfgang Sarlet:

“A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc), prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível. Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação dos poderes. Assim, em se acolhendo de forma irrestrita este entendimento, efetivamente haveríamos de capitular diante daqueles que propugnam o cunho meramente programático das normas constitucionais sobre a saúde” (SARLET, 2002).

Como se pode inferir, o direito fundamental à saúde, embora tenha natureza dúplice, caracterizando-se como garantia, obrigando ao Estado Brasileiro a promover sua efetivação no plano da realidade, é certo que no período de vigência da Constituição de 1988 tem se verificado a resistência dos entes estatais na devida priorização, tanto na formulação de políticas econômicas e sociais, tanto na prestação de tal direito em casos concretos, individuais e coletivos.

Diante desta realidade de desrespeito, no escopo do presente trabalho, a escolha do direito fundamental à saúde, de sede constitucional e de inegável prioridade pelo constituinte veio ao encontro do objetivo precípuo de verificar o papel do Poder Judiciário e do Ministério

Público para a efetividade dos direitos fundamentais. O critério utilizado, como dito, será precipuamente quantitativo, haja vista que avaliação qualitativa escapa ao alcance deste trabalho, bem como desafia critérios abertos à subjetividade, mais consentâneos com uma dissertação de mestrado ou tese de doutoramento.

Nesse sentido, em primeiro lugar buscou-se delimitar a um direito fundamental a base empírica do presente trabalho para, depois, realizar-se um corte no tempo, correspondente ao período de um ano, a saber, 2020. Tais delimitações tiveram como supedâneo, a realização de uma investigação quantitativa e atual da atuação do STF na análise da constitucionalidade e na conceituação jurídica do direito à saúde e da Procuradoria-Geral da República como órgão autor de ações de controle de constitucionalidade. Deve-se ressaltar, ainda, que tratando-se do ano do início da pandemia de Covid-19, o número de ações diretas de constitucionalidade tendo como objeto a constitucionalidade de leis da União e dos Estados, bem como atos normativos federais sobre o direito à saúde foi alto, se comparado com o restante do período de vigência da atual Constituição da República.

Dito isso, parte-se para o primeiro dado empírico, qual seja, o número de ações constitucionais relativas ao direito à saúde propostas ao STF no ano de 2020, tendo como fonte o sítio eletrônico do órgão, consoante o quadro a seguir:

Quadro 1 – Acervo das ações constitucionais (ADI e ADPF) relacionadas ao direito à saúde no STF no ano de 2020.

ESTADO	QUANTIDADE TOTAL POR TIPO DE AÇÃO		AUTORIA DO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA (art. 103, VI, CF/88)
	ADI	ADPF	
Acre	0	0	- -
Alagoas	2	0	2 CONAMP*
Amapá	0	0	0
Amazonas	2	0	0
Bahia	2	0	0
Ceará	1	0	0
Distrito Federal	59	0	2
Espírito Santo	3	0	2
Goiás	0	0	0

Maranhão	3	0	1
Mato Grosso	5	0	1
Mato Grosso Do Sul	0	0	0
Minas Gerais	3	0	1
Pará	2	0	0
Paraíba	4	0	0
Paraná	2	0	1
Pernambuco	2	0	2
Piauí	2	0	2
Rio De Janeiro	6	0	1
Rio Grande Do Norte	0	0	0
Rio Grande Do Sul	0	0	0
Rondônia	0	0	0
Roraima	2	0	0
Santa Catarina	3	0	2
São Paulo	4	0	0
Sergipe	1	0	0
Tocantins	2	0	2
Total de Ações no Brasil	107	0	17

*OBS: Excluindo o DF - total: 48 – MP: 17, ou seja, 35,4% do total das ações são de autoria do MP.

** incluindo o DF (como aponta a tabela) MP = 15,88% do total das ações.

Fonte: Supremo Tribunal Federal, 2021.

Da análise dos dados pode-se extrair, em primeiro lugar, que a classe de ação manejada foi, na totalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que se mostra compatível com o momento histórico (pandemia), sendo lícito inferir que as leis e atos normativos impugnados são decorrentes de tal situação fática, razão pela qual, tendo sido editados sob a égide da atual Constituição da República, não seria possível o manejo de ação por descumprimento de preceito fundamental. Tal conclusão, embora pareça óbvia, apresenta importância ao escopo deste trabalho, dando indícios, no limite, de alto grau de constitucionalização do direito à saúde, que acarreta, por sua vez, a existência de inerente

discussão sobre a conformidade das normas legais a ele atinentes para com o texto constitucional.

Nota-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal é provocado em alto grau, de modo direto, ou seja, sem que as instâncias inferiores da Justiça sejam provocadas, reflexo do alargado número de legitimados para a propositura de Ação Direta de Constitucionalidade, o que pode indicar, ainda, a existência de preponderância do controle concentrado, com supedâneo, talvez, na necessidade de segurança jurídica, considerando a definitividade da interpretação dada pela Corte Constitucional, frente à instabilidade representada pelo controle difuso até eventual decisão final.

De todo modo, na finalidade precípua deste trabalho, talvez a principal indicação seja a transformação, na prática, do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao controle de constitucionalidade, de verdadeiro órgão de validação do processo legislativo. Em verdade, como dito nos capítulos anteriores, a função do Sistema de Justiça é dar conteúdo jurídico aos conceitos trazidos pela lei, fruto de ação política e que se utiliza de argumentos políticos, com supedâneo em princípios e objetivos de idêntica natureza, para, com base na razão discursiva, estabelecer as regras de comportamento que forem consideradas necessárias à vida em sociedade.

Na verdade, a par do próprio processo político, excessivamente judicializado, o fruto de seu trabalho se torna objeto de judicialização quase como fase necessária, ou seja, a qualidade do processo legislativo e do seu produto são objeto de litígio e somente após a definitiva decisão do Poder Judiciário, se torna válida. De fato, os próprios atores da política tendem a se fiar na judicialização como sucedâneo ao debate próprio dos poderes majoritários, em especial no que tange ao desrespeito às normas que o delimitam, como os regimentos internos das casas legislativas, que são afastados pela decisão de maioria circunstancial. Nessa realidade, o Supremo Tribunal Federal se torna guardião da constitucionalidade do próprio processo legislativo e do seu produto, diante da omissão política, do denominado silêncio eloquente, colocando-se, talvez de modo excessivo, sob os holofotes, sendo certo que não pode furtar-se à decidir, diante do princípio do *non liquet*, em processo de desvirtuação das funções estatais, na qual o Legislativo e o Executivo preferem omitir-se e deixar o desgaste de decisões impopulares ao Poder Judiciário.

Feito este parêntese, se pode extrair do quantitativo do ano de 2020 que houve elevada atuação dos partidos políticos, entre outros legitimados, na propositura de ações diretas de inconstitucionalidade tendo como objeto o direito à saúde, indicando, a par da omissão antes apontada, a possível ausência de instrumentos no interior do processo legislativo para que as

posições de tais agremiações fossem objeto de discussão eficiente no âmbito do Poder Legislativo, impedindo a obtenção de consenso sobre as medidas legislativas, findando por ocasionar o acionamento da Justiça. Essa realidade, por certo, causa desgaste ao sistema constitucional de repartição de poderes, gerando, inclusive, eventual deslegitimação dos poderes constituídos, cuja análise escapa ao objeto deste trabalho sendo, porém, considerada na análise dos dados. De tal análise se pode dizer que no período de um ano houve a propositura de um total de 107 ações diretas de constitucionalidade tendo por objeto o direito à saúde, número que se revela alto, considerando o total de ações desta natureza propostas desde a vigência da Constituição da República. Nesse sentido, segundo o sítio do Supremo Tribunal Federal, houve a propositura de 758 ADIs e 124 ADPFs tendo por objeto o direito à saúde como objeto, considerando os 33 anos de vigência de Constituição da República, sendo certo que no ano de 2020 houve a propositura de 107 ações diretas de inconstitucionalidade com o referido objeto, levando a conclusão de que este ano foi de excepcional judicialização do direito à saúde no que tange ao controle direto de constitucionalidade.

Dessarte, no que tange ao papel do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, os dados analisados permitem inferir, ainda que de modo incipiente, dentro da profundidade possível ao presente trabalho, que a corte constitucional, no controle direto de constitucionalidade, tem sido demandada com frequência, para acertar o conteúdo do direito à saúde, o que pode, em um exercício de inferência, indicar que tal judicialização pode estar presente quanto aos outros direitos fundamentais, tornando o Poder Judiciário verdadeiro ator para a efetividade das leis, com consequente ausência do que Habermas (2002) denomina razão discursiva na produção das normas legais a eles atinentes. Tal circunstância pode, inclusive, ser reflexo e indicação da ausência de legitimidade das escolhas do sistema político, ou seja, dos órgãos majoritários, na produção de normas legais, indo, não obstante, de encontro às disposições constitucionais, representativas das diretrizes e decisões políticas fundamentais do Estado Brasileiro, já sedimentadas na jurisprudência relativa ao controle de constitucionalidade. Portanto, haveria indicação de recalcitrância dos poderes majoritários constituídos, no exercício de suas competências normativas (legais e infralegais) em respeitar as disposições constitucionais, ignorando o seu conteúdo jurídico, já pacificado pela Suprema Corte, acarretando a reiteração do seu trabalho interpretativo.

Quanto ao Ministério Público, o corte temporal utilizado permite inferir que no ano de 2020 a Procuradoria-Geral da República foi autora de 17 ações diretas de constitucionalidade, perfazendo 15,89% do total. Trata-se, como dito, de um ano marcado pela pandemia do Covid-19, que explica o aumento de ações de controle concentrado de constitucionalidade de

normas legais e infralegais relativas ao direito à saúde, explicado pelo próprio aumento de edição de tais normas, derivado da realidade empírica vivenciada. Dito de outro modo, mais normas, mais ações diretas.

Nesse sentido, o período analisado apresenta excepcionalidade da pandemia, contudo, ainda diante de tal circunstância, nota-se que houve considerável atuação da Procuradoria-Geral da República, como legitimada, na propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, visto que, sozinha, foi responsável por quase 1/6 do total de ações, indicando a importância da atuação do órgão para a efetivação do direito à saúde, como exemplo de direito fundamental.

Para tal conclusão, é importante que se considere o que dispõe a Constituição da República:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Como se pode ver, a constituição da República elenca o total de 9 (nove) legitimados para a Propositura de Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Declaratórias de Constitucionalidade, o que poderia indicar, em uma análise perfunctória que a Procuradoria Geral da República não teria relevante participação, pelo critério quantitativo, como legitimado, considerando-se que seria responsável apenas por cerca de 1/6 ou 1/7 das ações propostas.

Ocorre que, ainda em uma análise quantitativa, essa falsa premissa é afastada, haja vista que se trata de um único órgão, ao contrário dos outros legitimados, que apenas para se ilustrar, totalizam 27 mesas das assembleias legislativas e distritais, 27 governadores de estado, as dezenas de partidos políticos registrados e as conferências e entidades de classe de âmbito nacional, o que por si demonstra que o legitimado único que mais aciona o Supremo Tribunal Federal, no controle direto, é a Procuradoria-Geral da República.

Não obstante, quando se considera os órgãos únicos com legitimidade, como Presidência da República, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal e Conselho Federal da OAB(!), a importância da atuação da Procuradoria-Geral da República e, por conseguinte, do Ministério Público ganha superior destaque, ante a inação dos referidos legitimados.

Deve-se, ainda, ressaltar que, no estrito objeto deste trabalho, foi procedida a análise quantitativa, sendo certo que a importância qualitativa da atuação do Ministério Público não foi possível ser feita, diante das limitações inerentes a um Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-graduação Lato Sensu.

De todo modo, com o objetivo de permitir a análise de tais dados com mitigação do efeito da pandemia na participação do Ministério Público no controle de constitucionalidade e, via de consequência, na efetivação do direito fundamental à saúde, dentro das limitações de busca no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, buscou-se analisar a atuação deste órgão no controle de normas legais a ele relativo, referentes ao Estado de Minas Gerais, no período de vigência da atual Constituição da República, restringindo-se às ações diretas de inconstitucionalidade e de descumprimento de preceito fundamental.

Quadro 2 – Ações relativas ao controle direto de constitucionalidade, de normas legais do Estado de Minas Gerais, promulgadas durante (ADI) ou antes (ADPF).

PROCESSO	ESTADO	RELATOR	REQUERENTE(S)
<u>ADI 6535</u>	Minas Gerais	Ministra Rosa Weber	Confederação Nacional Dos Trabalhadores Em Turismo E Hospitalidade - CONTRATUH (CF 103, 0IX)
<u>ADI 6301</u>	Minas Gerais	Ministra Cármen Lúcia	Federação Nacional Dos Trabalhadores Bombeiros Civis - FENABCI (CF 103, 0IX)
<u>ADI 6171</u>	Minas Gerais	Ministra Rosa Weber	Procuradoria-Geral Da República (CF 103, 0VI)
<u>ADI 5781</u>	Minas Gerais	Ministro Roberto Barroso	Procurador-Geral Da República (CF 103, 0VI)
<u>ADI 5407</u>	Minas Gerais	Ministro Teori Zavascki	Procurador-Geral Da República (CF 103, 0VI)
<u>ADI 4953</u>	Minas Gerais	Ministro Gilmar Mendes	Procurador-Geral Da República (CF 103, 0VI)
<u>ADI 3965</u>	Minas Gerais	Ministra Cármen Lúcia	Procurador-Geral Da República (CF

			103, 0VI)
<u>ADI 3106</u>	Minas Gerais	Ministro Luiz Fux	Procurador-Geral Da República (CF 103, 0VI)
<u>ADI 2578</u>	Minas Gerais	Ministro Celso De Mello	Procurador-Geral Da República (CF 103 , 0VI)
<u>ADI 2551</u>	Minas Gerais	Ministro Celso De Mello	Confederação Nacional Do Comércio - CNC Confederação Nacional Do Sistema Financeiro - Consif (CF 103 , 0IX)
<u>ADI 1778</u>	Minas Gerais	Ministro Eros Grau	Associação Dos Notários E Registradores Do Brasil - Anoreg /Br (CF 103 , 0IX2)
<u>ADI 1693</u>	Minas Gerais	Ministro Marco Aurélio	Associação Brasileira De Consumidores - ABC
<u>ADI 903</u>	Minas Gerais	Ministro Dias Toffoli	Confederacao Nacional Do Transporte - CNT (CF 103 , 0IX)
<u>ADI 448</u>	Minas Gerais	Ministro Octavio Gallotti	Procurador-Geral Da Republica (CF 103 , 0VI)
<u>ADO 45</u>	Minas Gerais	Ministro Roberto Barroso	Partido Da Social Democracia Brasileira - PSDB (CF 103, VIII)
<u>ADO 21</u>	Minas Gerais	Ministro Joaquim Barbosa	Federação Brasileira De Associações De Fiscais De Tributos Estaduais - Febrafite (CF 103, 0IX) Procurador-Geral Da República (CF 103, 0VI)
<u>ADPF 348</u>	Minas Gerais	Ministro Marco Aurélio	Procurador-Geral Da República (CF 103, 0VI)
<u>ADPF 241</u>	Minas Gerais	Ministro Ricardo Lewandowski	Federação Brasileira De Associações De Fiscais De Tributos Estaduais - Febrafite (CF 103, 0IX)

Fonte: Supremo Tribunal Federal, 2021.

O quadro 2, obtido a partir de pesquisa no sitio oficial do Supremo Tribunal Federal, sem especificação de período, ou seja, considerando o tempo de vigência da atual Constituição informa que do total de 18 ações relativas ao controle direto de constitucionalidade, de normas legais do Estado de Minas Gerais, promulgadas durante (ADI) ou antes (ADPF) de tal período, 10 ADIs e 1 ADPF tiveram como autora a Procuradoria-Geral da República, indicando a importância de sua atuação para a efetivação do direito à saúde frente à eventual desrespeito ou contrariedade.

Evidencia-se, de tais números, que o fenômeno identificado no ano de 2020 pode ser, a depender de novas análises estatísticas, derivado das circunstâncias do referido período, em especial, a pandemia, indicando, ainda, que até perante tal realidade, a atuação do Ministério Público foi relevante, representando quase 1/6 do total de ações propostas, fazendo-se, ainda, remissão ao que foi dito sobre as premissas analíticas sobre o quantitativo de ADIs.

Considerando o papel do sistema de Justiça, de modo específico, o Poder Judiciário e o Ministério Público os dados analisados dão indício de que a previsão do modelo de proteção aos direitos fundamentais pelo Constituinte tem relevância prática, revelando que o Poder Judiciário tem desempenhado, ainda que com dificuldades, seu papel na definição do conteúdo jurídico de tais direitos, por vezes reforçando-o diante de eventuais desrespeitos por parte dos poderes majoritários. A própria quantidade de ações, em especial no ano do início de pandemia de abrangência global, com efeitos deletérios sobre a sociedade e a economia, evidencia a confiança no Poder Judiciário como intérprete final da Constituição e tradutor do sentido atual de suas normas.

Nesse desenho, ressaí, ainda, a atuação do Ministério Público dentro do que foi pensado pelo Constituinte, ou seja, como órgão capaz de suprir eventual impossibilidade ou desinteresse da sociedade civil organizada na defesa dos direitos fundamentais, atuando para levar ao Poder Judiciário a análise da constitucionalidade das leis e atos infralegais, frente ao conteúdo do direito à saúde.

8. CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, verifica-se que, no que tange ao modelo projetado pelo Constituinte, os papéis do Poder Judiciário e do Ministério Público se mostram consentâneos a princípios consagrados de sede constitucional, como a separação dos poderes e da máxima eficácia das normas veiculadoras de direitos fundamentais.

Por certo, há questões que não puderam ser enfrentadas, devido ao estreito limite do objeto do presente trabalho, em especial o aspecto qualitativo da atuação de tais órgãos, bem como providências para eventual aprimoramento de tais instituições diante da realidade de desrespeito aos referidos direitos fundamentais.

Não se olvida, ainda, a necessidade de aprofundar a análise qualitativa de tais atuações, sendo certo que por vezes pode servir a propósitos não consentâneos com a proposta do Constituinte, como demonstra o alerta sobre a denominada mutação constitucional.

De todo modo, evidenciou-se que, diante da referida realidade, bem como da resistência dos poderes constituídos em efetivar o dever estatal, no caso do direito à saúde, a atuação do Ministério Público, responsável por parte significativa das ações relativas ao controle concentrado de constitucionalidade, bem como do Poder Judiciário tem sido essencial ao acerto do citado direito.

Nesse sentido, a partir do que foi estudado, pode-se inferir que os órgãos do sistema de justiça, em especial do Poder Judiciário e do Ministério Público, têm correspondido em grande parte à previsão constitucional quanto ao seu papel de garantidores da efetividade imediata dos direitos fundamentais, bem como possuem instrumentos à altura de sua missão institucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANTES, B.R. **Ministério Público e Política no Brasil**. Ed. Sumaré: Fapesp, 2002.
- BACHUR, João Paulo. A Teoria de Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 36, n.2, p.85-98, jul./dez/2020
- BRASIL. **Constituição (1964)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1964.
- _____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- DA CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Edição, Ed. JusPODIVM, 2018.
- DIDIER JR, F., ZANETI JR, H. **Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo**. 12ª Edição, Ed. JusPODIVM, 2018.
- HABERMAS, J. **Facticidade e validade**. Contribuições para a teoria discursiva do direito e da democracia. Ed. UNESP. 2020.
- _____. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.
- SARLET, W., I. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Democracia e Direito**, v. 3, n.1, p. 03-22. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2433>. Acesso em: 26 de abril de 2021.
- WEBER, M. **Ciência e Política: Duas vocações**. 1ª Edição, Ed. Martin Claret, 2015.
- KELSEN, H. **Teoria pura do direito**, 1ª versão. ... Teoria Pura do Direito, 2ª versão. São Paulo: Martins Fontes, 3a ed., 1991.
- PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br>>. Acessado em 10/04/2021.
- STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A NOVA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O CONTROLE DIFUSO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E LIMITES DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL., disponível em <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso-muta%C3%A7%C3%A3o-constitucional>. Acesso em 01 de junho de 2021.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acessado em 16/04/2021.