

ano 21 – n. 84 | abril/junho – 2021

Belo Horizonte | p. 1-282 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v21i84

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2021 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

FÓRUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Inconstitucionalidade das leis e regimes normativos complexos: possibilidades de atuação da advocacia pública em matéria de políticas públicas

Unconstitutionality of laws and complex normative regimes: alternatives on public policy lawsuits for public attorneys

Roger Stiefelmann Leal*

Universidade de São Paulo (Brasil)
stiefelm@usp.br

Recebido/Received: 10.12.2020 / December 10th, 2020

Aprovado/Approved: 24.05.2021 / May 24th, 2021

Resumo: Em geral, o desenvolvimento das políticas públicas é atividade amparada em complexa estrutura normativa. Envolve disposições normativas presentes em distintos diplomas, que se articulam de modo interdependente e coordenado. Diversos de seus preceitos projetam-se em outros, conferindo-lhes racionalidade e coerência. Cumpre, portanto, perceber quais as repercussões de eventual inconstitucionalidade de uma dessas disposições sobre o restante do regime normativo que sustenta a política pública. A proximidade das unidades da advocacia pública com a estruturação normativa das políticas públicas pode propiciar a adequada percepção dessas repercussões, permitindo o uso de alternativas relevantes em sua atuação no domínio do controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Políticas públicas. Advocacia pública. Conexões normativas. Controle de constitucionalidade.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* LEAL, Roger Stiefelmann. Inconstitucionalidade das leis e regimes normativos complexos: possibilidades de atuação da advocacia pública em matéria de políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 147-167, abr./jun. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i84.1498.

- * Professor Doutor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). *Visiting Scholar* na *Harvard Law School* (2019). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Procurador da Fazenda Nacional. *E-mail:* stiefelm@usp.br.

Abstract: In general, the development of public policies is an activity based on complex normative structure. It involves normative clauses established in different acts, which are coherently articulated. Several of its provisions affect or complete others, ensuring them rationality and coherence. Therefore, it is important to understand the impacts of the unconstitutionality of one of those provisions on the rest of the normative regime that underpins public policy. The proximity of public attorneys to the normative structuring process of public policy provides them adequate perception of those impacts. Consequently, it enables them to use relevant alternatives in constitutional lawsuits.

Keywords: Unconstitutionality. Public policies. Public attorneys. Normative connections. Judicial review.

Sumário: **1** Governo e políticas públicas – **2** Advocacia pública e políticas públicas – **3** Políticas públicas e inconstitucionalidade das leis – **4** A inconstitucionalidade por arrastamento e o regime normativo das políticas públicas – **5** Explorando as conexões normativas – **6** Conexões normativas e inconstitucionalidade por omissão – **7** Conexões normativas, responsabilidade fiscal e jurisdição constitucional – **8** Conclusões – Referências

1 Governo e políticas públicas

Como elemento que compõe o plexo de funções do Estado, responde a atividade governamental pela formulação e implementação de programas, ações, medidas e projetos voltados a promover, de forma ativa, determinada concepção de bem comum. Essa concepção, na maioria das democracias contemporâneas, deriva da plataforma política adotada pelo líder partidário eleito para o cargo de chefe de governo.¹ Consoante a didática definição do art. 20 da Constituição francesa, *o governo determina e conduz a política da nação*. Tal função, em larga medida, é exercida mediante a elaboração e a efetivação de políticas públicas.

A incorporação à Constituição do princípio da separação dos poderes, entre outros aspectos, determina a primazia de um *governo das leis e não dos homens*.² Como leciona Bobbio,³ o *governo das leis* compreende dois significados diferentes. O primeiro deles designa o governo *sub lege*, ou seja, a subordinação dos governantes às leis, cerne da ideia de Estado de direito. A outra acepção corresponde ao governo *per lege*, caracterizado por sua atuação mediante a emanação de leis. Desse modo, exige-se que suas iniciativas sejam (a) legitimadas democraticamente pelo Poder

¹ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 129.

² Tal expressão é encontrada ao final do art. XXX da primeira parte (*A Declaration of the Rights of the Inhabitants of the Commonwealth of Massachusetts*) da Constituição de Massachusetts, de 1780: “In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men”. Michel Troper, por seu turno, assinala que a ideia de separação dos poderes se confunde com a própria noção de princípio da legalidade (cf. TROPER, Michel. *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris: PUF, 2001. p. 104).

³ Cf. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 156-157.

Legislativo, bem como (b) veiculadas mediante normas gerais e abstratas e não por *ordens concretas e individuais*.⁴

Tais concepções não se excluem ou se sobrepõem.⁵ São, sob certa perspectiva, complementares e refletem a complexidade da função governamental. Percebe-se, portanto, que a definição de políticas públicas implica o exercício de expressiva atividade normativa. São constituídas *a partir de uma construção normativa*.⁶ Cabem, assim, ser estatuídas mediante lei, confiando-se ao governo a edição de instrumentos de nível primário, a exemplo das medidas provisórias e de decretos autônomos. Ao governo compete, ainda, participar do processo legislativo ordinário, oferecendo, inclusive, proposições ao Poder Legislativo. Admite-se, ademais, que determinadas políticas públicas sejam estruturadas por atos infralegais, como regulamentos, portarias e resoluções administrativas, desde que estejam suficientemente amparadas em lei.⁷ Na maioria das vezes, tais políticas são implementadas, em termos normativos, mediante regime composto de atos e instrumentos com diferentes níveis hierárquicos. No caso do ordenamento brasileiro, determinados programas ou políticas também encontram fundamento jurídico no texto constitucional.⁸

A complexidade normativa inerente à efetivação de políticas públicas⁹ não se resume à correlação entre diplomas de patamares distintos. Sua disciplina jurídica importa na regulação de inúmeros aspectos que as integram, promovendo sua “amarração jurídica”.¹⁰ Desse modo, são estabelecidos, entre outros elementos, os parâmetros e diretrizes da política, as autoridades competentes para geri-la

⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 156-157.

⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 156-157.

⁶ Cf. DERANI, Cristiane. Política pública e norma política. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 41, n. 0, 2004. p. 22.

⁷ Cf. VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Padova: Cedam, 2001. p. 548; também BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica: fundamentos para um método de análise de políticas públicas*. Tese (Livro Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 100.

⁸ Cf. LEAL, Roger Stiefelmann. Pluralismo, políticas públicas e a Constituição de 1988: considerações sobre a prática constitucional brasileira 20 anos depois. In: MORAES, Alexandre (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 78; também FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Interesse Público*, São Paulo, n. 44, 2007. p. 38.

⁹ Segundo José Reinaldo Lima Lopes, “uma política pública, juridicamente, é um complexo de decisões e normas de natureza variada” (cf. LOPES, José Reinaldo Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 122, maio/jul. 1994. p. 258). Em sentido semelhante, Fábio Konder Comparato assinala que “os atos, decisões ou normas que compõem a política pública, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio” (cf. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 138, abr./jun. 1998. p. 45).

¹⁰ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica: fundamentos para um método de análise de políticas públicas*. Tese (Livro Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 107.

e executá-la, as dotações orçamentárias necessárias, os mecanismos para seu financiamento, as sanções em caso de descumprimento e a participação de agentes privados. Tais definições pressupõem regimes normativos específicos, estatuídos em diversos diplomas caracterizados – como regra geral – por complexa interdependência sistêmica. Em síntese, as “políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico”.¹¹

2 Advocacia pública e políticas públicas

A definição e a coordenação dos diferentes elementos – técnicos, orçamentários e jurídicos – que integram o processo de formulação de políticas públicas reclamam a efetiva colaboração de profissionais de alto nível. A construção do arcabouço normativo necessário requer, desse modo, qualificado serviço de consultoria e assessoramento jurídico. Na esfera federal, essa atividade é confiada à Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 131 da Constituição. Em âmbito estadual e distrital, cuida-se – nos termos do art. 132 do texto magno – de missão atribuída aos procuradores dos estados e do Distrito Federal.

Nesse sentido, a advocacia pública é, entre as funções essenciais à justiça, aquela que tem maior proximidade técnica e experiência com as diversas políticas públicas, pois contribui decisivamente para sua viabilização jurídica.¹² Ao colaborar na preparação dos diversos diplomas que instituem tais políticas, tem o dever de antecipar os questionamentos que podem ser suscitados, avaliar riscos e vulnerabilidades, bem como propor soluções e alternativas que lhes elevem o nível de consistência jurídica. À advocacia pública cumpre, portanto, “operar conjuntamente com os órgãos formuladores de políticas públicas no sentido de promover a reforma e a imaginação institucional necessárias ao desenvolvimento infraconstitucional de nossas instituições”.¹³ O exercício dessa atividade constitui efetivo desempenho da missão funcional, profissional e institucional do advogado público. Desse modo, deve aplicar o melhor de seu conhecimento jurídico para viabilizar as políticas decorrentes da plataforma governamental, ainda que discorde pessoalmente de sua orientação ideológica. Não cabe aos integrantes da advocacia pública, em virtude de divergências pessoais ou políticas, impor barreiras ao projeto legitimado democraticamente nas urnas.¹⁴ Sua função é, dentro dos marcos

¹¹ Cf. LOPES, José Reinaldo Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 122, maio/jul. 1994. p. 260.

¹² Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Discurso por ocasião da posse dos novos assistentes jurídicos*. Brasília, 22 mar. 2001. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.org.br>. Acesso em: 22 out. 2017.

¹³ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Discurso proferido por ocasião da transmissão do cargo de Advogado-Geral da União. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 1, n. 9, 2000.

¹⁴ Nessa mesma linha, salienta Diogo de Figueiredo Moreira Neto que “as ações da advocacia de Estado, no exercício de suas funções, são despolitizadas. Para o autor, não importa o conteúdo de conveniência

legais e constitucionais, prestar o assessoramento necessário para tornar possível juridicamente tais políticas e, por conseguinte, colaborar no processo de efetivação do regime democrático.

Compete, ainda, à advocacia pública, ao exercer a representação judicial e extrajudicial do Poder Público, promover a defesa jurídica das políticas públicas quando questionadas. Sua evidente proximidade com os programas e ações em curso, sobretudo em virtude de sua participação no processo de “amarração jurídica”, confere aos advogados públicos singular domínio sobre esse complexo arcabouço normativo, bem assim suas razões e justificativas.¹⁵ O conhecimento da complexidade jurídico-normativa inerente às políticas públicas em andamento habilita os integrantes das carreiras da advocacia pública a realizar qualificada defesa jurídica de sua legalidade e constitucionalidade. Permite-lhes, inclusive, chamar a atenção para especificidades relevantes que legitimam tais políticas e não foram corretamente percebidas por aqueles que promovem sua contestação.

Tal expertise revela-se de extrema utilidade aos advogados públicos no âmbito do controle de constitucionalidade dos instrumentos que formam o desenho institucional e normativo das políticas públicas. Desse modo, cumpre atentar especialmente para a relação de interdependência sistêmica dos diversos elementos que compõem determinada política de modo a realçar os reflexos práticos e, sobretudo, o alcance do vício de inconstitucionalidade a ser eventualmente reconhecido. A complexidade normativa que, nos dias de hoje, informa tais políticas projeta-se na presença de vínculos e conexões não apenas entre comandos do mesmo instrumento normativo, mas também entre dispositivos de diplomas distintos. Em suma, a controvérsia sobre a constitucionalidade dos marcos normativos, que estruturam determinada política pública, deve considerar seu regime normativo de forma plena, levando em conta as correlações existentes entre os diferentes elementos e diplomas que a integram. A inobservância dessas conexões pode suscitar sérios desequilíbrios sistêmicos e graves prejuízos ao desenvolvimento das próprias políticas e ao patrimônio público de modo geral.

e oportunidade das escolhas dos agentes políticos e administrativos, mas apenas a sua submissão à ordem jurídica” (cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A advocacia de Estado e as novas competências federativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 129, jan./mar. 1996. p. 278).

¹⁵ Gilmar Ferreira Mendes, ao examinar o assessoramento jurídico no âmbito das estruturas ministeriais, afirma que “a atuação nas Consultorias Jurídicas permite, de modo singular, a formação de especialistas na administração pública, versados nas temáticas relativas à alçada de cada Ministério. Para ele, essa especialização amplia as possibilidades de atuação, na medida em que cria centros de excelência específicos, capazes de contribuir para solução dos problemas jurídicos mais variados” (cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Discurso por ocasião da posse dos novos assistentes jurídicos*. Brasília, 22 mar. 2001. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.org.br>. Acesso em: 22 out. 2017).

3 Políticas públicas e inconstitucionalidade das leis

Em geral, as controvérsias sobre a constitucionalidade das políticas públicas não ensejam contestação de todo seu regime jurídico. Os questionamentos restringem-se a determinados componentes do seu figurino institucional, como a definição de seus destinatários, os mecanismos de financiamento ou os parâmetros que limitam a extensão dos benefícios. Desse modo, postula-se, como regra geral, o reconhecimento de inconstitucionalidade parcial de específico diploma legal de modo a afastar a aplicação de comando normativo que regula um ou alguns desses elementos conformadores.

A correlação entre diplomas distintos e os diversos elementos, que formam determinada política pública, enseja acurada verificação acerca da extensão dos efeitos do pretense vício de inconstitucionalidade. Sabe-se que impende ao órgão julgador aquilatar eventual *propagação* do ilícito sobre outros textos normativos. Em geral, essa *propagação* ocorre em função da relação de *dependência* ou *interdependência* entre dispositivos diferentes.¹⁶ Nesses casos, as *prescrições* normativas mostram-se “conexas, dependentes uma de outra, atuando juntas para o mesmo fim, ou de tal modo associadas no seu sentido, que se dava legitimamente presumir que a legislatura não adotaria uma desacompanhada da outra”.¹⁷ Descaberia, portanto, reconhecer a inconstitucionalidade de apenas um desses preceitos e manter válidos outros que lhe sejam conexos, dependentes, anclares ou instrumentais. Ou seja, o vício que recai sobre determinada disposição normativa projeta efeitos sobre outros comandos cujo sentido encontre-se a ela atrelado.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido tal projeção dos efeitos da inconstitucionalidade, admitindo, inclusive, a flexibilização dos limites que decorrem do pedido deduzido na ação, mormente em sede de controle abstrato de normas. Ou seja, ainda que o pedido não englobe determinados preceitos vinculados ou conexos com aqueles que foram expressamente impugnados, a decisão declaratória de inconstitucionalidade terá o condão de atingi-los.¹⁸ Convencionou-se designar tal fenômeno como inconstitucionalidade por *arrastamento* ou por *atração*.¹⁹

As conexões normativas que propiciam a chamada inconstitucionalidade por *arrastamento* não se limitam ao âmbito do mesmo diploma. Embora seja mais comum encontrar tais vinculações entre comandos que integram o mesmo texto normativo,

¹⁶ Cf. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Fac-símile da 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 126; também MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. t. I. p. 178; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 312.

¹⁷ Cf. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Fac-símile da 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 126.

¹⁸ Cf. ADI nº 2.895-2/AL. Rel. Min. Carlos Velloso. *DJ*, 20 maio 2005.

¹⁹ Cf. ADI nº 2.895-2/AL. Rel. Min. Carlos Velloso. *DJ*, 20 maio 2005.

revela-se plenamente factível percebê-las também em disposições consagradas em diplomas distintos. É o que ocorre, por exemplo, em relação a instrumentos normativos que revelam liame de subordinação hierárquica. Nesses termos:

a relação de dependência existente entre o ato regulamentar e o diploma legislativo em que se assenta certamente gerará o fenômeno da inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento, justificada [...] pela conexão ou interdependência de certos preceitos com os preceitos especificamente impugnados.²⁰

A inconstitucionalidade por *arrastamento*, vale observar, implica a invalidação de disposições normativas que não apresentam contrariedade direta com a Constituição. Cuida-se de situação em que seu conteúdo ficaria *comprometido* ou *desequilibrado* caso o pronunciamento de inconstitucionalidade se limitasse a invalidar apenas o comando normativo que diretamente viole o texto constitucional.²¹

4 A inconstitucionalidade por *arrastamento* e o regime normativo das políticas públicas

A complexidade que informa o regime normativo das políticas públicas, já se disse, envolve diplomas de diferentes níveis hierárquicos que, por seu turno, disciplinam componentes distintos do seu desenho institucional global. Desse modo, cumpre perceber as conexões presentes entre a sua *ideia-diretriz*,²² a definição dos órgãos executores, os mecanismos de financiamento, a participação de agentes privados, os custos orçamentários, a delimitação dos benefícios e a discriminação dos destinatários. Essas relações cabem ser percebidas adequadamente nos casos em que tais políticas são submetidas ao exame do Poder Judiciário, principalmente em sede de controle de constitucionalidade.

Tome-se como exemplo decisão proferida pelo Tribunal Constitucional de Portugal acerca da constitucionalidade do art. 1º do Decreto-Lei nº 75-Z/77, que conferia “ao pessoal civil das forças armadas o direito ao abono de alimentação por conta do Estado em condições idênticas às do pessoal militar”.²³ Tal disposição teve sua inconstitucionalidade formal reconhecida em razão “do direito das associações

²⁰ Cf. ADI QO nº 473/DF. Rel. Min. Celso de Mello. *DJ*, 19 fev. 1993; no mesmo sentido ADI nº 3.645-9/PR. Rel. Min. Ellen Gracie. *DJ*, 1º set. 2006; ADI nº 2.158/PR. Rel. Min. Dias Toffoli. *DJ*, 16 dez. 2010.

²¹ Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade das leis*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 424.

²² Ver a propósito BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica: fundamentos para um método de análise de políticas públicas*. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 103 e ss.

²³ Cf. Acórdão nº 24/92. Rel. Cons. Mário de Brito. *Diário da República*, II Série, 11 jun. 1992. p. 5392(31) e ss.

sindicais de participar na elaboração da legislação do trabalho”,²⁴ previsto no texto constitucional vigente à época. Ocorre que o dispositivo viciado atribuía ao *peçoal civil das forças armadas* parcela remuneratória que já era percebida pelo pessoal militar com base em diploma anterior. Além disso, foram editados posteriormente dois outros diplomas (Decreto-Lei nº 305/77 e Decreto-Lei nº 57-B/84) que “estatuíram o subsídio de refeição para todos os trabalhadores da função pública”. Desses diplomas constaram preceitos normativos específicos que excluía “pessoal civil das forças armadas”. Tais ressalvas decorreram – como se verifica expressamente das respectivas exposições de motivos – da legítima suposição de que o *peçoal civil das forças armadas* já percebia o *abono de alimentação* com base no art. 1º do Decreto-Lei nº 75-Z/77, que teve sua inconstitucionalidade declarada.

Assim, caso a nulidade recaísse apenas sobre o dispositivo viciado, o *peçoal civil das forças armadas*, segundo reconheceu expressamente o Tribunal, ficaria sem o *abono de alimentação* e sem o *subsídio de refeição*. No entanto, as cláusulas legais que impediam o pagamento do *subsídio de refeição* a esse *peçoal* tinham como pressuposto lógico a concessão do *abono de alimentação* determinado pelo preceito inconstitucional. Percebeu a Corte, no caso, a relação de interdependência entre os comandos normativos. E, desse modo, decidiu que “a inconstitucionalidade do artigo 1º do Decreto-Lei n.º 75-Z/77 não pode deixar de determinar a inconstitucionalidade – consequencial ou por arrastamento – do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 305/77 e do n.º 3 do artigo 1º do Decreto-Lei n.º 57-B/84”.²⁵

Outras vinculações guardam relação com a própria coerência ou higidez fiscal que deve prevalecer em matéria de políticas públicas. Veja-se, a propósito, o julgamento proferido pelo STF que decidiu sobre a constitucionalidade de lei do Distrito Federal que instituiu “pensão especial a ser concedida pelo Governo do Distrito Federal em benefício dos cônjuges de pessoas assassinadas, vítimas de crimes hediondos que são definidos no art. 2º desta Lei e contemplados no vigente Código Penal”.²⁶ A disposição que autorizava o pagamento do benefício foi declarada inconstitucional “em razão da evidência de que a lei distrital impôs ao Governo do Distrito Federal uma responsabilidade muito além daquela prevista pelo art. 37, §6º, da Constituição”.²⁷ O mesmo diploma que estabeleceu a pensão especial criou, em outro dispositivo, “um fundo específico consignado à Secretaria de Desenvolvimento Social e Ação Comunitária, para atender ao custeio decorrente dos benefícios nele autorizados”, discriminando os recursos que o comporiam.

²⁴ Cf. Acórdão nº 24/92. Rel. Cons. Mario de Brito. *Diário da República*, II Série, 11 jun. 1992. p. 5392(31) e ss.

²⁵ Cf. Acórdão nº 24/92. Rel. Cons. Mario de Brito. *Diário da República*, II Série, 11 jun. 1992. p. 5392(31) e ss.

²⁶ Cf. ADI nº 1.358/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. *DJ*, 3 mar. 2015.

²⁷ Cf. ADI nº 1.358/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. *DJ*, 3 mar. 2015.

Nesse particular, detectou o STF a evidente conexão entre a benesse financeira instituída e o mecanismo erigido para o seu financiamento. Prevaleceu, portanto, o entendimento de que, “dada a inconstitucionalidade da própria pensão especial, [...] as demais normas presentes na lei [...] ficam sem qualquer sentido normativo autônomo e devem, assim, ser declaradas inconstitucionais por arrastamento”.²⁸ Ou seja, o vício do comando normativo que instituiu a pensão especial acabou por projetar efeitos sobre os preceitos que regiam o fundo estatuído para financiar seu pagamento.

5 Explorando as conexões normativas

Nem sempre são evidentes as relações existentes entre as disposições normativas que disciplinam os diversos elementos que formam o regime de cada política pública. Cabe à advocacia pública, em face de sua maior proximidade e familiaridade com a matéria, expor tais vinculações de modo a propiciar exame mais acurado acerca do alcance do juízo de constitucionalidade proferido em âmbito judicial. A atenção a essas conexões tem o condão de, em diversos casos, viabilizar a estabilidade necessária ao equilíbrio das contas públicas, à eventual continuidade da própria política, bem como de outras que são simultaneamente desenvolvidas.

Nesses termos, encontram-se diversas controvérsias sobre políticas públicas submetidas ao STF que comportam questionamentos dessa ordem. Mencione-se, a esse propósito, os precedentes sobre a constitucionalidade dos dispositivos que, no âmbito da legislação previdenciária, exigiam a comprovação da invalidez para que o viúvo fosse reconhecido como beneficiário de pensão por morte de sua esposa. Ao examinar a questão, reconheceu o STF a inconstitucionalidade da exigência legal, “sob pena de impor ao viúvo, para gozar do mesmo direito à pensão por morte do cônjuge, um requisito – o da invalidez – que não se presume em relação à viúva”.²⁹ Segundo o entendimento sufragado pela Corte, “não se afigura legítimo tratamento diferenciado entre os contribuintes, conforme sejam homem ou mulher, se a própria Carta Magna estabeleceu indistintamente pensão para o cônjuge ou companheiro, quer do sexo masculino, quer feminino”.³⁰ Tais decisões judiciais determinaram, portanto, o afastamento de cláusula legal restritiva do pagamento de proventos, ensejando – como decorrência lógica – ampliação das

²⁸ Cf. ADI nº 1.358/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. *DJ*, 3 mar. 2015.

²⁹ Cf. RE-AgRg nº 385.397/MG. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *DJ*, 6 set. 2007; no mesmo sentido RE nº 207.282/RS. Rel. Min. Cezar Peluso. *DJ*, 19 mar. 2010; RE-AgRg nº 607.907/RS. Rel. Min. Luiz Fux. *DJ*, 1º ago. 2011; RE-AgRg-ED nº 385.396/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *DJ*, 1º out. 2010; RE-AgRg nº 433.135/MG. Rel. Min. Marco Aurélio. *DJ*, 19 set. 2008; RE-AgRg-ED nº 433.842/MG. Rel. Min. Celso de Mello. *DJ*, 27 maio 2015.

³⁰ Cf. RE nº 207.282/RS. Rel. Min. Cezar Peluso. *DJ*, 19 mar. 2010.

despesas públicas no âmbito do sistema previdenciário. Tal correlação não foi, contudo, deixada de lado em tais julgados. Alegou-se que a concessão da pensão ao viúvo que não comprove invalidez constituiria, ao arrepio do §5º do art. 195 da Constituição, extensão de benefício sem previsão da necessária fonte de custeio. Para o STF, no entanto, não cabia “cogitar de ausência de fonte de custeio porque, pouco importando que o servidor seja o cônjuge varão ou o cônjuge varoa, há, de qualquer forma, a contribuição previdenciária, que visa cobrir não só a assistência como também a previdência”.³¹ Ocorre, no caso, que a imposição constitucional incide precipuamente sobre o legislador, não lhe sendo cabível instituir ou estender determinada benesse *sem a correspondente fonte de custeio total*. Tal imposição, vale observar, não tem aplicação, segundo a jurisprudência do STF,³² em face de direitos e benefícios assegurados diretamente pela Constituição.

Entretanto, não restam dúvidas de que as disposições legais declaradas inconstitucionais se vinculam a outros preceitos normativos relacionados ao custeio das pensões por morte. Seu conteúdo apresenta *necessária correspondência*³³ com outras leis voltadas a disciplinar despesas e receitas públicas. Como bem salienta o Ministro Sepúlveda Pertence, “toda e qualquer política pública tem impacto orçamentário”.³⁴ Cumpre perceber, *in casu*, que os comandos legais destinados a definir (a) a dotação orçamentária correspondente, (b) os parâmetros voltados ao cômputo dos proventos a serem pagos, (c) os índices de reajuste das pensões e (d) as medidas de renúncia fiscal que dispensam o pagamento das contribuições previdenciárias guardam estreita relação com o regime que estabelece os pressupostos para aquisição da condição de beneficiário do sistema previdenciário. Esses pressupostos, fica claro, são indispensáveis para o cálculo – efetuado pelos agentes que participam do processo legislativo orçamentário – do volume de recursos necessários ao custeio dessa modalidade de pensão. Nesses termos, o conjunto normativo constante da legislação orçamentária que estipula as dotações específicas para o pagamento dos proventos apresenta efetiva interdependência com os dispositivos invalidados pelo STF. A legislação que estabelece os critérios para determinação do valor dos benefícios e os índices de reajuste também é baseada na delimitação legal dos mesmos pressupostos. Conexão semelhante ampara, ainda, as isenções e demais mecanismos legais que dispensam o recolhimento das contribuições previdenciárias, bem assim suas insuficientes alíquotas. Sua

³¹ Cf. voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no RE-Agr nº 385.397/MG. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *DJ*, 6 set. 2007. Em sentido semelhante, José Reinaldo assinala que “sem os planos, sem orçamento, nada de política pública pode ser implementado” (cf. LOPES, José Reinaldo Lima. *Judiciário, democracia, políticas públicas*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 122, maio/jul. 1994. p. 259).

³² Cf. Ag. Reg no AgI nº 792.329/PR. Rel. Min. Carmen Lúcia. *DJ*, 3 set. 2010; no mesmo sentido RE nº 220.742. Rel. Min. Néri da Silveira. *DJ*, 4 set.1998.

³³ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. ristampa. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 316.

³⁴ Cf. voto proferido na ADI nº 3.205/MS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *DJ*, 17 nov. 2006.

disciplina legal implica devida mensuração do montante necessário ao financiamento das pensões por morte.

Quanto mais restritivos forem os pressupostos para determinação do conjunto de beneficiários, menos recursos financeiros serão necessários para financiar a política pública. Assim, a lei que estabelece o conjunto de requisitos a serem considerados para a concessão de determinado subsídio ou benefício serve de base para que o legislador calcule o volume de recursos necessários e, portanto, estabeleça patamares de tributação, bem como limites de valor e índices de reajuste. Desse modo, a inconstitucionalidade de qualquer desses pressupostos – como no caso da invalidez para os viúvos – *compromete* ou *desequilibra* o conteúdo de diversos outros preceitos que compõem o complexo regime da política previdenciária. Logo, cumpre cogitar da extensão dos efeitos decorrentes do vício, consoante visto acima, abrindo espaço para considerar o cabimento de declaração de inconstitucionalidade por *arrastamento* ou por *atração*.

6 Conexões normativas e inconstitucionalidade por omissão

Problemática relevante em matéria de políticas públicas decorre do questionamento de sua constitucionalidade em face da ausência de determinada medida ou prescrição normativa. Ou seja, o seu regime jurídico é impugnado porque seria insuficiente ou incompleto em face dos parâmetros estabelecidos na Constituição. Alega-se, no caso, a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão parcial ou relativa.³⁵

Acesa é, ainda nos dias de hoje, a polêmica sobre os efeitos e o conteúdo da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade por omissão. A própria ideia de um comportamento omissivo, um não fazer, lesivo à Constituição subverte, em larga medida, (a) o clássico vínculo existente entre inconstitucionalidade e nulidade/anulabilidade, bem como, por conseguinte, (b) a posição cassatória, de legislador negativo, dos órgãos de jurisdição constitucional.³⁶ A sanção a ser aplicada em face de omissão inconstitucional impulsiona a jurisdição constitucional, de alguma

³⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 337; também MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2013. t. VI. p. 365-366; MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade como técnica de decisão de omissão legislativa parcial e o cabimento de cautelar em casos de omissão parcial. *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1/17444, 1ª quinzena de 2002; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 37-38.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 54-55; também FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002. p. 223.

forma, a adotar medidas de caráter positivo, ainda que se limite a cientificar o órgão faltoso sobre a infração.

Nessa seara, encontram-se decisões que, ao reconhecer a incompletude ou defecção de determinado diploma normativo, contemplam provimentos de caráter supletivo, colmatando a lacuna contrária à Constituição mediante a introdução de parâmetro normativo elaborado pelo próprio órgão de jurisdição constitucional. Cuidam-se das chamadas sentenças *aditivas* e *substitutivas*. Nas sentenças *aditivas*, o órgão de jurisdição constitucional declara a inconstitucionalidade da lei “na parte em que não” estabelece determinada medida – que constitucionalmente deveria estabelecer – e supre a omissão legislativa parcial, enunciando o critério normativo faltante.³⁷ As sentenças *substitutivas* – mais raras que as *aditivas* – implicam o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei em virtude de instituir determinada medida, enquanto, segundo a Constituição, deveria estabelecer outra. Em outras palavras, a lei é declarada inconstitucional (a) por aquilo que dispõe e também (b) por aquilo que deveria dispor em lugar do comando viciado. A sentença *substitutiva* é, portanto, ablativa da disposição inconstitucional, de um lado, e *aditiva*, de outro. Ou melhor, ela troca o comando normativo contrário à Constituição por outro que atenda à exigência constitucional.³⁸

No âmbito de determinada política pública, a correlação entre os seus distintos componentes é seriamente afetada não apenas em face da invalidação de um deles. A introdução por decisão jurisdicional de qualquer elemento novo também é capaz de causar *desequilíbrios* e *comprometimentos* às demais disposições normativas que formam seu regime jurídico. O mesmo cabe afirmar em relação à substituição desses componentes por outros. As relações de interdependência, nessa esfera de atuação estatal, sofrem nocivas interferências tanto na supressão quanto na inclusão de provimentos normativos.

Sobre essa questão, destaca-se a jurisprudência formada em relação à controvérsia envolvendo o fornecimento de fraldas em face do direito fundamental à saúde assegurado pelo texto constitucional. A argumentação levada a efeito pela

³⁷ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. ristampa. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 298; também VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Padova: Cedam, 2001. p. 638; ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en la vía incidental. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 16, n. 48, set./dez. 1996. p. 65; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade das leis*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 456; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 268-269.

³⁸ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. ristampa. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 299; também VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Padova: Cedam, 2001. p. 640; ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en la vía incidental. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 16, n. 48, set./dez. 1996. p. 65.

advocacia pública, nesses casos, vem sustentando que itens de higiene e asseio pessoal, a exemplo das fraldas, ultrapassam a esfera de atuação dos órgãos de saúde pública, não constituindo serviço ou bem que cabe ser prestado com base no direito à saúde. Alimentação, vestuário e moradia são, nessa linha, outros bens materiais cuja carência, em certa perspectiva, prejudicam a sanidade física e psíquica da pessoa. Contudo, enquadram-se no âmbito de proteção de outros direitos sociais. Ainda assim, os julgados proferidos pelo STF têm justificado o dever de ceder fraldas ao assinalar:

a jurisprudência consolidada desta Corte consagra que, apesar do caráter meramente programático atribuído aos arts. 196 e 197 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos.³⁹

E, em seguida, adiciona-se:

no tocante especificamente ao fornecimento de fraldas descartáveis, o entendimento desta Corte é no sentido de que, comprovadas a imprescindibilidade do material e a falta de meios para sua obtenção, pode o magistrado condenar o ente estatal à prestação do serviço.⁴⁰

Após asseverar o dever constitucional de fornecer fraldas, a Corte não tem conhecido dos recursos interpostos em virtude de não caber reanálise dos fatos e circunstâncias que informam o caso para avaliar se o estado de saúde da parte reclama, em seu tratamento, a prestação dos itens requeridos.

Extrai-se dos elementos presentes na controvérsia que os órgãos que integram o serviço público de saúde não consideram fraldas itens de prestação obrigatória. A dispensação de medicamentos, por exemplo, constitui atividade devidamente disciplinada em lei (art. 19-M e ss. da Lei nº 8.080/90), com previsão de protocolos e procedimentos específicos para sua prestação. Não é o que ocorre, segundo se percebe, em relação a artigos de higiene pessoal. A ausência de base normativa específica sobre fraldas e bens assemelhados é, nesses casos, considerada ofensiva a direito constitucionalmente assegurado. Ou seja, afirma-se a inconstitucionalidade por omissão parcial, pois o regime jurídico que disciplina os serviços de saúde não teria incluído fraldas como item a ser prestado pelo Poder Público.

³⁹ Cf. AI-AgRg nº 810.864/RS. Rel. Min. Roberto Barroso. *DJ*, 2 fev. 2015; no mesmo sentido RE-AgRg nº 626.382/RS. Rel. Min. Rosa Weber. *DJ*, 11 set. 2013; RE-AgRg nº 726.446/RS. Rel. Min. Teori Zavascki. *DJ*, 6 maio 2013; RE-AgRg nº 724.293/RS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *DJ*, 12 abr. 2013.

⁴⁰ Cf. AI-AgRg nº 810.864/RS. Rel. Min. Roberto Barroso. *DJ*, 2 fev. 2015.

As decisões judiciais, ao conceber o dever de fornecer fraldas como consectário do direito fundamental à saúde, acabaram por suplementar a legislação, emitindo, na prática, provimento integrativo do conjunto normativo que rege o sistema público de saúde. Nesses termos, relevante modificação é introduzida na regulação da própria política, repercutindo acentuadamente em diversos outros aspectos de sua formatação institucional. Certamente, a definição legal das ações e dos bens prestados em tal política constitui fator básico do cálculo levado a efeito pelo legislador sobre os recursos necessários ao seu financiamento. O efeito aditivo dos julgados, portanto, *compromete* as disposições que estipulam as dotações orçamentárias que amparam financeiramente os serviços de saúde, bem como os parâmetros que balizam as fontes de custeio da seguridade social. Resulta daí “um aumento anômalo de despesa”, que, segundo Blanco de Moraes,⁴¹ pode ensejar “uma ofensa às regras constitucionais que vedam iniciativas ou decisões não governamentais, suscetíveis de desequilibrarem negativamente o Orçamento do Estado”.

Em tais casos, o órgão de jurisdição constitucional “deve declarar quais são as outras disposições legislativas cuja ilegitimidade deriva como consequência da decisão adotada”.⁴² A declaração de inconstitucionalidade das leis que instituem “despesas em face de suas omissões, por sua insuficiente abrangência, determina o alargamento do ônus financeiro sem ter, porém, a possibilidade de prover a outra parte da disciplina, aquela relativa aos recursos correspondentes”.⁴³ Assim, a falta dessa *outra parte da disciplina* desestrutura gravemente a política pública, corrompendo as relações de interdependência entre diversos dispositivos que lhe servem de suporte. O *desequilíbrio* gerado autoriza, entre outras questões, que se adote declaração de inconstitucionalidade por *arrastamento* dos preceitos que conferiam estabilidade financeira à política instituída. O efeito aditivo da decisão de inconstitucionalidade – a exemplo do que, por vezes, ocorre ante a nulidade de disposição inconstitucional – tem o condão de perverter ou deteriorar o significado dos comandos normativos que pressupunham a inexistência da despesa gerada pela extensão normativa emitida.⁴⁴

⁴¹ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. II. p. 457.

⁴² Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. ristampa. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 318.

⁴³ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. ristampa. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 316; também DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001. p. 212; BATTURINI, Daniele. Caratteri e tipologie delle sentenze additive di prestazione. In: BUTTURINI, D.; NICOLINI, M. *Tipologie e effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità: percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014. p. 72.

⁴⁴ Em relação às sentenças aditivas geradas em face do princípio da igualdade, Markus Gonzáles Beilfuss reconhece “a possibilidade de que a alteração da relação internormativa que resulta da decisão [...] incida sobre [...] o gasto público, admitindo problemas funcionais desse tipo de sentença” (cf. GONZÁLES

7 Conexões normativas, responsabilidade fiscal e jurisdição constitucional

O texto constitucional exige, em diversos de seus dispositivos, *necessária correspondência* entre as leis que (a) definem e autorizam despesas públicas e (b) as que dispõem sobre as entradas e receitas públicas. Nesses termos, impõe cláusulas protetivas a essa *correspondência*, definindo limites específicos para diferentes despesas, como pessoal (art. 169), benefícios da seguridade social (art. 195, §5º) e transferências voluntárias (art. 167, X). Tal proteção é, ainda, reforçada pelo Novo Regime Fiscal instituído pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016, e pelas medidas de responsabilidade fiscal estabelecidas pela Lei Complementar nº 101, de 2000. Na realidade, o ordenamento jurídico brasileiro passou a consagrar o *princípio da gestão orçamentária responsável*.⁴⁵ Descabe, assim, determinar gastos públicos e assumir obrigações que excedam os créditos de natureza orçamentária constantes da legislação (art. 167, I e II).

As exigências constitucionais e legais de responsabilidade fiscal impõem, nesse sentido, estreitos liames internormativos entre leis orçamentárias, tributárias e definidoras de políticas sociais e econômicas. De modo a conferir estabilidade financeira às políticas públicas, é indispensável a correlação de seu desenho institucional com os instrumentos de arrecadação de recursos públicos e a legislação orçamentária. Desse modo, caso o legislador tenha observado os parâmetros fiscais exigíveis, eventual declaração de inconstitucionalidade que altere o regime de qualquer desses diplomas – ampliando gastos públicos – determina o rompimento dessa *necessária correspondência*, esvaziando o significado dos demais dispositivos relacionados. Deixam, por conseguinte, de observar o *princípio da gestão orçamentária responsável*. Claramente, a nulidade de determinado elemento balizador do conjunto de beneficiários de específico programa governamental ou a exigência jurisdicional do fornecimento de item ou bem adicional ensejam prejuízo ao cômputo levado a efeito pelos poderes Legislativo e Executivo sobre limites, patamares e critérios financeiros suficientes para custear essas ações. “Problemas análogos a esses [...] surgem”, como destaca Zagrebelsky,⁴⁶ “também em relação à declaração de inconstitucionalidade das ‘leis de ingressos’ (tributários, por exemplo) de cuja anulação, por ‘razões inversas’, se possa determinar análogo desequilíbrio”.

Tais observações revelam a necessidade de que órgãos de jurisdição constitucional levem em consideração, ao promover o controle das políticas

BEILFUSS, Markus. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 83-84).

⁴⁵ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Arts. 48 a 59. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Vander (Org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 335.

⁴⁶ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. ristampa. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 316.

públicas, os ditames informadores da atividade financeira do Estado, sobretudo aqueles que impõem padrões de responsabilidade fiscal.⁴⁷ É sabido, contudo, que as questões orçamentárias são tratadas com alguma indiferença ou irrelevância por parte da sociedade e, em alguma medida, pelos profissionais do direito.⁴⁸ O exame pela autoridade judicial do impacto orçamentário decorrente das sentenças que efetuam controle de políticas públicas, nos raros casos em que ocorre, é desenvolvido apenas de forma genérica, sem o devido e indispensável estudo sobre as disposições normativas, os limites e os critérios adotados pela legislação financeira. Tal circunstância aliada ao aumento significativo de julgados que diuturnamente ampliam despesas públicas torna o planejamento orçamentário do Estado tarefa hercúlea e sobrenatural.⁴⁹

Ao analisar essa matéria, considera Beilfuss,⁵⁰ que *seria de grande utilidade* a presença de mecanismos que ofereçam aos órgãos de jurisdição constitucional *informações confiáveis sobre o possível impacto econômico de suas sentenças*. Tais mecanismos encontram-se, em grande medida, à disposição da advocacia pública. Isto é, cabe aos seus integrantes, em virtude do conhecimento técnico e das informações que têm à disposição, apresentar em juízo a situação das políticas públicas em toda a sua complexidade jurídica e financeira. Cumpre-lhe não apenas oferecer os dados referentes ao impacto econômico de eventuais provimentos judiciais, mas também trazer à lume os diversos preceitos normativos que guardam relação de interdependência com os aspectos impugnados da política. É parte de sua missão, enquanto representante judicial do Poder Público, deixar claro o conjunto de conexões normativas envolvidas, sua natureza, bem como a indissociabilidade normativa que delas deriva. Saliente-se, ademais, que, em termos financeiros, a “expansão em determinadas áreas” tem “de ser compensada com a redução em outras, e essas escolhas deverão ser feitas dentro do marco constitucional vigente”.⁵¹

⁴⁷ Cf. GONZÁLES BEILFUSS, Markus. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 82.

⁴⁸ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Brasil: o caminho longo e sinuoso*. p. 14. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/barroso-defende-reforma-eleitoral.pdf>. Acesso em: 5 out. 2017; em sentido semelhante, ver José Reinaldo Lima Lopes (cf. LOPES, José Reinaldo Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 122, maio/jul. 1994. p. 262).

⁴⁹ Apresenta, a esse propósito, José Reinaldo Lima Lopes a seguinte constatação: “se a função de planejamento é tão importante, convém esclarecer, todavia, que o Judiciário não está suficientemente aparelhado, do ponto de vista institucional, para interferir nessas questões, como parece, em geral, não estar culturalmente preparado, despreparo que compartilham os magistrados e a maior parte dos bacharéis” (cf. LOPES, José Reinaldo Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 122, maio/jul. 1994. p. 262).

⁵⁰ Cf. GONZÁLES BEILFUSS, Markus. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 82-83.

⁵¹ Cf. despacho proferido no MS-MC nº 34.474/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. *DJ*, 3 nov. 2016.

A adequada percepção sobre a extensão das conexões normativas, do impacto econômico de eventuais provimentos jurisdicionais e das demandas imanentes à responsabilidade fiscal tem ensejado, em experiências constitucionais estrangeiras, que juízes constitucionais sejam mais parcimoniosos e restritivos quanto ao conteúdo e às técnicas decisórias a serem aplicadas.⁵² Segundo Beifuss,⁵³ vem:

contribuindo, para o aumento de pronunciamentos pela inadmissibilidade de questões de inconstitucionalidade que postulam a ampliação de prestações públicas, assim como ao desenvolvimento de sentenças de tipo intermédio [...] que abordam a reparação da inconstitucionalidade mediante a participação do legislador e dos demais órgãos judiciais.

Ao se avaliar vias interpretativas e técnicas de decisão, faz-se presente a ideia de que, “se uma das opções implicar custos financeiros adicionais de magnitude relevante, não antecipados pelo legislador, que se mostrem suscetíveis de afetar negativamente o valor constitucional do equilíbrio orçamental, deverá ser excluída”.⁵⁴ Nesses termos, dada a complexidade do regime normativo em causa e de suas vinculações, é comum a adoção de fórmulas como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, o apelo ao legislador, bem assim a definição de prazo para reformulação legislativa da política pública, sob pena de sua invalidação.⁵⁵

8 Conclusões

1. Em matéria de políticas públicas, os membros da advocacia pública ocupam posição destacada no quadro político-institucional, assumindo papel fundamental à realização do princípio democrático. Desempenham qualificada assessoria jurídica no processo de formatação de ações e programas que decorrem da plataforma governamental vencedora no processo eleitoral. Respondem, assim, pelo fornecimento dos fundamentos jurídicos indispensáveis para sua consistente efetivação no seio da

⁵² Cf. BATTURINI, Daniele. Caratteri e tipologie delle sentenze additive di prestazione. In: BUTTURINI, D.; NICOLINI, M. *Tipologie e effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità: percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014. p. 72; também SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, [s.d.]. p. 448.

⁵³ Cf. GONZÁLES BEILFUSS, Markus. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 82.

⁵⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. II. p. 472; em sentido semelhante DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001. p. 212.

⁵⁵ Cf. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001. p. 220; 301.

sociedade. Ao exercerem a representação judicial e extrajudicial do Poder Público, promovem os advogados públicos a defesa jurídica de tais políticas em face das eventuais impugnações contra elas movidas. O conhecimento jurídico acumulado na tarefa de assessoramento é, nesse sentido, essencial para que a melhor argumentação seja produzida em favor do Poder Público, de suas políticas e, conseqüentemente, da democracia.

2. Desse modo, constitui a advocacia pública a função essencial à justiça que maior proximidade tem com o complexo regime normativo que ampara as políticas públicas. Essa característica institucional permite-lhe precisar as diferentes conexões normativas que envolvem seus diversos aspectos conformadores. Tal expertise constitui, portanto, precioso ativo em sede de controle de políticas públicas. Nesses casos, é contestada a constitucionalidade de disposições específicas, deduzindo-se pretensão restrita e seletiva voltada a obter a declaração de inconstitucionalidade parcial de determinado diploma normativo.
3. Ocorre que a inconstitucionalidade de determinado aspecto da política pública – como regra geral – acaba por afetar diversos outros componentes, *desequilibrando* ou *comprometendo* seriamente o conteúdo de outras disposições normativas, além da própria política como um todo. Nesses casos, se a inconstitucionalidade for decretada, cumpre cogitar de arguir perante o órgão judicante competente a inconstitucionalidade por *arrastamento* ou por *atração*, que determina a extensão dos efeitos da decisão a preceitos que revelem conexão ou interdependência com o comando normativo considerado contrário à Constituição. Cuida-se, nesses termos, de fórmula que viabiliza a proteção do patrimônio público e obsta a interferência em outras ações estatais relevantes ante o desequilíbrio financeiro gerado.
4. A adoção de tal fórmula decisória revela-se particularmente útil em casos de controle de constitucionalidade de políticas públicas que resultem em ampliação de despesas públicas. A declaração de inconstitucionalidade que produza tal efeito financeiro, parece claro, *compromete* todas as disposições normativas conexas, que foram elaboradas de modo a cumprir exigências decorrentes do *princípio da gestão orçamentária responsável*. Ora, se a decisão invalida preceito que institui restrição a determinado benefício ou introduz critério normativo que amplia os bens a serem fornecidos por determinado serviço público, é cabível a extensão dos efeitos da decisão dos dispositivos que definem limites de gastos para a respectiva finalidade, bem como instrumentos de ingresso financeiro que financiam as atividades que consubstanciam a política. Ou seja, as

- vinculações normativas que decorrem do seu regime jurídico determinam o reconhecimento da inconstitucionalidade por *arrastamento* ou por *atração*.
5. É inadmissível que o controle de constitucionalidade de políticas públicas seja obtuso a ponto de abstrair a complexidade que informa sua disciplina legal e restringir eventual declaração de inconstitucionalidade a determinado elemento da política pública. É indispensável que sejam tomadas em consideração todas as conexões que envolvem a disposição legal contestada de modo a se examinar o efetivo *comprometimento* ou *desequilíbrio* de outros diplomas e preceitos normativos que formam a política pública, com vistas a evitar excessos e desvios com recursos públicos. Esclarecer adequadamente esses aspectos perante os órgãos de justiça constitucional é, sobretudo, papel que compete à advocacia pública.
 6. A demonstração de todas as conexões e dos reflexos que delas decorrem, em termos de declaração de inconstitucionalidade, pode proporcionar, a exemplo de algumas experiências estrangeiras, maior conscientização sobre a autorrestrição que deve orientar o juiz constitucional em matéria de políticas públicas. E, desse modo, estimular o uso de categorias decisórias menos traumáticas e invasivas, como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, o apelo ao legislador e a concessão de prazo para edição de nova legislação. Cumpre, sobretudo, tornar claro que, nessa esfera, não é possível sentenças de inconstitucionalidade seletiva, em que a generosidade é judicial e os cortes orçamentários são perversidade administrativa.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *Brasil: o caminho longo e sinuoso*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/barroso-defende-reforma-eleitoral.pdf>. Acesso em: 5 out. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BATTURINI, Daniele. Caratteri e tipologie delle sentenze additive di prestazione. In: BUTTURINI, D.; NICOLINI, M. *Tipologie e effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità: percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Fac-símile da 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica: fundamentos para um método de análise de políticas públicas*. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 138, abr./jun. 1998.
- DERANI, Cristiane. Política pública e norma política. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 41, n. 0, 2004.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002.
- FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Interesse Público*, São Paulo, n. 44, 2007.
- GONZÁLES BEILFUSS, Markus. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- LEAL, Roger Stiefelmann. Pluralismo, políticas públicas e a Constituição de 1988: considerações sobre a práxis constitucional brasileira 20 anos depois. In: MORAES, Alexandre (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.
- LOPES, José Reinaldo Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 122, maio/jul. 1994.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade das leis*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade como técnica de decisão de omissão legislativa parcial e o cabimento de cautelar em casos de omissão parcial. *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1/17444, 1ª quinzena de 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Arts. 48 a 59. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Vander (Org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Discurso por ocasião da posse dos novos assistentes jurídicos*. Brasília, 22 mar. 2001. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.org.br>. Acesso em: 22 out. 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Discurso proferido por ocasião da transmissão do cargo de Advogado-Geral da União. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 1, n. 9, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2013. t. VI.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. t. I.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. II.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A advocacia de Estado e as novas competências federativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 129, jan./mar. 1996.

ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en la vía incidental. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 16, n. 48, set./dez. 1996.

SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, [s.d.].

TROPER, Michel. *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris: PUF, 2001.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Padova: Cedam, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. ristampa. Bologna: Il Mulino, 1989.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEAL, Roger Stiefelmann. Inconstitucionalidade das leis e regimes normativos complexos: possibilidades de atuação da advocacia pública em matéria de políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 147-167, abr./jun. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i84.1498.
