

Os Requisitos e o Alcance de Liminar Baseada em Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade de Direito da USP. Doutor em Direito pela Universidade de Paris. Professor Visitante da Universidade de Aix-en-Provence (França). Membro da Comissão Executiva da Associação Internacional de Direito Constitucional. Presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

I. Consulta

1. Submete-me a eminente Procuradora Geral do Município de São Paulo, Profa. Dra. Mônica Herman Salém Caggiano, uma consulta, com pedido de parecer, especialmente a propósito da validade e do alcance de medida liminar concedida pelo E. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Tal liminar deferida em ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Paulista de Medicina, Federação Nacional dos Médicos e Sindicato dos Médicos de São Paulo, suspende a implantação do chamado

PAS, Plano de Assistência à Saúde no Município de São Paulo (Lei nº 11.866/95, Dec. nº 35.664/95 e Dec. nº 35.726/95).

Preocupa-se igualmente a consulta com os aspectos substanciais da controvérsia. Entretanto, por motivos de premência de tempo, este trabalho não aborda senão os que acima se mencionam. Outro cuidará dos demais temas.

II. Análise da questão

2. Relata a r. decisão em exame que:

"As entidades Associação Paulista de Medicina, Federação Nacional dos Médicos e Sindicato dos Médicos de São Paulo promoveram a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei, sob o argumento de que a legislação municipal, editada para implantação do Plano de Assistência à Saúde no Município de São Paulo (Lei nº 11.866/95, Dec. nº 35.664/95 e Dec. 35.726/95) padece de vício de inconstitucionalidade, por várias razões. Apontam os autores a inobservância dos princípios licitatórios, lesão ao erário público, desvio da responsabilidade direta na assistência à saúde, invasão na ordem legislativa, discriminação de servidores, violação do princípio de isonomia, destinação indevida de recursos públicos. O fundamento utilizado, assim, foi a violação da prestação direta de serviços públicos de saúde, ao que se incumbe o Município."

Observe-se, desde logo, que os fundamentos invocados, como base para uma ação de inconstitucionalidade, causam estranheza e desde logo sugerem o vício de impossibilidade jurídica do pedido. Com efeito, ação direta de inconstitucionalidade não é substituto de ação popular, ou de ação civil pública, que são próprias para discutir lesividade, inconveniência, lesão de interesses coletivos... nem servem de meio para questionar pura e simplesmente aspectos relativos à legalidade de decretos e atos de execução de leis...

3. O r. despacho em tela formula, depois do resumo transcrito, várias considerações gerais, em que, sobretudo, reconhece "processualmente possível o prosseguimento, para apreciação do Egrégio Órgão Especial", da ação direta.

Anuncia, então, entrar, em seguida, no exame dos pressupostos da liminar, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*.

4. O *periculum in mora* é assim justificado:

"As considerações contidas na inicial são suficientes para deixar claro que a implantação do sistema de assistência à saúde (PAS) é bastante complexa e, no campo jurídico, abre-se um leque em direção a vários aspectos. O fato relevante e, pode-se dizer, fundamental para os resultados pretendidos pela Municipalidade, é a constituição das denominadas 'cooperativas de saúde', a respeito das quais pendente questionamento para o exame do mérito".

E adiante:

"Se não for concedida a liminar nesta ação, a implantação do PAS acarretará a celebração de convênios, a filiação de médicos servidores, a remoção de outros que, por entenderem ilegal o ato, ingressarão com os processos próprios. Enfim, poderá ser criada uma situação de fato que, ao depois, na hipótese de procedência da ação, grandes prejuízos serão experimentados e o resultado não será que não o ingresso de ações diversas."

5. Para concluir, a decisão:

"Em face do exposto, é recomendável que a implantação definitiva do PAS, referido na lei e decretos especificados na inicial, aguarde a efetiva prestação jurisdicional desta ação, prosseguindo-se o feito com as comunicações necessárias."

6. Não, não se omitiu nesta análise a apresentação dos fundamentos jurídicos – o *fumus boni juris*. Quem os omitiu, quem não tocou no assunto, foi o r. despacho!

É surpreendente, mas verdadeiro.

"Quandoque bonus dormitat Homerus"...

III. Invalidade da Liminar

7. Resulta do exposto que a liminar concedida se apóia simplesmente num juízo de (in) conveniência, não de juridicidade. Entretanto, em nosso sistema Constitucional, num sistema de separação de poderes, não é dado ao magistrado apreciar, simplesmente, o mérito de uma decisão administrativa, independentemente de sua constitucionalidade ou ilegalidade. O juiz não pode – lembre-se uma verdade acadiana – suspender a execução de uma lei, e da regulamentação desta, apenas e tão-somente porque a entende inconveniente. Ora, é isto – data venia – que decorre da decisão analisada.

8. Mas a decisão é inválida. Basta lembrar dois aspectos singelos.

O primeiro concerne exatamente ao desprezado *fumus boni juris*.

É pacífico na doutrina (como na jurisprudência) ser requisito de toda liminar essa "aparência do bom direito". É o que aponta, por todos, Galeno de Lacerda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, livro VIII, tomo I, 2ª. ed., 1981, p. 70 e outras), que o considera inscrito no art. 798 do CPC (id., p. 158)

Ora, se assim é, a falta de demonstração desse *fumus* – falta absoluta – vicia a decisão. Invalida-a.

9. Por outro lado, é inerente à decisão judicial a motivação. Trata-se de verdade tão corriqueira que dispensaria demonstração.

Entretanto, lembre-se que essa exigência tem caráter constitucional. Está, com efeito, no art. 93, IX da Constituição Brasileira:

"Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes." (grifei)

A falta desta motivação – e, reitero-se, não existe na decisão a mais tênue justificação jurídica – importa em vício da decisão, mais precisamente em nulidade, como está expresso no texto constitucional.

10. Por outro lado, mesmo que não existisse o texto explícito acima apontado, ainda assim haveria inconstitucionalidade na falta de motivação.

Realmente, a exigência de motivação inclui-se no "devido processo legal" que consagra a Lei Magna, expressamente no art. 5º LIV, implicitamente no inciso LV do mesmo artigo.

11. Na verdade, a exigência de motivação já estava presente no direito infraconstitucional anterior à Carta vigente.

É o que resulta do Código de Processo Penal, art. 381, III, e do Código de Processo Civil, art. 165 etc.

Por isso, já ensinava a Profa. Ada Pellegrini Grinover:

"Afora os casos extremos em que a carência de motivação pode levar à própria inexistência da sentença..., os demais vícios inerentes à falta ou deficiência de motivação levam à nulidade" ("O conteúdo da garantia do contraditório" em *Novas Tendências do Direito Processual*, Forense Univ., Rio de Janeiro, 1990., p. 36).

Nesse sentido é a jurisprudência. Pode-se citar como exemplo uma decisão bem conhecida do Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso análogo (pois trata de liminar):

"É nula a decisão não fundamentada de juiz que concede liminar em mandado de segurança; e a decretação dessa nulidade pode ser feita de ofício pelo tribunal..." (RJTJESP 130/340, grifei).

12. Mais. Se isso não bastasse, considere-se o art. 97 da Constituição Brasileira:

"Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou dos membros do respectivo órgão especial, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público."

"Assim, no plano de uma ação direta de inconstitucionalidade, que é da competência do Tribunal de Justiça, não é dado ao magistrado isolado, mesmo ao Presidente do Tribunal, tomar decisão que importe em reconhecimento – ainda que preliminar e provisório – da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. É a Constituição que o determina."

13. Acrescente-se que vai contra o bom senso a possibilidade de reconhecimento antecipado, baseado em mera "fumaça", de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo regularmente editado.

Quanto a isto, a demonstração é simples.

A norma regularmente definida pelo Poder competente presume-se constitucional. Somente, portanto, depois do transcorrer do processo, com o contraditório, é que cabe fulminá-la como inválida. O contrário importaria em precipitação. Absurdo é, portanto, admitir que uma liminar (e individual) possa suspender a eficácia, por inconstitucionalidade, de lei e atos normativos formalmente válidos.

Vale recordar a sábia e prudente lição de Maximiliano:

"Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo"(Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 5ª. Ed., 1951, p. 366).

IV. Alcance da liminar

14. Pondo-se de lado o aspecto de validade da liminar, coloca-se importante questão quanto ao seu alcance. Os efeitos desta retroagem à data da lei inquinada – são *ex tunc* – ou, ao invés, são *ex nunc*, partem da publicação da decisão.

O problema deriva do fato de que, na jurisprudência brasileira – e para a maioria da doutrina nacional – o ato inconstitucional é nulo e írrito, daí ser a declaração de inconstitucionalidade retroativa, ter efeitos *ex tunc*, como se usa dizer.

Disto deriva a tese de que a liminar numa ação direta de inconstitucionalidade que reconhecesse este vício, teria efeitos retroativos, pois, importando no reconhecimento da inconstitucionalidade – conseqüentemente da nulidade do ato – deveria também remontar, em seu efeito nulificador, à prolação do mesmo.

15. Mas não se pode dar o mesmo efeito a uma liminar, sempre *si et in quantum*, e a uma decisão definitiva. A decisão definitiva, tomada com respeito ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo, pode ter efeito *ex tunc*. A decisão liminar, nunca.

Várias razões justificam a distinção. A primeira é a índole provisória da decisão em contraste com a dignidade da norma legal. A segunda é o condenável caráter antecipativo que assumiria ela nesse quadro.

Por isso, a liminar numa ação direta de inconstitucionalidade, se admissível, não pode ter senão efeitos *ex nunc*, jamais remontar *ex tunc* à edição da lei ou ato normativo atingidos. Há de respeitar, em conseqüência, todos os atos anteriormente praticados em decorrência das normas acusadas de inconstitucionalidade.

16. Observe-se que, no caso em debate, a r. decisão não reconhece sequer uma (tênue) "fumaça" de inconstitucionalidade. Apenas julga oportuno e conveniente sustar a execução da lei e normas regulamentadoras do PAS.

Em consequência, despropositado dar a ela um alcance retroativo que de modo algum nela se inscreve.

17. Por tudo isso, não se pode ter dúvida em concluir que os atos praticados anteriormente à publicação do r. despacho do E. Presidente do Tribunal de Justiça, não são atingidos pela mesma. Permanecem de pé, pelo menos, até a decisão final da questão, (quando sua constitucionalidade deverá ser – é minha opinião, antecipada, quanto ao mérito – reconhecida).

É o meu parecer.

São Paulo, 31 de janeiro de 1996.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO