

**DOCTRINA**

## O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA TEORIA DOS PODERES NEUTRAIS

Alexandre Santos de Aragão\*

*La justice n'en est pas moins le rêve intense de notre raison, amoureuse d'égalité et symétrie; mais à combien d'amours de nos coeurs elle s'oppose! La beauté, le génie, la gloire, autant d'injustices.<sup>1</sup>*

Gabriel Tarde, 1892

**I – Introdução. II – A Teoria Dos Poderes Neutrais Do Estado. III – O Controle Abstrato De Constitucionalidade E O Princípio Da Separação Dos Poderes. IV – A Imparcialidade Do Stf No Exercício Das Faculdades Conferidas Pelo Artigo 27 Da Lei N° 9.868/99. V – Conclusão.**

### I – INTRODUÇÃO

O controle abstrato da constitucionalidade das leis revela uma faceta do Estado Democrático de Direito que não se adapta com facilidade aos seus moldes originários oitocentistas. Busca-se a todo custo moldar a função estatal de controle abstrato da constitucionalidade aos paradigmas de uma separação de poderes teórica e idealizada. Demonstração flagrante desta distorção é a conceituação do controle de constitucionalidade como poder legislativo negativo, caracterização que fica bem aquém das funções efetivamente exercidas pelas Cortes Constitucionais contemporâneas, que têm uma posição pró-ativa na proteção e promoção dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Se a peculiaridade da função de controle abstrato da constitucionalidade das leis já era *de per se* evidente, o artigo 27 da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, veio corroborá-la ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal – STF o mister de, ao declarar a inconstitucionalidade em via abstrata, fixar os efeitos da sua decisão. Vejamos:

\* Professor-Assistente do Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes. Professor da Pós-Graduação em Direito do Estado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – U.E.R.J. Professor da Pós-Graduação em Direito Econômico Internacional da PUC/RJ. Mestre em Direito Público pela U.E.R.J. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro (alexaragao@zipmail.com.br).

<sup>1</sup> Excerto constante da coletânea organizada por Simone Goyard-Fabre e René Sève, *Les Grandes Questions de la Philosophie du Droit*, Ed. Presses Universitaires de France – PUF, 2.ª ed., Paris, 1993, p. 246.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Note-se que, além da possibilidade já existente de o STF retirar do mundo jurídico lei que entenda inconstitucional, a Lei n.º 9.868/99 lhe atribui a competência para (a) restringir os efeitos (não apenas temporais, aos quais a Lei dá tratamento específico: "ou decidir que ela só tenha eficácia...") do seu juízo de inconstitucionalidade; e (b) para fixar o momento a partir do qual a declaração de inconstitucionalidade terá eficácia, que poderá ser a data do trânsito em julgado, um momento a ela anterior ou mesmo posterior<sup>2</sup> (é o que se infere da expressão "de outro momento que venha a ser fixado").

O objetivo do presente ensaio não é proceder à análise hermenêutica dos pormenores do dispositivo legal acima transcrito ou aferir a sua constitucionalidade, tarefas às quais já se dedicaram trabalhos específicos. Pretendemos, outrossim, trazer a contribuição da vetusta, porém em constante evolução, Teoria dos Poderes Neutrais do Estado, como forma de esclarecer as perplexidades que o alargamento dos poderes do Supremo Tribunal Federal – STF pela Lei n.º 9.868/99 tem trazido aos operadores do Direito Constitucional.

Para tanto, abordaremos a concepção e evolução da Teoria dos Poderes Neutrais e a subsunção das Cortes Constitucionais ao seu atual perfil (Tópico II). Feito isto, demonstraremos a atipicidade do controle abstrato de constitucionalidade das leis em relação à tradicional classificação tripartite dos poderes estatais (Tópico III) e a neutralidade que o Supremo Tribunal Federal deve ter frente aos interesses do Estado (Tópico IV).

A Teoria dos Poderes Neutrais do Estado, longe de ter importância apenas teórica para a compreensão do artigo 27 da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, possui grande relevância prática, uma vez que, ao identificar a natureza das funções e a posição do Supremo Tribunal Federal - STF no arcabouço institucional brasileiro, deixando clara a neutralidade que deve possuir em relação aos interesses privados e estatais, contribui para

<sup>2</sup> Note-se que esta possibilidade – fixação da eficácia da declaração de inconstitucionalidade para momento posterior ao do seu trânsito em julgado – não seria estranha à Teoria Constitucional e ao Direito Comparado, mormente ao alemão, de notória influência sobre os idealizadores da Lei n.º 9.868/99. A este respeito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho denota que na Alemanha o Tribunal Constitucional pode "manter em vigor por certo tempo a norma inconstitucional, dando tempo para que o Parlamento a substitua por outra, essa constitucional" (*O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade*, RDA, 22/06).

determinar os parâmetros pelos quais deverá se pautar para exercer os seus crescentes poderes, principalmente no atual momento, em que há o temor de que o STF faça prevalecer os interesses econômicos do Estado ao fixar os efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade, mormente em matéria econômica e tributária.<sup>3</sup>

## II – A TEORIA DOS PODERES NEUTRAIS DO ESTADO

No advento da Revolução Francesa, acreditava-se que apenas os órgãos da soberania popular, ou seja, os mandatários eleitos, poderiam levar a vida em sociedade a bom termo. Logo, porém, foi verificada a necessidade da criação de órgãos estatais com autonomia de gestão e independência funcional para, fora do círculo político-eleitoral, controlar e equilibrar as relações entre os titulares dos cargos eletivos para assegurar a observância dos valores maiores da coletividade. Surgiram, então, os poderes neutrais do Estado, que abrangem realidades díspares, desde as cortes constitucionais às agências reguladoras independentes, passando pelos tribunais de contas, conselhos com sede constitucional, etc.<sup>4</sup>

O que há em comum a todos estes órgãos, que, sem dúvida, possuem escala de autonomia variável, é o (1) caráter não eletivo do provimento dos seus titulares, (2) a natureza preponderantemente técnica das suas funções e (3) a independência, ou seja, a ausência de subordinação aos poderes políticos eletivos do Estado<sup>5</sup> como forma de propiciar o (4) exercício imparcial das suas funções em relação aos diversos interesses particulares que estiverem em jogo, aos interesses do próprio Estado do qual fazem parte e à vontade majoritária da sociedade tal como expressa por seus representantes.

Estes poderes neutrais do Estado, insensíveis ao menos imediatamente às mudanças político-eleitorais, longe de serem antinômicos à democracia em razão da possibilidade de contradição com as forças políticas majoritárias, asseguram o pluralismo no seio do Estado sem retirar totalmente os poderes do Chefe do Poder Executivo e do Poder

<sup>3</sup> Trata-se especialmente do receio de que as declarações de inconstitucionalidade de leis tributárias oneradoras nunca venham a ter efeitos retroativos, impossibilitando, assim, a repetição do indébito.

<sup>4</sup> Para uma classificação dos diversos poderes neutrais, ver Fichmüller, *apud* José Manuel Sala Arquer, *El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes*, Revista Española de Derecho Administrativo – REDA, vol. 42, 1984.

<sup>5</sup> "A independência é a garantia da neutralidade. Através daquela, esta se faz efetiva na prática" (José Manuel Sala Arquer, *El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes*, Revista Española de Derecho Administrativo – REDA, vol. 42, 1984).

Legislativo. São, com efeito, uma feliz combinação do pluralismo com o princípio majoritário.

A Teoria dos Poderes Neutrais não é nova, devendo grande parte da sua construção a BENJAMIN CONSTANT<sup>6</sup> e a CARL SCHMITT<sup>7</sup>. Todavia, a sua importância só veio a ser notada com maior intensidade pela pena da mais moderna doutrina alemã, sobretudo através de FICHTMÜLLER<sup>8</sup>, italiana, com destaque para MICHELA MANETTI<sup>9</sup> e SILVIA NICCOLAI<sup>10</sup>, e espanhola, na qual JOSÉ MANUEL SALA ARQUER<sup>11</sup> merece especial citação por seu pioneirismo, que livraram a Teoria dos Poderes Neutrais das concepções autoritárias que permearam a sua origem<sup>12</sup>, transformando-a em importante instrumento para a compreensão da complexidade estatal e social em que vivemos.

Observa CARL SCHMITT que as divergências entre os poderes políticos, potencializadas pelo pluralismo das sociedades contemporâneas, devem ser *"resolvidas por um organismo que não lhes é superior, mas sim coordenado, isto é, por um terceiro neutro – e então estaremos diante de um poder neutro, um pouvoir neutre et intermédiaire, que não está situado sobre, mas no mesmo nível dos demais poderes constitucionais, ainda que incumbido de especiais atribuições e de possibilidades de intervenção. (...) A respeito da Teoria do Poder Neutro, esta posição se reveste de particular interesse, uma vez que a função peculiar do terceiro neutro não consiste em uma atividade contínua, imperante e regulamentadora, mas fundamentalmente em uma atuação mediadora, tutelar e reguladora, que apenas em casos de necessidade deve se produzir ativamente, porque não deve competir com os demais poderes ao expandir os seus próprios poderes, e o exercício destes deve ser, por natureza, normalmente sereno e cauteloso"*.<sup>13</sup>

Atualizando estes ensinamentos à nossa realidade político-constitucional, JOSÉ MANUEL SALA ARQUER<sup>14</sup> observa que *"na existência de centros de decisão*

*autônomos e independentes, que representam a objetividade e imparcialidade própria dos especialistas"*, SCHMITT vê o contrapeso necessário ao Estado pluralista de partidos, que em sua descrição se apresenta sistematicamente como o *"débil Estado das coalizões partidárias"*. A idéia de neutralidade se estende assim a uma série de casos, que em última instância se resumem *"na grande tradição da burocracia profissional alemã"*. (...) Pois bem, despojado de suas aderências antidemocráticas — ou, mais exatamente, antiparlamentares — o conceito de neutralidade, tal como foi definido e sistematizado por SCHMITT, se encontra presente nos estudos que, mais recentemente, mantêm a compatibilidade do sistema de governo parlamentar com *"âmbitos livres do controle ministerial"*. Assim, na classificação que dos mesmos leva a cabo FICHTMÜLLER, se inclui o *"executivo neutralizado politicamente"*; *"neutralidade significa, neste contexto — diz esse autor — a retirada do sistema de decisão por majorias, a exclusão da influência dominante das forças políticas"*.

MICHELA MANETTI denota que, ante a difusão de interesses políticos e sociais contrapostos, *"o ordenamento reagiu criando uma espécie de anticorpos, ou seja, alguns novos organismos que devem — em âmbitos determinados — substituir a decisão político-partidária por aquelas técnico-neutras"*.<sup>15</sup>

Condensando as características dos poderes neutrais, SILVIA NICCOLAI os conceitua como *"aquelas instituições destinadas a tutelar valores frente à direção política (indirizzo político) do Estado, e que, em consequência, situam-se em área distinta da dos órgãos titulares das funções de direção política"*.<sup>16</sup> Não se trata de afirmar que as funções dos poderes neutrais sejam desvestidas de qualquer matiz político,<sup>17</sup> mas o que é mais importante para a sua caracterização não é *"o caráter substancialmente não político das suas decisões, mas o caráter formalmente não político destas"*, o que é evidenciado pelo caráter não eletivo dos seus titulares, pelos requisitos impostos à sua nomeação, pela independência e pela fundamentação técnica imposta às suas decisões — no caso dos Tribunais Constitucionais, argumentação e técnica de decisão jurídicas, jungidas aos valores constitucionais.<sup>18</sup>

<sup>6</sup> *Princípios Políticos Constitucionais*, trad. Aurélio Wander Bastos, Ed. Liber Juris, Rio de Janeiro, 1989.

<sup>7</sup> A primeira vez que Carl Schmitt tratou da matéria foi em conferência realizada na Câmara de Indústria e Comércio de Berlim em 1930 — *Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates* — cujo conteúdo foi integrado à obra *La Defensa de la Constitución*, trad. Manuel Sanches Sarto, Ed. Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1998 (cf. Michela Manetti, *Poteri Neutrali e Costituzione*, Ed. Giuffrè e Departamento de Teoria do Estado da Universidade de Roma, Milão, 1994, p. 02).

<sup>8</sup> *Zulässigkeit ministerialfreier Raums in der Bundesverwaltung*, "AÖR", 1996, pp. 297 a 355.

<sup>9</sup> *Poteri Neutrali e Costituzione*, Ed. Giuffrè e Departamento de Teoria do Estado da Universidade de Roma, Milão, 1994.

<sup>10</sup> *I Poteri Garantiti della Costituzione e le Autorità Indipendenti*, Edizioni ETS, Pisa, 1996.

<sup>11</sup> *El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes*, Revista Española de Derecho Administrativo — REDA, vol. 42, 1984.

<sup>12</sup> Referimo-nos à preponderância que Benjamin Constant e Carl Schmitt davam, respectivamente, ao Monarca e ao Presidente do Reich como poderes neutrais de certa forma árticos dos demais poderes do Estado.

<sup>13</sup> *La Defensa de la Constitución*, trad. Manuel Sanches Sarto, Ed. Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1998, pp. 213 a 220.

<sup>14</sup> *El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes*, Revista Española de Derecho Administrativo — REDA, vol. 42, 1984.

<sup>15</sup> *Poteri Neutrali e Costituzione*, Ed. Giuffrè e Departamento de Teoria do Estado da Universidade de Roma, Milão, 1994, p. 03.

<sup>16</sup> *I Poteri Garantiti della Costituzione e le Autorità Indipendenti*, Edizioni ETS, Pisa, 1996, p. 29.

<sup>17</sup> "Toda decisão de atuação da Constituição é política, ainda que não proveniente de órgãos de direção (política), já que determina o conteúdo da Constituição" (Silvia Niccolai, *I Poteri Garantiti della Costituzione e le Autorità Indipendenti*, Edizioni ETS, Pisa, 1996, p. 99).

<sup>18</sup> Silvia Niccolai, *I Poteri Garantiti della Costituzione e le Autorità Indipendenti*, Edizioni ETS, Pisa, 1996, pp. 53/4.

Não se infira, contudo, da característica de "controlador" (garanti) dos poderes neutrais que as funções por eles exercidas sejam apenas de caráter/controlar negativo sobre os órgãos políticos do Estado, consubstanciando-se também em convalidação e fortalecimento nos casos em que seja afirmada a validade dos seus atos. "Os valores constitucionais e os órgãos incumbidos da sua proteção nascem para proteger a política, para conferir-lhe um sentido, já que, contemporaneamente, a política sem valores é incapaz de fundamentar uma ordem social".<sup>19</sup>

A independência assegurada aos órgãos neutrais do Estado é uma relação qualificada com os bens e valores que tutelam ou expressam, que os separa de tudo o que não for a eles concernente. Na independência, portanto, estão ínsitos traços de sujeição a estes bens e valores, que se agregam à autoridade neutral, podendo-se dizer haver "uma relação de fundamentação, ou uma relação hierárquica imprópria, entre os valores tutelados e os órgãos neutrais, relação que produz a liberdade dos órgãos para atuar na proteção destes valores, o que lhes dá autoridade porque demonstra que os órgãos independentes pertencem ao ordenamento no qual, juntamente com os valores tutelados, estão inseridos valores que também são comuns aos destinatários das atividades dos órgãos independentes".<sup>20</sup>

### III - O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Primeiramente devemos desmistificar a suposta "novidade" que os Poderes/Órgãos Neutrais, independentes e com funções próprias atípicas, representam para a separação de poderes.

Devemos observar que a doutrina de Montesquieu, além de ter sido objeto de interpretações radicais e absolutas, não contempladas pelo próprio autor, nunca foi aplicada em sua inteireza.<sup>21</sup>

Ademais, não existe "uma separação de poderes", mas muitas, variáveis segundo cada direito positivo e momento histórico diante do qual nos colocamos.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> *Idem*, pp. 103/4.

<sup>20</sup> *Idem*, pp. 108, 145 e 146. "No caso dos poderes instituídos pela própria Constituição, esta sujeição já está implícita no fato dos órgãos independentes e respectivos destinatários possuírem a mesma ordem fundante" (ob. e p. cit.).

<sup>21</sup> Cf. Reinhold Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, Fundação Calouste Gulbenkian, 3.ª ed., 1997, trad. Karin Praefcke-Aires Coutinho, Coordenação de J. J. Gomes Canotilho, p. 416.

<sup>22</sup> *Ibid.*

Se retirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio da separação dos poderes, ele poderá, sem perder a vitalidade, ser colocado em seus devidos termos, que o configuram como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais.

O Princípio da Separação dos Poderes não pode levar à assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá necessariamente apenas uma das três funções tradicionalmente consideradas – legislativa, executiva e judicial. E mais, dele também não se pode inferir que todas as funções do Estado devam sempre se subsumir a uma destas espécies classificatórias.<sup>23</sup>

As considerações de KARL LOEWENSTEIN<sup>24</sup> a respeito da forma com que o princípio da separação dos poderes deve ser hodiernamente focado são, neste sentido, muito esclarecedoras:

"O que na realidade significa a assim chamada 'separação de poderes' não é, nada mais nada menos, que o reconhecimento de que, por um lado, o Estado tem que cumprir determinadas funções – o problema técnico da divisão do trabalho – e que, por outro, os destinatários do poder sejam beneficiados se estas funções forem realizadas por diferentes órgãos: a liberdade é o *telos* ideológico da teoria da separação de poderes. (...) O que, comumente, ainda que erroneamente, se costuma denominar como a separação dos poderes estatais é na verdade a distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado. O conceito de "poderes", apesar de estar profundamente enraizado, deve ser entendido neste contexto de uma maneira meramente figurativa."

Também SANTI ROMANO,<sup>25</sup> já no início do século passado, assinalava que "pode haver, com diversas finalidades e características jurídicas, uma série de órgãos fora de quaisquer dos poderes. (...) São órgãos que, sob certos aspectos, devem ser

<sup>23</sup> "Como são também variadíssimos os modos possíveis de expressão do poder político, cada um deles se desdobra numa determinada função a ser exercida, de sorte que passam a existir inúmeras modalidades de funções políticas possíveis, numa lista em aberto que resiste a todos os esforços de categorização que as esgotem. Assim, acrescentam-se incessantemente às funções constitucionalizadas – a normativa, a administrativa e a jurisdicional – novas outras funções constitucionais, como a para-normativa (ex.: art. 217, I, CF), a para-administrativa (ex.: art. 177, § 2º, CF), a para-jurisdicional (ex.: 217, § 1º, CF), a fiscalizadora (ex.: 129, I e II, CF), a provocativa (ex.: art. 71, XI, CF), a participativa (ex.: art. 74, § 2º, CF), a defensiva ou hüberliana (art. 103, I a IX, CF), e tantas outras mais que venham a ser caracterizadas na lei ou na doutrina juspublicista" (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Algumas Notas sobre Órgãos Constitucionalmente Autônomos – Um Estudo de Caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil*, RDA, 223/08, grifamos).

<sup>24</sup> *Teoría de la Constitución*, Ariel, 1986, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, pp. 55/6.

<sup>25</sup> *Il Diritto Pubblico Italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 114.

considerados órgãos únicos; sob outros, ao revés, podem ser considerados como um complexo de órgãos, ou melhor, como órgãos complexos."

Ilidindo quaisquer perplexidades, o clássico JEAN DABIN,<sup>26</sup> com percuciência, asseverou: "Se idealmente fundada a distribuição de funções entre instituições ou órgãos distintos e independentes, ela não possui, todavia, senão um valor de meio, não de um dogma, o que vale dizer que o princípio comporta uma série de exceções. As exceções serão justificadas, em primeiro lugar, toda vez que razões de interesse geral as imponham. A hipótese é bastante freqüente, mas sempre especial. Normalmente, por outro lado, do ponto de vista teórico, a solução derogatória é aplicada ou pela história das instituições ou por considerações de oportunidade."

Assim podemos encarar realisticamente, sem dogmas, a atipicidade do controle abstrato da constitucionalidade sem termos que defini-lo como uma espécie de atividade legislativa – atividade legislativa negativa –, principalmente após o advento da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, que em seu artigo 27 lhe deu novos contornos, bem distantes do que poderíamos esperar de um simples "legislador negativo".

#### IV – A IMPARCIALIDADE DO STF NO EXERCÍCIO DAS FACULDADES CONFERIDAS PELO ARTIGO 27 DA LEI N.º 9.868/99

Colocados estes pressupostos, vemos que a própria razão da existência dos poderes neutrais do Estado e das suas respectivas funções, típicas ou atípicas face à tradicional tripartição de poderes, é a necessidade de distanciamento dos interesses titularizados nos órgãos e poderes político-eletivos do Estado.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal, ao restringir os efeitos das suas declarações de inconstitucionalidade em sede abstrata e ao fixar a eficácia destas decisões, deverá se pautar por uma racional e proporcional ponderação de interesses, não lhe sendo dado partir *a priori* da prevalência de um metafísico "interesse público" consubstanciado na preservação dos interesses econômicos do Estado.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> In *Doctrine Générale de l'État*, Bruylant e Sirey, Bruxelas e Paris, 1939, pp. 284/5, grifamos.

<sup>27</sup> A distinção entre interesse público primário – da coletividade em geral – e interesse público secundário – do próprio Estado – não é relevante para o tema tratado, uma vez que o STF deverá diante dos dois manter a mesma neutralidade e imparcialidade, razão pela qual aludimos a ambos indistintamente.

Não estamos a afirmar que o Supremo Tribunal Federal, ao exercer a competência fixada no artigo 27 da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, não se deva pautar pelo que ARTURO HOYOS denomina de Princípio da Prudência, segundo o qual "na tarefa de interpretação constitucional o juiz constitucional deve atuar com prudência, não perdendo de vista as conseqüências das suas interpretações. Uma das premissas sobre as quais repousa este Princípio indica que a Constituição não é, como enfatizado pela Suprema Corte dos E.U.A. (*Kennedy vs. Mendoza-Martinez*, 1963), um "pacto suicida", mas, ao contrário, um pacto que torna possível a convivência social e, por isso, a interpretação constitucional, para manter a vigência e utilidade social, deve permitir a sobrevivência e a prosperidade da sociedade".<sup>28</sup>

Também KARL LARENZ prelecionou que "ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estatal e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, pereat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das conseqüências é, portanto, de todo irrenunciável".<sup>29</sup>

As cautelas impostas pelo Princípio da Prudência não significam, todavia, a preponderância *a priori*, ou seja, independentemente de qualquer ponderação, do interesse público e/ou estatal, até porque muitas vezes a prudência imporá a prevalência de interesses e direitos dos indivíduos em detrimento dos interesses econômicos ou tributários imediatos do Estado, diante do qual, frisamos, o Supremo Tribunal Federal - STF tem a sua neutralidade não só assegurada como imposta constitucionalmente. Note-se que o próprio KARL LARENZ adverte que a avaliação das conseqüências das decisões do Tribunal Constitucional deve ser pautada pela "manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito".

Também não sustentamos que o Supremo Tribunal Federal – STF deva desconsiderar no seu mister o "interesse público", identificado, na dicção do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, ao "interesse social".<sup>30</sup> Uma coisa é "considerar" para efeito de ponderação os interesses públicos, estatais e/ou sociais, outra é partir da sua suposta (e inexistente) preponderância principiológica.

<sup>28</sup> *La Interpretación constitucional*, Ed. Temis, Bogotá, 1998, p. 31-32.

<sup>29</sup> *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, 3.ª ed., 1997, p. 517.

<sup>30</sup> Para a distinção (ou melhor seria dizer "confusão"?) entre interesse público e termos semelhantes como interesse social, interesse geral, interesse nacional, etc., ver Luis de la Morena y de la Morena, *apud* Fábio Medina Osório, *Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro?*, RDA, 220/69-107.

Neste sentido, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal - STF em acórdão da lavra do Ministro CELSO DE MELLO:

"Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade – não se legitimam com o argumento idôneo de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público. Precedentes".<sup>31</sup>

Também o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, certa feita, afirmou:

"Verdadeiramente inconciliável com o Estado de Direito e a garantia constitucional da jurisdição seria impedir a concessão ou permitir a cassação da segurança concedida, com base em motivos de conveniência política ou administrativa, ou seja, a superposição ao direito do cidadão das "razões de Estado".<sup>32</sup>

Devemos ter em vista que "o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. (...) Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma 'conexão estrutural'. (...) Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de conflito". Daí a afirmação de HÄBERLE: "Eles comprovam a nova, aberta e móvel relação entre ambas as medidas".<sup>33</sup>

E mais, em uma sociedade complexa e pluralista não há apenas um interesse público, mas muitos (combate ao déficit público, regras preestabelecidas para propiciar maior segurança jurídica, confiabilidade no sistema tributário nacional, melhoria e ampliação dos serviços públicos, atração de investidores estrangeiros, possibilidade de adaptação das regras a circunstâncias supervenientes, etc.),<sup>34</sup> o que leva ODETE MEDAUAR a observar que "a uma

<sup>31</sup> RE-269437 / SP (fonte [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).

<sup>32</sup> AGRSS-1149 / PE (fonte [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).

<sup>33</sup> Humberto Bergmann Ávila, *Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular"*, constante da obra coletiva, organizada por Ingo Wolfgang Sarlet, *O Direito Público em Tempos de Crise*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, pp. 111/2.

<sup>34</sup> "É possível, porém, identificar um interesse público universal, essencial? Curvar-se à retórica do interesse público, sem atentar para a existência de uma multiplicidade de interesses públicos, é submeter-se a um discurso político perverso e dissimulador" (Conrado Hübner Mendes, *Reforma do Estado e Agências Reguladoras*, constante da obra coletiva *Direito Administrativo Econômico*, coordenada por Carlos Ari Sundfeld, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 104, grifos nossos).

concepção de homogeneidade do interesse público, segue-se, assim, uma situação de heterogeneidade; de uma idéia de unicidade, passou-se à concreta existência de multiplicidade de interesses públicos. A doutrina contemporânea refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação. Menciona-se a indeterminação e dificuldade de definição do interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera crise na sua própria objetividade".<sup>35</sup>

O Supremo Tribunal Federal, ao exercer o controle abstrato de constitucionalidade e ao fixar os efeitos das decisões proferidas (art. 27, Lei n.º 9.868/99), deve buscar satisfazer os interesses contemplados, às vezes contraditoriamente, no ordenamento jurídico – não um "interesse público" geral e metafísico –, compondo os interesses do próprio Estado; dos indivíduos; dos contribuintes; dos agentes econômicos; dos consumidores; da coletividade em geral; os interesses públicos setoriais e pontuais<sup>36</sup>; os interesses difusos e coletivos, etc.<sup>37</sup>

Como percebe EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA,<sup>38</sup> "todo o Direito público está protagonizado simultaneamente por entes públicos e por sujeitos privados. Em todos os âmbitos do Direito, que é sempre intersubjetivo, se produz um enfrentamento, seja no sentido mais formal da expressão, ou no sentido de que cada um dos sujeitos persegue fins ou interesses próprios. Mas é missão do Direito articular, sobre esse enfrentamento entre os distintos sujeitos, um ponto de equilíbrio em que cada qual há de receber "o seu". No Direito público esse ponto de equilíbrio é especialmente comprometido e dramático. O sujeito público é, por sua própria essência, uma *potentior persona*, uma pessoa mais poderosa, que tende naturalmente à supremacia e à imposição. Todavia, se o Direito público há de ser efetivamente Direito, não pode renunciar a essa meta de obter e de conseguir um equilíbrio".

<sup>35</sup> *O Direito Administrativo em Evolução*, Ed. RT, São Paulo, 1992, pp. 181/2.

<sup>36</sup> Para uma classificação dos diversos interesses públicos, ver Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Ed. Giuffrè, 3.ª ed., Milão, 1993, pp. 113 a 117.

<sup>37</sup> A doutrina destaca a importância dos ritos procedimentais como a sede adequada para que se proceda a uma adequada e pluralista ponderação dos diversos interesses públicos e privados envolvidos (Maria Alessandra Stefanelli, *La Tutela dell'Utente di Pubblici Servizi*, Ed. CEDAM, Padova, 1994, p. 56). Note-se que, neste Particular, a Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, avançou ao abrir o processo de controle de constitucionalidade a outras autoridades e órgãos, além das partes e intervenientes obrigatórias das ações declaratórias de inconstitucionalidade (*arg. ex* artigos 7.º, § 2.º, e 9.º, §§ 1.º e 2.º).

<sup>38</sup> *Actuación Pública y Actuación Privada en el Derecho Urbanístico*, Revista Española de Derecho Administrativo – REDA, vol. 1.

Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele.<sup>39</sup> O que deve ficar claro, porém, é que deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos interesses envolvidos o critério decisivo para a atuação do Supremo Tribunal Federal. E, antes que esse critério seja delimitado, não há como cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.<sup>40</sup>

No mesmo sentido, ODETE MEDAUAR observa que contemporaneamente se impõe a modificação do "entendimento de sacrifício de interesse em benefício de outro, ou de primazia de um sobre outro interesse. (...) O princípio é da não sacrificabilidade a priori de nenhum interesse; o objetivo dessa função está na busca do estatuto da compatibilidade entre os interesses".<sup>41</sup>

Observe-se que as conclusões a que chegamos não seriam alteradas ainda que nos encontrássemos entre aqueles que sustentam a subsistência do Princípio da Supremacia do Interesse Público, debate, aliás, bastante aceso na doutrina publicista brasileira.<sup>42</sup> Assim, FÁBIO MEDINA OSÓRIO, citando LUIS DE LA MORENA Y DE LA MORENA, afirma que os interesses privados, mas fundamentais ou constitucionais, devem prevalecer sobre os interesses públicos de ordem econômica ou pecuniária<sup>43</sup>, admitindo mais adiante que, "de fato, não há uma superioridade (do interesse público) abstrata irrefutável, incontrolável, absoluta, radical", superioridade que só vem a ocorrer "quando sua incidência revela maior peso relativamente a outros princípios protetivos de interesses e bens jurídicos individuais".<sup>44</sup>

Tudo pode ser condensado na lição de JÜRGEN HABERMAS segundo a qual "a barreira que se punha entre a esfera estatal da 'realização do bem comum' e o domínio social da busca autônoma e privada do bem individual de cada um foi rompida. Hoje em dia,

<sup>39</sup> Devemos destacar, sobretudo, a sua dimensão ética (Odete Medauar, *O Direito Administrativo em Evolução*, Ed. RT, São Paulo, 1992, p. 179).

<sup>40</sup> Humberto Bergmann Ávila, *Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular*", constante da obra coletiva organizada por Ingo Wolfgang Sarlet *O Direito Público em Tempos de Crise*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, pp. 127, grifamos.

<sup>41</sup> *O Direito Administrativo em Evolução*, Ed. RT, São Paulo, 1992, p. 183.

<sup>42</sup> Citemos como exemplo a proveitosa e brilhante controvérsia que se instalou entre Humberto Bergmann Ávila (artigo citado) e Fábio Medina Osório, que, alguns meses depois da publicação do trabalho daquele, apresentou, como explícito contraponto, no Volume 220 da RDA, o trabalho *Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro?*

<sup>43</sup> Ob. cit., p. 70.

<sup>44</sup> Ob. cit., p. 106. Vê-se, portanto, que, malgrado o brilhantismo da tese defendida por Fábio Medina Osório, o Princípio da Supremacia do Interesse Público não tem outro destino senão o seu fim ou a adequação ao Estado Democrático de Direito pluralista e à necessidade de ponderação dos bens e valores jurídicos, o que, em termos práticos, dará no mesmo.

a Constituição se apresenta como uma totalidade dinâmica, onde os conflitos entre o bem particular e o bem comum têm de ser solucionados sempre ad hoc, à luz de uma compreensão holista da Constituição".<sup>45</sup>

## V – CONCLUSÃO

Propomo-nos a trazer a contribuição da fecunda Teoria dos Poderes Neutrais visando à melhor compreensão da natureza das faculdades outorgadas ao Supremo Tribunal Federal pela Lei n.º 9.868/99 e dos balizamentos que devem ser observados no seu exercício, do que podem ser extraídas as seguintes assertivas conclusivas:

1. A elaboração doutrinária mais recente acerca da Teoria dos Poderes Neutrais do Estado é de grande valia para a compreensão da natureza e extensão das funções dos órgãos independentes de controle dos órgãos/Poderes estatais político-eletivos;
2. O controle abstrato de constitucionalidade, mormente após a ampliação dos poderes do Supremo Tribunal Federal - STF pelo artigo 27 da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, é atípico em relação à tradicional tripartição de poderes;
3. A prudência que deve pautar a atuação dos juízes constitucionais não significa uma prevalência *a priori* do interesse público e/ou dos interesses do Estado, inclusive dos de natureza econômica e tributária; e
4. O caráter neutral do STF faz com que, ao determinar os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, atue com imparcialidade face aos interesses públicos e/ou estatais, que deverão ser racionais e proporcionalmente ponderados com todos os demais interesses implicados.

<sup>45</sup> *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 211.