

Carmen de Arruda: Em busca da harmonia entre os poderes

04/10/2020

Em momentos de crise, a harmonia entre os poderes é testada. Quando submetida a pressões e estresses absurdos, como no atual momento de pandemia decorrente da Covid-19, lançam-se mão de todos os mecanismos disponíveis para assegurar os interesses por vezes conflitantes. Reclamam-se as garantias dos direitos fundamentais, escalam-se as demandas ao Judiciário, individuais ou coletivas, pelas diversas formas de acesso previstas constitucionalmente, potencializando conflitos institucionais infindáveis. Quando tudo é questionado, especialmente a finalidade das ações administrativas, há que priorizar-se a proteção da dignidade da pessoa humana, e dos direitos sociais relativos à vida e à saúde, à educação, sem descuidar da preservação do Estado democrático de Direito.



Amplificados os temores, neste cenário de uma crise de

proporções inigualáveis acarretado pelo estado de emergência na saúde, medidas administrativas e legislativas excepcionais são tomadas para a implantação de políticas sanitárias e econômicas, por vezes impondo restrições aos direitos de liberdades individuais e atingindo eixos fundamentais dos direitos humanos, como a liberdade de locomoção, trabalho e livre iniciativa. Sentindo-se atingidos em seus direitos, os cidadãos recorrem ao Poder Judiciário como último bastião contra a arbitrariedade, na esperança de obter proteção, acendendo o alerta para a judicialização, fenômeno bastante conhecido e sobejamente criticado.

Como forma de enfrentar a questão dos excessos, tem-se recomendado a autocontenção judicial, como forma de evitar uma problemática pulverização judicial, tomando em conta sobretudo a falta do conhecimento técnico especializado e de gestão pública dos magistrados, acrescido da morosidade do próprio processo.

Buscando incentivar uma postura deferente à ação da Administração Pública nesse contexto de pandemia, e visando a evitar o colapso do próprio sistema de saúde, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução CNJ nº 66/2020, recomendando aos juízos com competência para o

juízo das ações relativas ao direito à saúde a adoção de medidas para garantir os melhores resultados à sociedade durante o período excepcional de pandemia da Covid-19, "*maior deferência ao gestor do SUS*", de modo a proporcionar "*estabilidade às ações das autoridades sanitárias*", visando "*ao cumprimento do interesse público e da segurança do sistema sanitário, bem como a efetividade judicial e a celeridade no cumprimento da decisão*".

Se por um lado buscou-se atender à autocontenção e deferência, por outro lado impõe-se exigir maior transparência nas ações do governo, pois somente com acesso à informação e pleno conhecimento da motivação da fundamentação das decisões torna-se possível estabelecer a confiança necessária para o respeito, sem descuidar da garantia constitucional de acessibilidade aos tribunais, como derradeiro recurso do povo para o exercício dos direitos inerentes à cidadania.

Partindo da ideia tradicional insculpida no princípio fundamental de separação e independência de poderes, em que os poderes gozam de igual importância, sem hierarquia entre eles, elaborou-se no Direito norte-americano a teoria da "deferência" (*rule of deference*), segundo a qual um poder deve prestar "deferência" ao outro, respeitando sua esfera de competência, em que o respeito mútuo e transparência são conceitos-chave para o exercício da deferência.

A deferência exige a demonstração clara e segura das razões de decidir, possibilitando o controle interno, externo, social e judicial. A transparência torna possível a averiguação de eventual ofensa a direito fundamental, amparado nos princípios constitucionais do amplo acesso aos tribunais, do devido processo legal e da igualdade perante a lei, preservando-se o equilíbrio dos poderes, com respeito às respectivas competências, sem indevidas e indesejadas interferências.

Sabe-se que os atos legislativos e regulamentares presumem-se legítimos, somente justificando a interferência diante da verificação da inobservância do devido processo legal procedimental ou ofensa ao devido processo legal substantivo ante a infringência de direito fundamental, caso em que recai sobre o particular o ônus de comprovar a arbitrariedade do ato praticado.

Este foi o raciocínio adotado pela Suprema Corte norte-americana em 1984, no caso *Chevron U.S.A., Inc., v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, quando foram definidos os critérios e parâmetros legais para determinar o grau de deferência a ser prestada a uma interpretação dada por uma agência governamental acerca de uma lei. Mantendo a interpretação dada pela agência ambiental, a Suprema Corte elaborou a doutrina da deferência administrativa (*doctrine of administrative deference*), através da qual se verifica se o Legislativo já tratou da questão. Caso haja lei específica, e sendo clara a intenção do Legislativo, o Judiciário não deve interferir, cabendo à agência apenas cumpri-la; no entanto, se a lei é silente ou ambígua em relação a um ponto específico, o Judiciário deverá examinar se a resposta da agência está baseada em uma interpretação permitida e razoável da lei.

A Suprema Corte americana partiu do princípio de que o Judiciário é a autoridade final em relação a questões relativas à interpretação legislativa, devendo rejeitar interpretações administrativas contrárias à intenção do Legislativo. O *justice*

Stevens, em seu voto, afirmou que o poder da agência de administrar um programa criado pelo Congresso necessariamente requer uma formulação de políticas e a elaboração de regras que irão suprir as lacunas, explícitas ou implícitas, deixadas pelo Legislativo.

Havendo lacuna explícita na lei, é caso de delegação expressa de autoridade para regulamentar uma provisão legislativa específica, devendo ser mantida a interpretação, salvo se for arbitrária, caprichosa ou manifestamente contrária à lei, ou à Constituição. Havendo delegação implícita, o Judiciário não deve substituir a interpretação razoável dada pela agência administrativa por sua própria interpretação. Estabeleceu-se, assim, o "princípio da deferência" à interpretação razoável da administração acerca das políticas públicas confiadas à agência por lei, não devendo o Judiciário interferir, salvo se fosse contrária ao que o próprio Congresso sancionou.

A partir do caso *Chevron*, ao apreciar uma questão envolvendo o poder regulamentar das agências administrativas, o Poder Judiciário deve aplicar a fórmula de julgamento conhecida como *Chevron two-step test*, ou a doutrina da deferência administrativa (*doctrine of administrative deference*), que exige a compreensão do princípio da razoabilidade, como um balizador da deferência.

Na obra "*The Common Law*", Holmes consagra a máxima do "padrão de homem razoável" (*reasonable man standard*) — um homem médio de inteligência comum e de razoável prudência — como um critério objetivo de comportamento de uma pessoa razoável sob determinadas circunstâncias — *the actions of a reasonable person under the circumstances*. A lei, segundo Holmes, enfatiza um critério objetivo, sem considerar atitudes subjetivas como a má-fé e más intenções. A solução correta de um problema legal seria aquela dada por pessoa comum do povo, uma solução advinda de um homem razoável, diretamente ligada ao conceito de justiça elaborado por "*membros de uma comunidade que estabelecem padrões*", consagrado no Direito Constitucional norte-americano do julgamento por júri popular, formado por pessoas comuns. A razoabilidade, paulatinamente introduzida no nosso sistema jurídico da *civil law*, por vezes é tomada como intercambiante ao princípio da proporcionalidade, advinda do Direito alemão, que exige adequação das medidas às necessidades existentes.

Bem compreendida como desenvolvida no Direito norte-americano, a doutrina *Chevron* pode colaborar para o balizamento da atuação judicial, e a autocontenção judicial, pelo respeito às decisões dos órgãos públicos competentes, quando relativas à execução das políticas públicas, bem como aquelas que envolvam análises técnicas e científicas.

Ao meio de duras críticas e ataques contra o ativismo judicial ou judicialização, o Supremo Tribunal Federal vem delineando os critérios para a deferência administrativa e exercício do controle jurisdicional, a começar pela inobservância do devido processo legal, procedimental e substantivo, exorbitância das competências e injuridicidade ou manifesta irrazoabilidade do ato impugnado.

O correto manejo da deferência às decisões administrativas, desde que transparentes, fundamentadas e razoáveis, é benéfico para o equilíbrio dos poderes, e colabora para o descongestionamento do Poder Judiciário, que deve manter-se disponível para desempenhar

sua missão precípua de solucionar conflitos legítimos, notadamente aqueles que envolvam o escrutínio de ações ilegais, arbitrárias ou que atentem contra direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Vale lembrar que o congestionamento artificial, muitas vezes, é provocado por demandas temerárias que potencializam conflitos e inviabilizam a própria atuação do Judiciário, devendo ser aprimorados os mecanismos de administração de demandas repetitivas para garantir a distribuição da Justiça.

A transparência das ações administrativas é requisito para a autocontenção e a deferência, possibilitando a verificação apriorística das ações administrativas e evitando-se uma judicialização exacerbada, que ofusca e prejudica a qualidade da função jurisdicional, a qual deve, tal qual os demais poderes, se prevenir contra interferências indesejadas, e não se intimidar diante de ações abusivas, desarrazoadas, ilegítimas ou ilegais dos outros poderes, lembrando que o acesso à Justiça é o direito constitucional que permite o efetivo exercício da cidadania, e último recurso contra arbitrariedades aos direitos sociais dos mais vulneráveis.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-out-04/carmen-arruda-busca-harmonia-entre-poderes/>