

Moura e Correia: STF entre ruídos e sinais

04/07/2022

Nos últimos anos, têm recebido destaque nos meios de comunicação diversas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) examinando a regularidade de atos emitidos pelos Poderes da República. Durante o período da pandemia, talvez a mais célebre delas tenha sido aquela em que o tribunal, na formulação apresentada pelo ministro Roberto Barroso, estabeleceu que "*configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação do direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e prevenção*" (ADI 6.241, julgada em 21 de maio de 2020).



Mais recentemente, um outro conjunto de decisões invalidou atos do

Poder Executivo que (1) ora contrariavam políticas públicas estabelecidas em leis e valores incorporados à Constituição de 1988, ora (2) dificultavam a participação da sociedade civil em órgãos deliberativos ou enfraqueciam as prerrogativas dos agentes que participavam de órgãos internos de fiscalização e controle do Poder Público. Esses atos do Poder Executivo foram qualificados como práticas de "*constitucionalismo abusivo*" (ADPF 622, rel. min. Roberto Barroso), "*abuso de poder regulamentar*" (ADPF 607, rel. min. Dias Toffoli) e, mais recentemente, de "*cupinização normativa*" (ADPF 760, rel. min. Cármen Lúcia).

Se lidos fora do contexto maior em que estão inseridos, esses episódios serão vistos como partes de uma reação do Poder Judiciário a um padrão de conduta do Poder Executivo percebido como abusivo e inconstitucional. Nessa linha, tais decisões seriam parte de um movimento para impedir que o Poder Executivo "*enfraquecesse os guardrails da democracia*", na linguagem recentemente utilizada por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt em "*Como as Democracias Morrem*". Sem a pretensão de disputar essa conclusão, o objetivo deste artigo é enfatizar que, *além* de uma reação a um movimento do Poder Executivo, essas manifestações do Poder Judiciário fazem parte de uma *evolução mais ampla* do ambiente institucional brasileiro — e que *não se esgota* nessa série de decisões que impõem limites ao Poder Executivo.

A direção dessa evolução institucional é bastante clara: de maneira progressiva, passa-se a exigir de políticas e atos públicos que eles sejam *racionalmente justificáveis* e *baseados em evidências* — e, ao mesmo tempo, a repudiar decisões estatais que sejam *arbitrárias* e/ou fruto de *voluntarismos*. Esse movimento não tem como destinatário apenas o Poder Executivo: também *leis* que não sejam minimamente racionais, que não estejam minimamente baseadas em evidências e/ou que busquem esvaziar o espaço institucional reservado ao Poder Executivo para efetuar avaliações técnicas podem ser objeto de controle perante o Poder Judiciário.

Nessa linha, em 2020 o STF decidiu pela inconstitucionalidade da Lei Federal nº 13.269/2016, que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética — conhecida como "pílula do câncer" — por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Ao fundamentar sua decisão, o tribunal explicou que, não havendo avaliação técnico-científica por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) que comprovasse a eficácia do medicamento (ADI 5.501, rel. min. Marco Aurélio), o Legislativo não poderia autorizar sua distribuição: em última análise, isso violaria o dever constitucional do Poder Público de tutelar a saúde da população. Com fundamentos similares, o tribunal julgou inconstitucional, no final de 2021, lei federal que permitia a produção, comercialização e consumo de quatro medicamentos para emagrecimento e enfatizou a necessidade de preservação da competência técnica e legal da Anvisa para efetuar sua avaliação (ADI 5.779,

rel. min. Edson Fachin).

Ao mesmo tempo, há sinais nítidos de evolução institucional e de tentativas de consolidação legislativa de um ambiente de governança que exija, *como regra*, a emissão de atos públicos apenas depois de uma análise apropriada de evidências — e sua revisão periódica, obedecidos os mesmos critérios de racionalidade. Esse movimento ficou bastante evidente desde a edição da Lei Federal nº 13.655/2018, que acrescentou, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb), disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. Posteriormente, essa tendência foi reforçada pela promulgação das Leis Federais nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) e 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica), e pela edição do Decreto Federal nº 10.411/2020.

Com efeito, a Lei das Agências Reguladoras determinou que a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados fossem precedidas da realização da chamada *análise de impacto regulatório* (AIR) — um processo em que o Poder Público deve examinar a realidade sobre a qual ele pretende intervir, avaliar diferentes alternativas de ação e fundamentadamente apontar aquela que lhe parece ser a mais adequada à promoção do interesse público. Poucos meses depois, a Lei de Liberdade Econômica estendeu esse dever para todo órgão ou entidade da administração pública federal e expressamente proibiu o que chamou de "*abuso de poder regulatório*".

Em meados de 2020, o Decreto Federal nº 10.411/2020 buscou incorporar à cultura regulatória federal a *avaliação de resultado regulatório* (ARR) — uma prática cujo objetivo é a "*verificação dos efeitos decorrentes da edição de [um] ato normativo*". Na mesma direção — embora sem o merecido destaque — a Emenda nº 95/2021 adicionou à Constituição previsão para que "*os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, [devam] realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei*". Em vista disso e das decisões listadas no início deste texto, pode-se esperar o fortalecimento de um dever — controlável judicialmente — de promoção do contínuo *ajustamento* de políticas públicas com base em uma avaliação racional da exatidão de suas premissas, de sua lógica interna e dos efeitos por elas produzidos.

Há pouco tempo, o Ministério da Economia também publicou a versão final do "*Guia Orientativo para Elaboração de Avaliação de Resultado Regulatório*", que, embora não tenha força vinculante, servirá de orientação para a execução das ARR's pelos órgãos e entidades federais. A primeira versão do guia foi submetida à consulta pública e contou com participação de diversas entidades da sociedade civil organizada, dentre elas o Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (Ibrac), que apresentou contribuições relevantes para o aprimoramento do ambiente regulatório nacional, incorporadas à versão final do guia. Dentre estas, vale destacar a proposta de fazer com que a ARR verifique se as premissas que haviam sido estabelecidas para justificar a edição de uma resolução foram confirmadas na prática, e, além disso, se o modelo de intervenção proposto pela regra sob revisão funcionou da maneira originalmente esperada.

Esse esforço, inclusive, parece já ter sido reconhecido no cenário internacional, pois, em janeiro, o Brasil foi convidado pela OCDE para iniciar o processo formal de ingresso na organização, que tem expectativa de ser concluído entre três e cinco anos. Um passo relevante em direção aos objetivos econômicos do país, mas, sobretudo, um incentivo à perpetuação da solidez técnica e da eficiência no ordenamento jurídico nacional.

Decisões judiciais que declaram a nulidade de atos do Poder Executivo ou do Poder Legislativo podem produzir muito *ruído*, que amplificado pelas mídias sociais, pode chegar a dominar totalmente a atenção e a contaminar a percepção do espectador. Ocorre que, por baixo desse ruído, embora com menos destaque nas diferentes mídias, há um sinal em constante amplificação — cujos primeiros efeitos já se fazem perceptíveis. Esse sinal, a nosso ver, é positivo: no plano institucional, ele ajuda a consolidar o Estado de Direito; na prática, ele contribui para a construção de políticas públicas *mais eficientes* e, conseqüentemente, para um aumento de bem-estar na sociedade brasileira. As decisões listadas no início deste artigo, a nosso ver, não deveriam ser vistas como um ponto fora da curva. Pelo contrário: elas são mais uma etapa de um longo movimento de consolidação e evolução institucional que deve ser mantido, prestigiado e aperfeiçoado independentemente das colorações predominantes em cada ciclo político.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-jul-04/moura-correia-supremo-tribunal-federal-entre-ruídos-sinais/>