“O Direito Posto e o Direito Pressuposto”, de Eros Grau, e política pública, diante de julgado do STF

Ivan Ricardo Garisio Sartori

Universidade Santa Cecília – Mestrado – Direito da Saúde – Dimensões Individuais e Coletivas
Email:

Resumo: A partir de aresto do Supremo Tribunal Federal envolvendo ordem de construção de necrópole por parte de município, procura-se, neste estudo, desenvolver raciocínio técnico relativo à solução jurídica encontrada. Para tanto, ainda que de forma sucinta, o trabalho discorre sobre política pública nos âmbitos da saúde e meio ambiente, trazendo à tona a teoria jurídico-filosófica de Eros Grau (O Direito Posto e o Direito Pressuposto), em função, justamente, da solução aludida.

Palavras-chave: supremo, meio ambiente, política pública, saúde, direito posto, pressuposto.

"The Right Post and the Right Assumption", of Eros Grau, and public policy, before the Federal Supreme Court

Abstract: From the judgment of the Supreme Court involving construction of necropolis order by municipality, wanted, in this study, develop technical reasoning concerning the legal solution found. To do so, even if succinctly, the work discusses public policy involving health and the environment, when, finally, brings up the legal-philosophical theory of Eros Grau (the right place the right Assumption), depending on precisely the solution alluded.

Keywords: Supreme, environment, public policy, health, law, assumption post.

Do julgado sob estudo.

Acórdão interessante do Supremo Tribunal Federal[1] mantém julgado do Tribunal de Justiça de Sergipe, que, em ação civil pública ambiental, determina ao Poder Público local a construção de nova necrópole, diante da superlotação dos cemitérios ali existentes, em prejuízo da higiene e saúde pública.

A ementa do julgado superior é a seguinte:“*(...) CEMITÉRIOS PÚBLICOS. EXISTÊNCIA DE SUPERLOTAÇÃO E CLANDESTINIDADE. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DE HIGIENE. RISCO À SAÚDE PÚBLICA. DETERMINAÇÃO AO MUNICÍPIO PARA CONSTRUÇÃO DE NECRÓPOLE. SEPARAÇÃO DE PODERES. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. (...).”*

No curso do voto, o ministro relator, encampa o julgado recorrido, para dizer que a solução não implica ingerência indevida do Judiciário nas atribuições do Poder Público, mas correção de distorção no âmbito de política pública.

Relevância do caso

O caso é relevante, porque trata dos seguintes temas constitucionais: separação dos Poderes (art. 2º), saúde (arts. 196 e seguintes, da CF) direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, parágrafos e incisos).

Realmente, não se pode cogitar de intervenção judicial indevida no Executivo, quando este, em manifesto desrespeito à Carta da República, se omite quanto à realização de políticas públicas, mormente em sendo afetas à área da saúde.

Freios e contrapesos e políticas públicas

O sistema de freios e contrapesos ("cheks and balances system", dos britânicos), segundo a idealização de Montesquieu, a partir de sistema da Grécia Antiga ("trias politica"), implica justamente que, embora independentes, os Poderes do estado controlam-se e fiscalizam-se reciprocamente, de modo a frear possível desequilíbrio no exercício da atribuição de cada um deles.

Acerca do tema, enfatiza Fides Ommati[2] valendo-se de dados do The Federalist[3]: "*A teoria dos freios e contrapesos (...), tem seu melhor expositor em Madison. Para este, não pode ser assegurada separação dos poderes, na prática, com a mera a determinação dos limites constitucionais dos departamentos e sem que haja uma ingerência constitucional de uns sobre os outros. Essa interpretação constituiria meios de defesa de cada poder, devendo estar em proporção à medida do perigo de ururpação.* (*In*)."

Maldonado lembra, a partir de citações, que esse sistema ganhou contornos ao ensejo do caso Marbury x Madison, de 1803, quando o Justice Marshal se viu obrigado a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade e consequente nulidade de atos do Congresso, que, a seu juízo, não guardasse harmonia com a Carta Política.(4) Isso quer dizer que não se podem conceber os poderes completamente isolados, cada um deles na sua função, mas, coexistindo harmonicamente, de sorte que não se verifiquem exasperação e mesmo desvio de finalidade no exercício de suas atribuições.

No caso do julgado enfocado, de ver-se que a omissão do Executivo foi além do que constitucionalmente lhe cabe, dentro do poder discricionário que lhe é afeto, uma vez

que chegou a ponto de comprometer a saúde pública, em detrimento de mandamento constitucional, mais precisamente do art. 196 da Constituição Federal, para começar.

Por essa disposição, tem-se que a saúde é direito de todos, igualitário e universal, garantido por políticas públicas, sucedendo que não pode o Estado, por meio do Executivo, agir contrariamente ao preceito, quer de forma comissiva, quer omissiva.

No respeitante, magistral a argumentação do ministro Celso de Mello, quando do julgamento da ADPF 45/2004 (5):"- *O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. (...) - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.*"

Nessa linha, tem-se por lídima a intervenção judicial operada pelo decisório em estudo, pois o prejuízo à saúde pública era evidente, dada a precariedade nos sepultamentos, justamente em face do esgotamento de equipamento próprio para tanto.

O meio ambiente

Também a grave omissão veio a violar o direito ao meio ambiente equilibrado, saudável. É que se conclui, diante das teorias que regem o direito ambiental.

Derivados do postulado básico inserto no art. 225 "caput" da Lei Maior (desenvolvimento sustentável), inúmeros os princípios jurídicos-ambientais, a par dos constitucionais (direito à vida, à dignidade humana, à saúde), como: da obrigatoriedade da intervenção estatal, da precaução e da prevenção, da participação (a abarcar o da informação e da notificação ambiental, assim como o da educação ambiental), do poluidor-pagador, da função sócio-ambiental da propriedade, da ubiquidade, da solidariedade. A obrigatoriedade da intervenção estatal, inclusive por meio do poder de polícia ambiental, decorre do próprio § 1º do art. 225 da CF, de tal sorte que ao Estado, sentido amplo, incumbe preservar, combater, prevenir, acautelar-se contra toda a forma de poluição. Deixando o Estado de agir como deveria, em prejuízo ao meio ambiente equilibrado, saudável, além da saúde pública, ao Judiciário cumpre aplicar os postulados

referidos, porque essa sua função, como visto, no sistema constitucional de freios e contrapesos.

A par de se ver preterido, principalmente, o princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal, restou olvidado o da prevenção, segundo o qual há necessidade de medidas e/ou providências prévias que evitem ou minimizem a degradação ambiental. Traga-se, ainda, o do poluidor-pagador, a determinar a responsabilidade ambiental daquele que de qualquer modo contribui, participa ou se beneficia da degradação.

Toda essa argumentação só reforça a manifesta afronta do Executivo municipal, no caso em testilha. Por isso que, pelo sistema de freios e contrapesos e observados as disposições constitucionais e postulados retro citadas, a solução era mesmo a intervenção do Judiciário, sem que isso implique, absolutamente, ativismo judicial, mas simples atribuição constitucional do Estado-juiz. Ensina Eros Grau (6) que a "*expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição dê uma bem marcada separação entre Estado e sociedade (...). Essas políticas públicas, contudo, não se reduzem à categoria das políticas econômicas; englobam, de modo mais amplo, todo conjunto de atuações estatais no campo social (políticas sociais)*".

O Estado, então, não se pode furtar de cumprir tais políticas, impondo-se seja suprida a omissão de um Poder pela atuação do outro, ainda que nos limites de suas atribuições constitucionais, como se verifica no aresto sob estudo.

A Teoria de Grau e o caso sob exame

Nessa senda, oportuno colacionar, uma vez mais, o entendimento do mesmo professor, que, em crítica a Kelsen, lembra a existência da doutrina real do direito, que se opõe à teoria jurídica formal, de sorte a conceber-se que o direito, não é apenas norma e estrutura, mas, sim instância da realidade. Por isso que o operador do direito, mormente em se tratando de saúde pública ou política a ela voltada, deve sempre ter em mente o instante fático social presente, com suas nuances e meios estatais à disposição. No caso do julgado sob exame, a omissão estatal agrediu esse instante fático, em detrimento de bens maiores e de estatura constitucional, como visto.

Eros Grau, na construção de sua teoria jurídico-filosófica, do direito posto e direito pressuposto, explica que, ao se encontrar o fundamento do direito posto na sociedade que historicamente o pressupõe, não se pode pensar num direito absoluto, mas no direito de uma determinada sociedade (o direito não existe; existem os direitos),

"*aquela sociedade na qual ele está inserido*". Então, é preciso considerar "*as aspirações da sociedade*". Por isso que o direito posto, aquele que se apresenta positivado formalmente, passa a ter, segundo reflexão que o ora subscritor faz sobre essa teoria, caráter anímico, para se tornar dinâmico em função das alterações "*gestadas no seio da sociedade*". Nessa teoria, é verdade, o jurista muito se refere à força de produção e ao conceito de economia, a teor do que expõe, mas, como ele mesmo lembra, trata-se mais do direito relativo à sociedade e nela está inserido o Estado, sucedendo que também o direito público é alcançado por essa proposição teórica.

O direito não é uma ciência, mas objeto de um ciência, enfatiza o professor. E, em verdade, não há apenas uma ciência do direito e sim um conjunto de ciências do direito. O direito reclama uma interpretação tornando-se concreto por meio de jurisprudência prática a partir da dogmática. Com isso, no pensamento desse doutrinador, o direito reconhecido é fruto de uma prudência, porque sua interpretação implica invocar essa virtude. Todas essas colocações fazem sentido, no caso examinado, porque o julgado da Corte Suprema sob estudo faz do direito posto pelo Estado, interpretação consentânea com as aspirações da sociedade, com vistas a realizar o direito prático ou o direito que se pressupõe diante dos interesses sociais, num exercício claro de prudência, sem que atinja a esfera do direito alternativo, quando visto como rompimento com o direito positivo.

Conclusão

A determinação do direito não é apenas um ato passivo de subsunção, mas sim ato criativo. Essa reflexão nos leva a concluir que dizer o direito é ato de exercício profundo da intelectualidade e aí operando-se a prudência de que fala Grau. Por isso que o direito que se pressupõe, vai muito além do direito posto. E quando se cuida de políticas públicas, mormente voltadas à saúde, a subsunção é realizada de forma dinâmica, segundo o instante fático social presente, de sorte a se chegar o mais próximo possível do necessário resguardo que está a merecer o interesse em questão. O julgado supremo enfocado segue nesse caminho, ditando, a partir do direito posto, o direito que se pressupõe, conforme as diretrizes constitucionais e o instante fático presente.

Bibliografia

1.ARE 1014959 AgR / SE – Sergipe, Ag.Rg no RE c/Agr., Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Julgamento: 20/04/2017, Órgão Julgador: Segunda Turma.

2. OMMATI, Fides, Dos freios e contrapesos entre os Poderes do Estado, Revista Inf. Legislativa, a. 14, n. 55, jul-set de 1977, Brasília, p. 58 .
3. “The Federalist”, Massachusets, Harvard Univ, Press, 1961, op. 48-51
4. MALDONADO, Maurílio, Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. *in* www.al.sp.gov.br , consulta em 07.mai.17.
5. ADPF 45/2004, DJU 4.5.2004.
6. GRAU, Erro Roberto, O direito posto e o direito pressuposto, Ed. Malheiros, 1996, p.. 21/2, 29, 31,32, 35 e 45.