



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Controle Judicial de Políticas Públicas

Alfredo de Carvalho Filho

RIO DE JANEIRO
2009

ALFREDO DE CARVALHO FILHO

O controle judicial de políticas públicas

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós- Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª Mônica Areal.

RIO DE JANEIRO
2009

O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

ALFREDO DE CARVALHO FILHO

Graduado pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro - UFRJ.
Advogado.

Resumo: O princípio constitucional da separação dos poderes, classicamente, representa obstáculo intransponível ao controle judicial das políticas públicas. No entanto, modernamente, surgem vozes a defender a flexibilização de tal dogma, ponderando tal princípio face aos princípios, igualmente constitucionais, da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. Este trabalho objetiva analisar as diferentes visões acerca do tema, de forma a se propor a solução jurídica que melhor atenda a carta magna.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Políticas Públicas; Controle; Judicial; Mínimo Existencial.

Sumário: Introdução; 1. As Políticas Públicas, 1.1. Definição, 1.2. Concepção Clássica: Ato Discricionário, 1.3. A Nova Doutrina Publicista; 2. O Ativismo Judicial; 3. O Controle Judicial e Seus Fundamentos, 3.1. O Princípio da Eficiência, 3.2. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, 3.3. O Princípio da Razoabilidade, 3.4. Teoria dos Graus de Vinculação à Juridicidade Administrativa; 4. A Jurisprudência Brasileira e o Mínimo Existencial; 5. A superação do Paradigma do Mínimo Existencial: Nova Perspectiva; Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema ora proposto não existia no direito positivo brasileiro anterior à Constituição Federal de 1988, ganhando notoriedade e relevância diante da atual conjuntura do Estado

Brasileiro, sustentado na separação de poderes, com a competência do Poder Executivo para estabelecer as Políticas Públicas que regerão o Estado.

Objetiva-se, com a apresentação do referido tema, delinear a possibilidade do controle de políticas públicas por parte do ente federativo sem competência para tal, adentrando-se, então, a seara da discricionariedade da administração pública.

Isto se deve principalmente ao papel da Constituição Brasileira como garantidora e efetivadora de direitos de caráter de proteção ao ser humano, estabelecendo os limites mínimos de sua dignidade, através da supremacia de normas tidas como fundamentais.

Na medida em que o poder competente renega tais direitos, os pondo muitas das vezes em segundo plano, aplicando diversas vezes de forma vã os recursos públicos, vem à tona o papel do Poder Judiciário como supridor de tais omissões, fundamentando-se no papel de guardiões da ordem democrática, do estado de direito e da Constituição Federal.

Assim, busca-se despertar a atenção do mundo jurídico e da própria sociedade para a efetividade das normas constitucionais, que dependem da conjunção dos três poderes da República Federativa do Brasil. Ressaltam-se recentes julgados e novas posições doutrinárias que mitigam o princípio da separação dos poderes, diante da ineficiência da administração pública em seu dever constitucional.

Este trabalho procurará ponderar os argumentos de ambos os lados, dialeticamente, considerando a dificuldade de se estabelecer parâmetros para a atuação judicial, de forma a respeitar plenamente a democracia, garantir a efetividade dos direitos inerentes à pessoa humana e evitar a transformação do Estado Democrático de Direito em um Estado Judicial, através do enfrentamento das seguintes indagações:

Pode-se considerar o princípio da separação dos poderes como absoluto, mesmo quando confrontado com direitos fundamentais, tendo em vista a relativização dos princípios pela proporcionalidade?

Haveria suposta ineficiência da administração pública na competência que lhe é conferida, ou se trataria das chamadas “escolhas drásticas” e “reserva do possível”, que traduzem escassez de recursos?

O Supremo Tribunal Federal, ao proferir decisões positivas acerca da necessidade de estabelecimento de determinada política pública, estaria atuando como guardião da Constituição ou, ilegitimamente, impondo uma forma de atuação ao poder público?

Uma vez admitido, como aferir a necessidade ou não de controle? Este estudo implementará sua análise a partir da jurisprudência existente.

1. POLÍTICAS PÚBLICAS

1.1. DEFINIÇÃO

O Estado brasileiro, segundo a concepção de Federação, comporta uma subdivisão entre três poderes: O Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. A cada um, a Constituição Federal elenca uma série de atribuições e objetivos, com fim de realizar o próprio escopo constitucional.

As atribuições de Poder Executivo estão elencadas em artigos da Carta Magna, e sua função é essencialmente estatal, tal como estabelecer as diretrizes da saúde, da educação e da segurança no país.

Percebe-se, então, que a este Poder foi conferido, de maneira precípua, a administração pública e a execução dos recursos financeiros que possibilitam o cumprimento dos objetivos constitucionais, resguardada a atuação residual dos outros Poderes na administração.

Tais objetivos encontram-se presentes no artigo 3º do texto constitucional e, para fins de elucidação, cumpre-se elencar: a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e, por fim, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Não se pretende esgotar os objetivos acima referidos, no entanto é preciso que se defina, desde logo, a concepção do termo políticas públicas. Com efeito, o termo pode ser definido como o conjunto de diretrizes e planos que, a médio e longo prazo, buscam direcionar a aplicação dos recursos financeiros conforme a atribuição constitucional do Estado, a fim de desenvolver e aperfeiçoar a prestação e a própria vida de sua população.

Assim é que, por exemplo, cabe à administração pública, conforme critérios técnicos ou políticos, definir a construção de presídios em determinado Estado em detrimento de outros, ou, ainda, o aperfeiçoamento de instalações públicas de saúde, baseando-se em dados como a maior incidência de uma determinada doença em certa região.

Tais políticas são parte de um plano que, muitas das vezes, ultrapassa (ou deveria) a esfera governamental, alcançando a esfera de política de Estado. A grosso modo, poder-se-ia dizer que tal instituto seria o leme que direciona e governa um barco.

1.2. CONCEPÇÃO CLÁSSICA: ATO DISCRICIONÁRIO

Tradicionalmente, a doutrina classifica a escolha da execução de uma política pública como ato discricionário da administração. Nesse diapasão, cabe tecer a definição dessa espécie de ato. Assim, nos dizeres de Di Pietro, “(...) o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções (...)” (DI PIETRO, 2008, p.201). Ou seja, esse ato é imbuído de conveniência e oportunidade, sendo certo que a administração pública detém poderes, e verdadeira legitimidade, para a definição da execução.

Considerando a teoria dos elementos do ato administrativo, pode-se afirmar que a discricionariedade seria nos elementos objeto e motivo, institutos que não encontrariam vinculação a controle externo, como o controle do Poder Judiciário, a ser desenvolvido em capítulo próprio.

Nesse âmbito, reside umas das grandes controvérsias do tema. Até que ponto se poderia considerar determinada execução de uma política como mera escolha do administrador, dentre opções legítimas, e quando se poderia, de fato, configurar um abuso ou desvio de finalidade? Em outras palavras, diante da série de atribuições dadas pela Constituição Federal ao Estado *lato sensu*, é possível que se vislumbre a maior necessidade de algumas delas em relação às outras? Quem teria a legitimidade para afirmar, por exemplo, que determinada política voltada ao Esporte, teria menos importância do que uma política que visasse a desenvolvimento da cultura?

No Estado brasileiro atual, não é incomum a observância de abusos por parte de administradores. Cada vez mais, tem-se gasto e desperdiçado recursos financeiros em projetos e políticas que não demonstram um resultado efetivo, fruto, muitas das vezes, de interesses menores, como os interesses eleitorais, por exemplo.

Nesse contexto, ganha força a corrente doutrinária que busca a revisão desse dogma, fundada, em última análise, no princípio da moralidade administrativa, também de sede constitucional, que possui como função precípua o controle da conduta da administração pública.

Isto porque se deve considerar que, acima dos poderes instituídos, está a própria Constituição da República, texto tido como pedra basilar na formação e conservação de um Estado, apoiado no princípio democrático e na república federalista. Outra não é a conclusão de Guilherme Peña de Moraes, em sua obra, quando conceitua Constituição Federal como sendo o “sistema de normas jurídicas, produzidas no exercício do poder constituinte, dirigidas precipuamente ao estabelecimento da forma de Estado, da forma de Governo (...), da instituição e organização de seus órgãos, dos limites de sua atuação(...)”(MORAES, 2007, p.57).

1.3. A NOVA DOUTRINA PUBLICISTA

O tema do controle jurídico das políticas públicas provoca grande inquietação doutrinária, sendo objeto de novos apontamentos, tornando-se possível identificar uma moderna doutrina administrativista que se inclina a aceitá-la, mesmo que em diferentes graus de admissibilidade.

Assim é que, conforme MOREIRA NETO, haveria uma evolução principiológica do controle da administração pública, que passaria a focar-se não no conteúdo, mas sim no resultado determinante. Dessa forma, haveria um controle finalístico do agir administrativo, não apenas no tocante aos princípios da motivação e da aparência, que informariam uma

vinculação no agir da administração, mas também a partir do princípio da eficiência (MOREIRA NETO, 2007).

Isto importaria em um controle não mais em micro escala, analisando-se a vinculação legal de determinada política administrativa, mas sim em macro escala, que seria um controle da realização efetiva de um resultado determinante.

O autor aborda ainda a possibilidade de um novo vício no direito administrativo, que seria o de resultado, passando a submissão jurídica do poder público a ser não apenas na execução das políticas públicas, mas em sua própria formulação, dada a sua vinculação aos princípios fundamentais.

Da mesma forma, ainda que sob ótica diversa e mais ampla, Gustavo Binjenbojm defende a possibilidade do controle judicial dos atos da administração, no qual se inclui a execução das políticas públicas, conforme um critério de vinculação do ato à chamada juridicidade administrativa. (BINENBOJM, 2008).

Tal instituto seria um princípio que substitui a legalidade administrativa como norte de atuação da administração pública. A legalidade seria um de seus princípios internos e não mais o único, possibilitando a coexistência com outras fontes de direito. A idéia da juridicidade administrativa consistiria na vinculação da administração pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição.

O autor oferece como epicentro de todo o ordenamento jurídico a Constituição Federal, num fenômeno chamado de “constitucionalização do Direito Administrativo.”

2. O ATIVISMO JUDICIAL

Um dos argumentos dos defensores da doutrina tradicionalista que afasta a possibilidade do controle judicial de políticas públicas é a questão do ativismo judicial, chamada também de “estado judicial”, que seria a superposição do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito do Brasil.

Antes de se analisar a questão do ativismo judicial no Brasil, há de ser estabelecida a premissa básica para sua existência, o fato normativo que permite cogitar-se no Brasil de ativismo judicial: a judicialização.

Na ordem jurídica brasileira, especialmente após a promulgação da Carta Magna de 1988, a judicialização é um fato; um modelo que decorre da Constituição e do qual o Judiciário e os demais Poderes não podem se esquivar.

O instituto, nas palavras do eminente doutrinador Luís Roberto Barroso: “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (BARROSO, 2009, p. 332).

Tal realidade, no contexto brasileiro, é absolutamente inegável. Nos últimos anos, o Pretório Excelso decidiu ou iniciou o julgamento de questões como pesquisas com células-tronco embrionárias, contribuições dos inativos e poderes das comissões parlamentares de inquérito, entre tantas outras questões que envolvem muito mais do que o Direito puro, como ciência, mas que adentram em questões morais, políticas e econômicas, de inegável repercussão social.

Note-se que, em todos os casos citados, não ocorreu uma mera opção do Poder Judiciário decidir tais questões. Decorre de nosso modelo constitucional a obrigação de decidir pretensões, independente de sua natureza, desde que preenchidos os requisitos de admissibilidade da demanda, como em todos os precedentes citados.

É certo afirmar-se que, com a Constituição de 1988, a judicialização tornou-se uma realidade por três fatores principais: a redemocratização do País, com uma magistratura efetivamente livre, com a expansão institucional do Ministério Público e com o fortalecimento da Defensoria Pública; a larga abrangência do texto constitucional que acaba por trazer ao mundo jurídico amplo leque de matérias, antes restritas a áreas políticas; e, finalmente, o amplo controle de constitucionalidade brasileiro, abrangente tanto em suas modalidades quanto em seus legitimados ativos.

A soma desses três fatores permite que variadas matérias sejam trazidas ao Judiciário e que, no momento em que são deduzidas perante tal Poder gerem uma obrigatoriedade de resposta judicial à demanda.

Ao lado de tal fato, podemos observar fenômeno que, ainda que não decorra da ordem constitucional brasileira mostra-se intensamente presente no contexto atual: o ativismo judicial.

Ao revés da judicialização que, conforme visto, não é uma opção do Poder Judiciário, mas sim uma decorrência lógica e necessária de nosso modelo constitucional, o ativismo judicial é uma escolha, a escolha de um dos modos possíveis de se interpretar a Carta Política, de forma proativa, expandindo seu alcance, através da hermenêutica judicial.

O ativismo judicial não é um modelo estático, uma opção perene, que uma vez feita não pode ser alterada. Ao contrário, o ativismo judicial é feito de momentos, sendo mais intenso em determinadas ocasiões e ficando em estado de latência em outras, conforme os reclames sociais.

É inegável que a (in)satisfação social é a mola propulsora do ativismo judicial, que desperta quando os demais poderes deixam de atender aos anseios sociais, gerando a insatisfação que vem desaguar no Poder Judiciário a fim de que este concretize os valores e os

fins constitucionais, ainda que isso importe em uma maior interferência no espaço dos demais poderes.

O ativismo judicial consiste, basicamente, em três pilares: aplicação direta, efetiva e de máxima amplitude da Constituição, mesmo para situações não expressamente consagradas no texto constitucional; declaração de inconstitucionalidade de atos do Poder Legislativo com base em critérios mais flexíveis, inspirados no espírito constitucional e não somente no texto expresso da Carta; e, por fim, imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, especialmente no tocante às políticas públicas.

O Brasil contemporâneo, infelizmente, sofre intensa crise de representatividade e de legitimidade nos Poderes Legislativo e Executivo. Diante de uma Constituição que impõe máxima efetividade aos direitos fundamentais e de uma realidade fática que demonstra, claramente, que a muitos brasileiros não se assegura uma existência digna, desperta o Judiciário para o seu papel social.

É verdade que assegurar vida digna aos indivíduos por meio, primordialmente, de políticas públicas é função precípua do Poder Executivo e por ele deveria ser exercida, sem a influência de outros Poderes, em respeito à separação constitucional dos Poderes.

No entanto, de nada adianta assegurar a independência e a harmonia dos Poderes, se cada um desses não cumpre seu desiderato. Na omissão de um dos Poderes, imprescindível a ponderação para que se conclua qual valor será mitigado: a separação dos Poderes ou o direito a existência digna, que está sendo inviabilizada pela omissão de algum Poder?

De uma leitura sistemática da Carta Magna, parece que o espírito do legislador foi, sempre, preservar os direitos fundamentais do indivíduo. Afinal, em última análise, a própria separação dos Poderes visa à proteção dos direitos fundamentais. Portanto seria, no mínimo, incongruente negar-se um direito fundamental em respeito à separação dos Poderes.

Não se prega aqui, de forma alguma, a adoção de um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial, mas apenas a atuação do Poder Judiciário, diante das notórias ausências dos demais Poderes, que acabam por negar, muitas vezes de forma absoluta, direitos fundamentais aos indivíduos.

Assevere-se que tal postura, de se negar vigência prática aos direitos fundamentais, é absolutamente inconstitucional, uma vez que a Carta assegura de forma peremptória a existência digna e confere a todos os direitos fundamentais máxima efetividade.

E, conforme explicitado acima, de acordo com o modelo de judicialização imposto pela Constituição da República, compete ao Poder Judiciário combater as inconstitucionalidades levadas a sua apreciação, seja de forma concentrada ou incidental.

Ademais, a própria Constituição atribui ao Poder Judiciário, órgão eminentemente técnico e imparcial a competência para invalidar atos dos demais Poderes. Ora, se pode (e deve) o Judiciário invalidar posturas comissivas dos Poderes majoritários, por que haveria limitação absoluta quanto a o Judiciário “invalidar uma ausência de postura”?

Não há dúvida de que uma omissão pode ser supressora do exercício de direitos fundamentais. Tanto é assim que a constituinte incorporou ao texto constitucional o mandado de injunção, remédio constitucional cabível nos casos de omissão.

Ainda se justifica a intervenção do Judiciário para a garantia efetiva dos direitos fundamentais, por uma perspectiva mais filosófica. A democracia não se resume ao princípio majoritário. Engloba também a proteção das minorias, garantindo a todos, maiorias e minorias, o exercício dos direitos fundamentais.

Dessa forma, muitas vezes cabe ao Poder Judiciário funcionar como Poder contramajoritário, assegurando às minorias o exercício dos direitos fundamentais. No esclarecedor exemplo fornecido pelo eminente doutrinador Luís Roberto Barroso, se houver

oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo, apenas porque constitui a maioria, deliberar o aniquilamento do segundo grupo. (BARROSO, 2009).

Mais uma vez se esclarece que não se prega que as tomadas de decisões políticas fiquem a cargo do Judiciário. Essa não é sua função. O que se defende é que o Poder Judiciário tem a atribuição constitucional de garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais, ainda que seja necessário atuar em searas ínsitas aos demais Poderes.

Repita-se que, apesar de cada Poder desempenhar uma função estatal de maneira típica, todos os Poderes exercem um controle recíproco sobre as atividades dos demais, de modo a garantir a democracia e a preservação dos direitos fundamentais. Porém, no formato constitucional adotado pelo Brasil, na divergência de interpretação das normas constitucionais a última palavra cabe ao Judiciário, aplicador do Direito por excelência.

Deve, no entanto, sempre se atentar para o fato de que o Poder Judiciário estará legitimado para intervir em situações fáticas apenas com o escopo de garantir direitos fundamentais e preservar a Constituição, não podendo se imiscuir em questões políticas que não envolvam direitos fundamentais, uma vez que não representa a vontade popular majoritária.

Questões relativas à capacidade institucional, que envolve a determinação de qual Poder está habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria e aos efeitos sistêmicos que cada decisão isolada produz devem ser consideradas para evitar arbitrariedades e abusos por conta do Poder Judiciário, desequilibrando a harmonia democrática.

Uma vez sopesadas tais questões, pode e deve o Judiciário atuar de maneira ativa, extraindo o máximo das potencialidades da Constituição e garantindo o exercício dos direitos fundamentais.

3. O CONTROLE JUDICIAL E SEUS FUNDAMENTOS

3.1. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência foi introduzido pela Emenda Constitucional 19/98 e veio a consubstanciar um antigo anseio da sociedade brasileira, quanto ao desempenho da administração pública.

Por esse princípio, é entendido, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, uma exigência ética” (MOREIRA NETO, 2007, p. 106).

Tal princípio já foi elidido pela maioria da doutrina como informador de todos os ramos do direito público, sendo considerado, por alguns, até mesmo como um “super-princípio”, a ser tido como referência na atuação da administração. Trata-se, segundo o próprio autor, de um direito difuso da cidadania.

E não é difícil entender por que. A todo tempo, são noticiados desperdícios no setor público, demonstrando sua grande ineficiência em prover um serviço adequado a seus administrados. A título de demonstração, MOREIRA NETO faz referência a estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário informando que o país perde aproximadamente a assombrosa quantia de 234 bilhões de reais por ano em desvio e desperdício de recursos, por absoluta falta de eficiência em sua gestão (MOREIRA NETO, 2007).

Tais números assustam e indignam, ajudando a compreender a exegese do instituto, e, também, a razão de ter sido expressamente inserido no texto constitucional, mesmo que logicamente implícito a qualquer função, sobretudo a pública.

A importância desse instituto no tema do controle judicial de políticas públicas é elevada. Tal princípio seria uma referência a ensejar o controle, um fundamento constitucional, consubstanciado em um dever da administração pública e, notadamente, um direito dos cidadãos, que pode ser considerado como um direito fundamental, em observância ao artigo 5º, §3º, da Constituição da República.

Notadamente, a evolução jurisprudencial e doutrinária que, porventura, considere o princípio da eficiência elencado no caput do artigo 37 da Carta Magna como um direito fundamental do cidadão, estará dando um grande passo rumo à evolução social do país, pois legitimará a atuação do Poder Judiciário, como guardião da Constituição e da ordem jurídica que é, ainda que, obviamente, prudente e com parâmetros objetivos. Tal fato contribuirá para a educação constitucional do cidadão, para sua consciência de direitos e deveres, e, quem sabe, para a definição de suas escolhas eleitorais.

Por outro lado, o princípio da eficiência poderia ser visto ainda como uma garantia fundamental do cidadão contra o Estado, que implicaria não em uma abstenção, como a maioria das garantias contra o poder estatal, que consubstanciam uma prestação negativa, mas sim como um dever positivo do ente estatal.

3.2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Trata-se do princípio que norteia e fundamenta a República Federativa do Brasil, conforme o artigo 1º da Carta Política de 1988. Apesar da dificuldade em conceituá-lo, pode-se dizer que se trata da capacidade de autodeterminação de um indivíduo, ou seja, de um conjunto de fatores e direitos que possibilitem a sua existência plena em sociedade, conforme suas potencialidades.

Trata-se de uma concepção metafísica do ser humano, considerado por parte da doutrina como um “super-princípio”, de hierarquia supraconstitucional, capaz, segundo tal doutrina, de resistir até mesmo ao poder constituinte originário.

Sua pertinência com o tema torna-se óbvia, na medida em que se percebe que as políticas públicas vêm (ou deveriam vir) a consubstanciar direitos constitucionalmente garantidos, como o direito a saúde e à educação, que, em conjunto, densificam o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Então, ao se configurar um desvio na consecução de tal política, em última análise, estar-se-ia violando o princípio da humanidade, em clara afronta ao texto constitucional. Conforme diz Gilmar Ferreira Mendes, há no Brasil enorme esforço no sentido de concretizar tal princípio, seja no plano legislativo, seja no jurisprudencial, através, por exemplo, da incorporação de tratados sobre direitos humanos com força de Emenda Constitucional. (BRANCO, 2008, p. 154).

3.3. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade tem sua origem no Direito Constitucional Norte-Americano, através de sua Suprema Corte e visa a afastar o arbítrio entre meios e fins praticados para a consecução de um objetivo.

O instituto se subdivide em três princípios, chamados de adequação, entre o meio utilizado e o fim pretendido, necessidade da medida, evidenciada pela análise de soluções menos drásticas; e proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a análise de inconvenientes que possam surgir com a aplicação da medida escolhida.

Segundo Luís Roberto Barroso, trata-se de uma imprescindível ferramenta de interpretação constitucional, sendo um valioso instrumento na proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, pois permite o controle dos atos administrativos emanados do Poder Público (BARROSO, 2009).

Este princípio permitiria ao Poder Judiciário invalidar atos administrativos baseados numa escala de graduação. Daí decorre sua importância como fundamento do controle judicial das políticas públicas, sendo um importante norte interpretativo para a razoabilidade de um determinado ato, que supostamente consubstanciaria uma política.

No entanto, esta não seria a única função desse princípio, também funcionaria como critério interpretativo na escolha de determinada política. Tal controle deve ser feito com cuidado, sob pena de se invadir a esfera da discricionariedade política.

No entanto, no confronto entre duas políticas públicas previstas constitucionalmente como direitos subjetivos da pessoa humana, como seria possível o controle do judiciário sem que invada a esfera do Poder Executivo?

É justamente nesse ponto que o princípio da razoabilidade atua. Não obstante o fato de todos os direitos fundamentais terem máxima efetividade e valores abstratamente iguais, é inegável que certos direitos teriam um sobrepeso aos demais.

Não se trata aqui de se ponderar valores abstratos aos direitos e garantias previstos na Constituição. Ao contrário, esta análise deve ser feita no caso concreto, a partir do oferecimento de um problema ao Poder Judiciário. O que se pretende ao afirmar tal sobrepeso é possibilitar um parâmetro a guiar o Juiz na apreciação do caso concreto, ao se ver provocado a invalidar determinada política pública.

E qual seria o critério objetivo a nortear a atuação do Juízo? Neste ponto, deve-se evocar a interpretação constitucional. Uma das bases da Constituição Brasileira é o princípio da dignidade da pessoa humana, e este deve ser a grande referência. Mas, ainda assim, é sabido que o princípio da humanidade por si só não tem uma grande definição, sendo, na verdade, um conjunto de direitos do ser humano.

Então, por exemplo, como graduar tais direitos, a ponto de identificar sua maior ou menor incidência nesse princípio?

A título de elucidação, segue-se um exemplo: Determinado prefeito de uma cidade disponibiliza vultosa quantia para a construção de um centro de entretenimento cultural, observando assim o direito à cultura, considerado um direito fundamental pela Carta Magna Brasileira, e densificador do princípio da dignidade. Todavia, nessa mesma cidade, é notório que os hospitais se encontram em situação degradante, o que desrespeita o direito fundamental à saúde, que também densifica o princípio da dignidade.

Neste cenário, onde não houve, em tese, desvio de finalidade, já que a cultura também é considerada um direito fundamental, poderia o Judiciário adentrar tal decisão administrativa (de construção do projeto), a fim anulá-la?

A resposta seria positiva, porque se deve tomar como base o mesmo princípio da dignidade, mas sob a ótica do direito à vida, como o direito maior. Assim, entende-se que a saúde implica diretamente e necessariamente no direito à vida, que preexiste ao direito à vida digna.

Portanto, não se pode negar a maior importância de uma política pública voltada à saúde de um povo, em relação ao direito à cultura. Toma-se como base a própria vida humana como condição para que o povo possa usufruir e requisitar cultura.

Não se pretende aqui vincular todo e qualquer investimento em áreas que não sejam diretamente ligadas à possibilidade da vida humana, ao estado utópico de perfeição em áreas como a saúde ou o saneamento básico. Tal afirmação apenas contribuiria para o engessamento do país, e consistiria em uma afronta ao Estado Democrático de Direito.

O que se pretende é, através do princípio da razoabilidade, coibir flagrantes e recorrentes abusos na execução das políticas públicas, casuisticamente, dotados de critérios técnicos e objetivos, ainda que tais políticas sejam abstratamente constitucionais.

3.4. TEORIA DOS GRAUS DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE

Tal teoria é parte da obra de doutorado do excelente doutrinador, expoente da nova geração de publicistas, Gustavo Binbenbujm e representa sem dúvidas uma nova forma de ver o instituto do controle dos atos administrativos discricionários, o que engloba as políticas públicas.

Trata-se de um avanço na possibilidade do controle judicial baseado em uma mudança de paradigmas, em que o autor busca romper com dogmas tradicionais na disciplina do Direito Administrativo, tais como a dicotomia entre ato discricionário e ato vinculado, como forma de se estabelecer um limite a esse controle.

Adere-se à posição do autor expressamente, considerando-a mais do que uma proposta, um verdadeiro fundamento a justificar e balancear o controle judicial de políticas públicas.

Nesse diapasão, segundo o Binenbojm, a doutrina tradicional fundava a possibilidade de controle judicial em institutos tradicionais do direito administrativo. Vale dizer: o controle se fundava apenas em institutos como os elementos discricionários do ato administrativo; o desvio de finalidade ou mesmo a teoria dos motivos determinantes. Apenas através desses institutos poderia o Judiciário se imiscuir nas atribuições primárias do Poder Executivo.

Todavia, tais teorias mostraram-se insuficientes para coibir reiterados abusos da administração pública, sob a alegação da discricionariedade. As formas de controle limitavam-se a aspectos legais, tais como competência e forma, não se prestando a efetivar a máxima eficiência da administração pública. (BINENBOJM, 2008).

Assim, emerge a teoria da vinculação à juridicidade administrativa como forma de aperfeiçoar tal controle, e torná-lo, de fato, efetivo. Segundo essa teoria, a Administração Pública deve se vincular diretamente à Constituição, sem se atrelar à tradicional dicotomia entre ato discricionário e ato vinculado, segundo diferentes graus de vinculação à juridicidade. (BINENBOJM, 2008).

No entanto, a esta altura, mister definir o conceito de juridicidade administrativa, do próprio autor, que seria a idéia de vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, inclusive normas regulamentares, a partir de princípios e regras constitucionais, que formariam o norte da atuação do administrador. (BINENBOJM, 2008).

Dessa maneira, os atos da administração pública seriam controlados de acordo com a sua maior ou menor vinculação ao princípio da juridicidade. Então, o mérito do ato da administração pública não mais seria tido como intocável, pois sofreria incidência das normas constitucionais.

O doutrinador, então, passa a estabelecer as hipóteses de graus de vinculação, que seriam os atos vinculados por regras, atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados e atos vinculados diretamente por princípios, todos tendo natureza constitucional, legal ou regulamentar. (BINENBOJM, 2008).

Os atos vinculados por regras seriam os que exibiriam o maior grau de vinculação à juridicidade, posto que regras são estáticas, não-maleáveis, mitigadas apenas por exceções expressas. Dessa forma, caberia à Administração Pública apenas realizar o comando previsto na regra, e ao Poder Judiciário verificar o acerto do administrador na execução. Como exemplo elucidativo, o Autor cita a incidência de multa pecuniária na hipótese de uma infração de trânsito, como o avanço de um sinal de pedestres. (BINENBOJM, 2008).

Já os atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados estariam em posição intermediária dentre os graus de vinculação. Isto porque tal instituto, como é de sua natureza, apresenta uma cláusula aberta no agir da Administração Pública, permitindo a subsunção de algumas ou diversas situações fáticas à sua incidência, mas sem a generalidade dos princípios.

Os conceitos jurídicos indeterminados, que são naturalmente valorados, por vezes em seu aspecto técnico, a fim de se permitir o controle judicial, devem ser admitidos conforme critério de certeza positiva, certeza negativa e zona de penumbra (BINENBOJM, 2008). Como se pode concluir, a certeza positiva sobre a subsunção de um fato a um conceito indeterminado levaria à impossibilidade de controle, enquanto, a *contrario sensu*, sem dúvidas seria cabível o controle.

O maior problema residiria na chamada zona de penumbra ou incerteza. Para o autor, nesse caso, o Juiz deveria ater-se apenas a afastar aquelas soluções que, de plano, seriam manifestamente incorretas, sendo realizado um controle negativo. (BINENBOJM, 2008).

Neste ponto, ousa-se discordar do eminente publicista. Cabe ao Poder Judiciário, por sua natureza, dirimir conflitos e buscar soluções baseado em critérios de equidade e justiça.

Não é cabível que se fale em falta de legitimidade para tal escolha. Em primeiro lugar, a legitimidade foi determinada pela Constituição Federal, em passagens como a do artigo 5º, parágrafo XXXV. Ademais, a escolha do Juiz competente não é livre, embora livre seja sua convicção.

O Magistrado está vinculado aos objetivos, fundamentos, garantias e princípios determinados na Constituição da República, não apenas quanto às regras lá dispostas, mas sim ao seu espírito, à sua interpretação sistematizada.

Assim, deve o Magistrado buscar os fundamentos de sua escolha, quando deparar-se com as chamadas zonas de penumbra, nas normas constitucionais, a partir de um critério de razoabilidade e proporcionalidade, buscando extrair o máximo de eficiência do ato administrativo, sempre em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e a todos os outros que o traduzem.

Por fim, há os atos vinculados por princípios, que permitiriam o mais baixo grau de vinculação, e, conseqüentemente, maior controle judicial. Neles, caberia à Administração Pública a escolha de determinado ato conforme princípios como a moralidade e a impessoalidade. Ao Poder Judiciário, caberia estabelecer o acerto de uma ponderação principiológica, ou analisar a violação a determinado princípio. (BINENBOJM, 2008).

4. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

O Poder Judiciário brasileiro que, conforme explicitado acima, após a Constituição de 1988 passou a conviver intensamente com o fenômeno da judicialização, tem,

contemporaneamente, assumido um papel ativo no controle de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, incorporando, por diversas vezes, o espírito do ativismo judicial.

Diante das inércias gritantes do Poder Executivo, que culminam, muitas das vezes em abandono social absoluto e, até mesmo, em mortes facilmente evitáveis, o Judiciário tem assumido um papel proativo.

No entanto, não pode o Judiciário simplesmente assumir integralmente o papel do Administrador Público e determinar toda e qualquer política pública, uma vez que lhe falta a legitimação popular, ínsita e necessária à escolha das políticas a serem adotadas.

Em tal contexto, o Poder Judiciário tem se autolimitado, usando como parâmetro para sua atuação na seara das políticas públicas o mínimo existencial.

O mínimo existencial é o conjunto de direitos mínimos que deve ser assegurado à pessoa humana para que esta tenha sua dignidade preservada. Em outras palavras é o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, conforme definido pelo jurista Ricardo Lobo Torres. Ainda nas palavras do eminente autor: “Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originalmente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.) considerado em sua dimensão essencial, inalienável e existencial” (TORRES, 2009, p. 13).

A interpretação sistemática e teleológica da Constituição de 1988 permite a conclusão de que há, em nosso sistema constitucional, um direito às condições mínimas de existência humana digna e que cabe ao Estado proporcioná-lo, especialmente àqueles que não podem fazê-lo sem o auxílio estatal.

São inúmeros os princípios explícitos, implícitos e as normas da Constituição de 1988 que avalizam tal entendimento. No entanto, duas normas constitucionais são capazes e suficientes para fundamentar a idéia acima defendida: o artigo 1º, inciso III que elenca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e o

parágrafo 1º do artigo 5º, que determina que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, conferindo, assim, máxima efetiva a tais normas.

Fundamento é aquilo que dá razão à existência de alguma coisa. É a base, o alicerce, o apoio, o sustentáculo de algo. Dessa forma, fica nítido que o texto constitucional elegeu a dignidade da pessoa humana como alicerce da própria República Federativa do Brasil. Isso significa que, sem dignidade humana, a República Federativa do Brasil entra em colapso, perde uma das suas cinco bases e fica, no mínimo, bamba.

Exatamente por isso, visando a manter íntegra a Federação brasileira, o constituinte conferiu aplicação imediata e efetividade máxima aos direitos fundamentais, assegurando, sem qualquer demora, a dignidade das pessoas humanas que compõem o Estado Brasileiro.

Nesse sentido, foram fundamentados três importantes precedentes do Pretório Excelso.

Os dois primeiros precedentes no Supremo Tribunal Federal versavam acerca de remédios para aidéticos. Os acórdãos dos Recursos Extraordinários de número 273.834 e 271.286, ao enfrentarem a questão do direito à vida em contraposição às possibilidades financeiras do Estado, decidiu o guardião da Constituição que o fornecimento de remédios imprescindíveis à manutenção da vida é obrigação do Estado para com aqueles que não podem adquirir a medicação com recursos próprios.

Dessa forma, a Corte Máxima do País reconheceu que existe um núcleo mínimo de direitos intangível, que deve ser protegido e garantido pelo estado, de forma a se preservar a vida.

Em precedente posterior, ainda mais emblemático, o STF, no Recurso Extraordinário n. 410.715, reconheceu a educação infantil como direito fundamental dos infantes de zero a seis anos e ainda destacou como dever constitucional do Estado a garantia da possibilidade de acesso a tais estabelecimentos educacionais para todos os menores que necessitem.

Em tal precedente, a Corte Constitucional do país estabeleceu que o mandamento constitucional garantidor de direito fundamental (no caso acesso a educação pré-escolar) é juridicamente vinculante e representa fator de autolimitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Executivo e, assim, diante da omissão executiva, teria o Poder Judiciário legitimidade para determinar a execução do mandamento constitucional sem que tal ordem padecesse de qualquer inconstitucionalidade.

Da análise cuidadosa de tais precedentes, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal adotou a tese da existência de um mínimo intangível de direitos que devem ser garantidos pelo estado, a fim de que se preserve a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

O Superior Tribunal de Justiça também segue a mesma linha de entendimento, utilizando o mínimo existencial como parâmetro para intervenção do Poder Judiciário na determinação da execução de políticas públicas pelo Estado.

A Corte Superior já apreciou o tema em algumas oportunidades, sempre seguindo similar linha de raciocínio.

Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça merecem especial destaque por enfrentarem com maestria a defesa estatal, que sempre se funda no instituto correlato ao mínimo existencial: a reserva do possível.

A reserva do possível, na alegação estatal, representa o fato de que apesar de o estado ter inúmeras responsabilidades, possui limitadas possibilidades financeiras. Dessa forma, seria obrigado a fazer escolhas trágicas, uma vez que não poderia atender a todos os anseios sociais, diante da escassez dos recursos. Partindo de tal premissa, alega o estado que caberia ao administrador fazer a escolha trágica, priorizando os setores a receber investimentos estatais, ainda que importe na negligência de outros.

Quanto à referida alegação estatal, inicialmente deve ser esclarecido que o instituto da reserva do possível, conforme criado pela doutrina e pela jurisprudência alemã, diversamente do conteúdo imputado ao princípio pela Administração Pública, significa que do Estado não podem ser exigidas prestações fúteis ou desnecessárias, uma vez que à sociedade não poderia ser imposto o ônus de arcar com tais prestações.

Ora, não há dúvida de que nos precedentes citados não se está exigindo do Estado prestações fúteis; ao revés, são requeridos remédios para assegurar a sobrevivência de doentes ou acesso a educação, para garantir vida digna e cidadã.

Nessa esteira de raciocínio, tem decidido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, afirmando que ao mínimo existencial não é oponível a reserva do possível. Afirmou, por reiteradas vezes, o Superior Tribunal de Justiça que qualquer pleito que vise a fomentar existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a existência digna é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito.

Vai ainda mais longe o Tribunal Superior e assevera que assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é um dos escopos da República Federativa do Brasil e, assim sendo, não pode ser condicionado à conveniência política do Administrador Público.

O eminente Ministro Luiz Fux, em voto de sua relatoria no Recurso Especial 811608/RS, que versava acerca de direito à saúde e de implementação de modelo de assistência à saúde do índio, deixou claro que o escudo da reserva do possível não escusa o administrador de implementar as promessas constitucionais vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, especialmente se levado em consideração que os escassos recursos públicos são por diversas vezes aplicados em áreas que, apesar de também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias de relevância muito menor que os valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais.

Nesse contexto, não se nega que a implementação de políticas públicas é sempre onerosa. Também não se nega a escassez dos recursos financeiros públicos e a ampla área de necessária atuação estatal. A efetivação e a implementação de direitos fundamentais que exigem um fazer do Estado sempre serão onerosas. No entanto, tal onerosidade não pode imunizar o Administrador de garantir à população a fruição dos direitos fundamentais em sua extensão mínima, reiterando-se que são garantidos pela Constituição e dotados de eficácia imediata.

A mera alegação de impossibilidade orçamentária não pode ser utilizada pelo Administrador como obstáculo intransponível para a efetivação dos direitos fundamentais. Não pode a cláusula de reserva do possível ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se de cumprir com suas obrigações constitucionais, especialmente quando a alegação estatal tenha como consequência a supressão do exercício de direito dotado de fundamentalidade.

Dessa forma, considerando que o núcleo do mínimo fundamental é a fundamentalidade dos direitos nele compreendidos, não merece prosperar a alegação de reserva do possível frente ao mínimo existencial e, nesse sentido, conforme demonstrado, tem se encaminhado a jurisprudência dos Tribunais Superiores do Brasil.

5. A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DO MÍNIMO EXISTENCIAL: NOVA PERSPECTIVA

Visto o olhar da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca do tema, que se atrela a exigibilidade do mínimo existencial, cabe tratar do posicionamento da doutrina moderna, que busca superá-lo.

Guilherme Peña de Moraes, em recente trabalho, posiciona-se a favor da superação do mínimo existencial como parâmetro de referência para o aludido controle judicial das políticas públicas, citando três correntes opostas sobre o tema. (MORAES, 2009).

A primeira corrente, chamada de restritiva, aduz que a possibilidade de controle está atrelada ao mínimo existencial. Esse conceito, já estudado acima, seria o limite para a atuação do judiciário na discricionariedade da administração pública. Fundamenta-se tal corrente na abstratividade das normas constitucionais que impõem prestações positivas de direito fundamental, ou seja, tais normas não possuem o condão de vincular a administração pública além do mínimo exigido pela Carta Magna.

A segunda corrente, dita intermediária, sustenta a possibilidade de superação do mínimo existencial como obrigação do Poder Público. No entanto, faz uma distinção baseada no direito de ação para a busca da referida prestação constitucional. Isto significa que, dentro do conceito chamado mínimo existencial, a pessoa teria um direito subjetivo de ação contra o poder público. *A contrario sensu*, uma vez ultrapassado tal limite, não se nega que tal direito subjetivo exista, todavia, não lhe confere direito de ação perante o Estado.

A terceira corrente, denominada ampliativa, à qual se adere expressamente, sustenta que o exercício das prestações constitucionais positivas, de caráter fundamental, não deve encontrar limitação, devendo encontrar na ação condenatória de obrigação de fazer seu instrumento.

Tal posição fundamenta-se na teoria do Estado Contemporâneo, que exige a consecução das demandas da sociedade, além do fato de que, conforme as regras do direito processual, a todo direito corresponderia uma ação.

Tal corrente deve ser considerada como a que melhor se amolda no Estado Contemporâneo. Com a reforma o estado, passou a se concentrar na efetivação dos direitos sociais e na execução de serviços públicos, considerados fundamentos precípuos de sua própria criação. Afasta-se assim de atividades como a econômica, que, em regra, pertencem à iniciativa privada, apesar de exceções intervencionistas, passando a ser considerado o Estado Gestor.

Com essa diminuição nas atividades estatais, com a conseqüente concentração em determinadas áreas, torna-se legítima a exigência de que o estado execute suas atividades fim de forma de forma a proporcionar máxima efetividade, uma vez esvaziado o argumento de inchaço da máquina estatal.

CONCLUSÃO

Não se pode olvidar que o Direito é uma ciência em constante evolução e transformação, uma vez que acompanha os anseios sociais, ainda que se depare com certo conservadorismo. Fato é que o ordenamento jurídico não pode estar indefinidamente atrelado a conceitos e dogmas centenários, frutos de uma sociedade diferente da atual.

Nesse diapasão, não é possível determinar a sobreposição do princípio da separação de poderes como forma de justificativa de más escolhas e desperdícios da Administração Pública na execução de políticas públicas.

A moderna doutrina não está alheia a isso e, cada vez mais, desenvolve o tema, sendo certo o surgimento de vozes admitindo o controle judicial de políticas públicas, sob diversos

fundamentos, mas centralizados na Constituição Federal e em seus princípios, como a eficiência e a dignidade da pessoa humana.

O direito brasileiro pós-1988 deve ser revisto e relido a partir da perspectiva constitucional, que se consolidou como norte, verdadeira “lupa” do ordenamento jurídico. Não somente o povo brasileiro, mas principalmente o Estado, deve obediência à Carta Magna e ao seu sistema, que, por sua natureza, constitui-se em garantia de Justiça Social e perseguição ao bem estar e à felicidade.

Dessa forma, nos tempos atuais, de notória crise da legislação e do próprio Poder Legislativo, uma atuação pró-ativa do Poder Judiciário faz-se imperiosa, para se garantir direitos conquistados arduamente, por vezes à custa de sangue. Tal atuação deve ser admitida, ainda que em caráter excepcional.

Portanto, deve ser admitido o controle judicial de políticas públicas, fundado principalmente no respeito à Constituição Federal e na máxima efetividade de suas normas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar. 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n 1.041.197. Relator: Min. Humberto Martins. Publicado no DOU de 16.09.09.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 811.608. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DOU de 15.05.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. n. 410.715 Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 22.11.05.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. *Controle Judicial das Omissões da Administração Pública sob a Perspectiva do Neoconstitucionalismo*, in: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Org.). 20 anos da Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva. 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos Horizontes para o Direito Administrativo pelo Controle das Políticas Públicas*, in Revista de Direito da Procuradoria – Geral do Estado do Rio de Janeiro, n.62 (2007).

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.