



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA
JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA, DA TEORIA DOS RESULTADOS E DA
PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Fernanda Caroline Pelisser

Rio de Janeiro
2019

FERNANDA CAROLINE PELISSER

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA
JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA, DA TEORIA DOS RESULTADOS E DA
PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA, DA TEORIA DOS RESULTADOS E DA PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Fernanda Caroline Pelisser

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.

Resumo – A compreensão dos institutos de direito administrativo está intimamente ligada aos valores emergentes da ordem jurídica que estrutura o Estado. Nessa mesma lógica caminham as noções de discricionariedade administrativa e seu respectivo controle judicial. Considerando os parâmetros extraídos do direito constitucional brasileiro, não é possível afastar a possibilidade de controle judicial da Administração Pública, ainda que o tema seja o das políticas públicas. Este trabalho pretende demonstrar que a deferência judicial às decisões políticas do Estado e do Governo pode – e deve – ceder diante da vinculação do administrador a juridicidade administrativa, a uma teoria dos resultados e a obrigação de dar efetividade aos direitos fundamentais, dentro das possibilidades apresentadas na casuística.

Palavras-chave–Direito administrativo. Direito constitucional. Judicialização. Controle judicial. Políticas públicas.

Sumário– Introdução. 1. Controle judicial da Administração Pública. Juridicidade administrativa e estreitamento do mérito administrativo. 2. Políticas públicas. Definição e implementação. Teoria do resultado. 3. Políticas públicas. Omissão. Efetividade dos direitos fundamentais e mínimo existencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A sindicabilidade judicial dos atos provenientes do poder discricionário da Administração Pública, desde muito suscita controvérsias. Em que pese estar consolidada a possibilidade de controle judicial da discricionariedade administrativa, o alcance e a intensidade do controle ainda dividem opiniões na literatura jurídica.

Conforme foi sendo estruturado o Estado Democrático de Direito – cujo mais importante marco no Brasil foi o surgimento da Constituição de 1988 – fez-se necessária uma releitura da temática em questão. A emergência do fenômeno da constitucionalização do direito possui importantes reflexos para a Administração Pública, pois trouxe um extenso rol de direitos fundamentais a serem observados, de modo a proteger os indivíduos dos arbítrios do Estado.

Dessa maneira, a consolidação de uma Administração Pública pautada no princípio da legalidade teve que ser reinterpretada e ampliada. Mais do que à lei, a atuação administrativa se sujeita a um conjunto de valores emanados das regras e princípios

constitucionais ao que chamamos de juridicidade. A vinculação da Administração Pública à juridicidade administrativa leva a um estreitamento do mérito administrativo, ampliando as possibilidades do controle judicial.

Dentro dessa temática, o controle judicial das políticas públicas se reveste de complexidade e importância. As políticas públicas traduzem uma escolha do administrador – dentro da seara da discricionariedade – na determinação do interesse público a que se visa atender, correlata às decisões fundamentais do Estado e do Governo.

Tendo em vista a intrínseca relação com a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição, bem como a recorrente má-prestação ou omissão do Poder Público, há um crescente judicialização das políticas públicas, o que traz novos desafios para jurisdição brasileira.

Nessa toada, a contraposição do princípio da separação de poderes com o da inafastabilidade do controle jurisdicional, somada a consolidação da constitucionalização do direito administrativo, leva a questionamentos sobre a definição dos contornos da intervenção do Poder Judiciário sobre as políticas públicas, no que tange a liberdade valorativa dos poderes discricionários da Administração.

O presente trabalho busca a compreensão desse fenômeno controverso, trazendo os limites e contornos do controle judicial das políticas públicas. Procura-se analisar e problematizar o papel da jurisdição frente à definição das políticas públicas, bem como em relação às omissões da Administração em seu dever prestacional, com importantes reflexos na consecução das missões trazidas pela Constituição Federal.

Para tanto, inicia-se o primeiro capítulo apresentando as noções sobre controle judicial da Administração Pública, notadamente no que tange o estreitamento do mérito administrativo à luz da juridicidade administrativa.

O segundo capítulo se norteia pela compreensão das políticas públicas e da possibilidade de seu controle pela via judicial, em âmbito de definição e implementação das referidas políticas, tendo como paradigma a consagração de uma teoria dos resultados.

Por fim, o terceiro capítulo trata da intersecção entre políticas públicas e direitos fundamentais, possibilitando o controle judicial das omissões do Estado, com enfoque no embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível, valorizando a solução casuística dessa problemática.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem

viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – especialmente no que tange à análise doutrinária e jurisprudencial – para sustentar a sua tese.

1. CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA E ESTREITAMENTO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

Antes de se analisar as peculiaridades atinentes às políticas públicas e seu controle pelo Poder Judiciário, faz-se necessário esclarecer algumas premissas que serão consideradas pelo presente trabalho, correlatas ao tema do controle judicial da Administração Pública.

Em síntese introdutória, defende-se, aqui: (i) a vinculação da Administração Pública não somente à legalidade, mas ao princípio da juridicidade administrativa; (ii) a superação da dicotomia entre atos administrativos discricionários e vinculados, adotando-se a teoria dos graus de vinculação do ato administrativo. Como consequência, o estreitamento do mérito administrativo leva a uma teoria contemporânea acerca do Controle Judicial da Administração Pública.

A primeira premissa teórica caminha no sentido de posicionar a Administração Pública dentro de um contexto de constitucionalização do direito, sob a ótica as noções de juridicidade administrativa.

Historicamente, o direito administrativo surge junto com a consagração do princípio da legalidade, de forma a condicionar a Administração Pública aos ditames da lei. No entanto, a força emergente das normas constitucionais, com a consequente irradiação do direito constitucional aos demais ramos do direito, resulta em uma releitura dos institutos de direito administrativo à luz do Estado Democrático de Direito. No tocante a Administração Pública, a constitucionalização do direito administrativo sugere a substituição da vinculação da Administração não somente à lei, mas principalmente à Constituição.

Esse cenário traz a tendência – adotada no presente trabalho – de ampliar o conteúdo do princípio da legalidade pela chamada juridicidade administrativa. Sobre o tema, diz

Gustavo Binebojm¹ que “Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo”.

A propósito, no julgamento da ADC nº 12²³, a Ministra Carmem Lúcia destacou a vinculação da atuação administrativa à juridicidade, emanada tanto dos princípios constitucionais, como dos valores contidos na Constituição Federal. É como se depreende do seguinte trecho extraído do julgado:

[...] a juridicidade que obriga o Poder Público, em qualquer de suas manifestações pelos órgãos próprios, emana dos comandos constitucionais, não assim de norma infraconstitucional. Os princípios constitucionais aplicam-se a todos os Poderes da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (...) Nem precisaria haver princípio expresso - quer da impessoalidade, quer da moralidade administrativa - para que se chegasse ao reconhecimento da constitucionalidade das proibições de contratação de parentes para os cargos públicos. Bastaria que se tivesse em mente a ética democrática e a exigência republicana, contidas no art. 1º, da Constituição, para se impor a proibição de maneira definitiva, direta e imediata a todos os Poderes da República

Com a vinculação da Administração Pública à juridicidade administrativa, fundamenta-se a segunda premissa adotada no presente trabalho, qual seja: a superação da dicotomia entre atos administrativos vinculados e discricionários.

Dentro da visão da doutrina tradicional, Maria Sylvia Di Pietro⁴ explica que quando o regramento atinge a totalidade dos aspectos de um ato administrativo, diz-se que o poder administrativo é vinculado. Por outro lado, quando a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, remanescendo espaço para a escolha entre várias soluções possíveis, todas válidas para o Direito, estamos diante do chamado poder discricionário. A discricionariedade conferida ao Poder Público compreende a ideia não de um poder ilimitado,

¹ BINEBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.36.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 12*. Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

³ A ADC nº 12 é um precedente emblemático para o estudo do controle judicial da Administração Pública, tendo em vista que foi consolidado o entendimento de que a vedação ao nepotismo não depende da literalidade da lei, mas decorre da aplicação dos princípios administrativos, em especial o da moralidade administrativa e o da impessoalidade. Desse julgamento resultou a edição da súmula vinculante n. 13, *in verbis*: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola Constituição Federal” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 13*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>).

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61-62.

mas condicionado aos limites do ordenamento jurídico, em conformidade com as noções de submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade.

Por sua vez, Gustavo Binbenojm⁵ sugere uma releitura da discricionariedade administrativa de forma a superar a dicotomia tradicional entre atos vinculados e discricionários. Nesse sentido, desenvolve uma classificação decorrente da vinculação do ato em diferentes graus de juridicidade, na seguinte escala decrescente de densidade normativa:

- a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares);
- b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares);
- c) atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares)

Trata-se do que o autor chama de um estreitamento do mérito administrativo, decorrente da importância crescente assumida pelos princípios – trazidos com o fenômeno da constitucionalização do direito –, o que aumenta a margem de vinculação do ato administrativo à ordem jurídica. O resultado desse estreitamento é, segundo o autor⁶, “(i) a redução das possíveis opções à escolha do administrador, dentro do quadro de juridicidade; (ii) a redução da discricionariedade a zero, quando restar apenas uma escolha conforme a juridicidade”.

Importante pontuar que a teoria supracitada foi aplicada pelo Ministro Luiz Fux, no AgRG em MS 26849/DF⁷.

A partir deste panorama, desenvolve-se a teoria contemporânea sobre o controle judicial da Administração Pública⁸.

Repise-se: com a consagração da vinculação da Administração Pública à juridicidade administrativa, reduziu-se o espaço de liberdade do administrador, tendo em vista a vinculação do administrador aos valores constitucionais que consolidam a proteção da pessoa humana e balizam a Administração Pública, oferecendo maiores parâmetros para que a

⁵ BINENBOJM, op. cit, p. 207-208.

⁶Ibidem.

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRG em MS 26849*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5914335>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

⁸ Para justificar o controle judicial sobre Administração Pública, foram elaboradas algumas teorias ao longo do tempo. Desde o século XIX, o Conselho de Estado francês já admite o recurso por excesso de poder, por meio do qual são analisados os vícios de competência e forma do ato emanado do Poder Público. No que tange o controle da discricionariedade administrativa, no entanto, foi com a elaboração da teoria do desvio do poder que se adquiriu verdadeira importância. Posteriormente, o controle passou a ser também exercido por meio do estudo dos conceitos jurídicos indeterminados, pela teoria dos motivos determinantes e, hoje, pela adequação dos atos administrativos com os princípios extraídos da Constituição Federal. Para o aprofundamento do tema, veja-se: PELISSER, Fernanda. *O controle judicial da discricionariedade administrativa no estado democrático de direito*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/2332/2214>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

atividade administrativa seja exercida. São exatamente esses limites constitucionais e legais que permitem o controle judicial da discricionariedade administrativa. Ou seja: se os limites existem, é possível que sejam desrespeitados, produzindo atos administrativos ilegais e, portanto, passíveis de revisão judicial.

De modo a sistematizar uma teoria adequada para a realização do controle judicial dos atos emanados pela Administração Pública, Gustavo Binenbojm⁹ propõe a análise de parâmetros (também chamados de *standards*) a serem observados em concreto. Dessa maneira, seria possível uma aferição dinâmica da possibilidade de controle judicial por sobre a atuação administrativa, levando em consideração as peculiaridades que a casuística trouxesse. Nesse sentido:

- (i) quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais (tanto em proveito de outros direitos fundamentais, como em prol de interesses difusos constitucionalmente consagrados), mais intenso deve ser o grau do controle judicial. (...)
- (ii) quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o grau de controle judicial. (...)
- (iii) quanto maior o grau de tecnicidade de matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau de controle judicial. (...)
- (iv) quanto maior o grau de politicidade da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (chefe do executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau de controle judicial. (...)
- (v) quanto maior o grau de efetiva participação social (direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau de controle judicial. (...)

Em caso de conflito entre esses parâmetros, utilizar-se-ia, segundo o autor¹⁰, da seguinte ordem de prioridades:

- 1º) o juiz deverá dar preferência à proteção do sistema de direitos fundamentais, como uma das expressões da sua posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro (controle mais severo);
- 2º) o juiz deverá dar preferência ao grau de objetividade do relato normativo (controle tanto mais brando quanto menor o grau) aplicável ao caso;
- 3º) o juiz deverá dar preferência tanto à legitimidade de investidura da autoridade, em relação às matérias políticas (controle mais brando), como à especialização técnico-funcional da autoridade, em relação às matérias que demandam expertise e experiência (controle mais brando), conforme o caso;
- 4º) o juiz deverá considerar, ainda, o grau de participação social no processo de tomada da decisão, como fator a ensejar um controle mais brando

Assim, privilegia-se, em primeiro lugar, a proteção dos direitos fundamentais, por meio da qual se invoca um controle mais amplo do Poder Judiciário. Da mesma maneira, se o

⁹BINEBOJM, op. cit., p. 235-237.

¹⁰Ibid., p. 238.

ordenamento jurídico oferecer elementos objetivos para pautar a atuação administrativa, o controle deve ser mais intenso.

Por outro lado, em matérias afetas a conteúdo estritamente político, ou técnico, o magistrado deveria privilegiar a expertise da Administração Pública, bem como a legitimidade dos agentes eleitos democraticamente. Essa mesma lógica aplica-se aos atos emanados com participação democrática dos cidadãos, de modo que o controle judicial, aqui, seria menos intenso para privilegiar o princípio democrático.

De todo o modo, com o advento do texto constitucional de 1988, há uma tendência de ampliação do controle do Poder Judiciário. De fato, a força principiológica que decorre da Constituição brasileira amplia os parâmetros de controle da Administração Pública, reduzindo a discricionariedade pela observância da juridicidade administrativa.

Por outro lado, a amplitude do controle da discricionariedade administrativa não significa a substituição do administrador pelo juiz, mas sim a proteção do interesse público, de modo a evitar os excessos – ou omissões – da atuação administrativa.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS. DEFINIÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO. TEORIA DO RESULTADO

Compreendidas as premissas para o controle da Administração Pública, pergunta-se: é possível o controle judicial das políticas públicas?

As políticas públicas são definidas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto como “o complexo de processos destinados a realizar, de modo coerente e coordenado, as decisões políticas setoriais do Estado e de Governo”¹¹. Considerando que a atividade estatal é direcionada à consagração dos direitos fundamentais, enquanto missão constitucionalmente atribuída ao Estado, o autor complementa esse conceito, afirmando que as políticas públicas constituem “um complexo juspolítico de processos destinado à efetivação dos direitos fundamentais”¹².

Considerando a noção introdutória trazida acima, verifica-se que a definição das políticas públicas abrange um processo que visa a tomada de decisões fundamentais do Poder Público, em âmbito estritamente correlato ao domínio da política. De tal modo, trata-se de seara que implica em uma alta margem de liberdade para a atuação do administrador – ou

¹¹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 209.

¹²Ibidem, p. 219.

seja, de discricionariedade administrativa. Tendo em vista essas peculiaridades, a questão atinente a possibilidade de controle judicial é controversa.

Dentro da temática atinente à discricionariedade do administrador, já foi apresentado o posicionamento do presente trabalho no que diz respeito ao estreitamento da do mérito administrativo, tendo em vista a vinculação da Administração à juridicidade. Essa premissa implica em inferir que a atuação do administrador – ainda que subsista liberdade – está, no mínimo, vinculada aos princípios constitucionais e, portanto, passível de ser controlada mediante a provocação do Poder Judiciário.

Considerando essa premissa, defende-se, aqui, uma resposta afirmativa à questão acima proposta, já que não se mostra compatível com o nosso sistema constitucional a existência de um campo de atuação administrativa inteiramente imune ao controle jurisdicional.

Serão analisados dois importantes parâmetros para que o referido controle seja realizado: (i) a Administração Pública possui a obrigação de atingir resultados constitucionalmente previstos na definição e implementação das políticas públicas; (ii) os direitos sociais são direitos fundamentais e, portanto, possuem efetividade. Essa segunda questão será analisada no capítulo subsequente.

No que tange à teoria dos resultados, apesar de ter origem nas ciências administrativas, essa teoria, aplicada à Administração Pública, deve ser “coerentemente adaptada em referência aos imperativos de efetiva realização das diretrizes constitucionais que orientam e balizam os Poderes Públicos.”¹³. Especificamente quanto ao objeto deste trabalho: a Administração Pública tem o dever de atingir os resultados ambicionados quando da consecução das políticas públicas.

Conforme se depreende das lições de Diogo de Figueiredo¹⁴, as políticas públicas são resultantes de um complexo processo que, para o jurista, seria composto por três fases: a fase constitucional, a fase governamental e a fase administrativa.

Toda a política – assevera o autor – deve ser obrigatoriamente uma “política constitucionalmente referida”¹⁵. Nesse sentido, uma primeira fase visa à definição de políticas de estado, a qual está vinculada ao comando constitucional que molda e predetermina as prioridades estatais.

¹³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008., p. 135.

¹⁴Ibidem, p. 214.

¹⁵Ibidem.

A partir da vinculação à generalidade do texto constitucional, o Governo deverá escolher as “linhas de ação específicas possíveis”¹⁶, mediante a atuação cooperativa dos Poderes Legislativo e Executivo, concretizadas pela formulação, planejamento e orçamentação das políticas públicas. Nessa fase, definem-se as políticas de governo, consubstanciando um processo de instrumentalização infraconstitucional das escolhas do governo.

O terceiro nível é conferido exclusivamente à Administração Pública e consiste na “execução da política governamental”¹⁷. Aqui, definem-se as políticas administrativas para efetivar a política governamental, constituindo espaço de exercício de discricionariedade pelo administrador, no que tange as decisões gerenciais que serão tomadas para realizar o interesse público que foi constitucionalmente definido e governamentalmente decidido.

Nesse sentido, as decisões setoriais do Estado são formadas a partir de um processo complexo, composto por diferentes fases, cada qual pautada na juridicidade e com a finalidade de atingimento do interesse público. Em última análise, todas as fases decorrem da Constituição.

Partindo desses pressupostos, Diogo de Figueiredo¹⁸ correlaciona as seguintes possibilidades de controle das políticas públicas: i) na definição da política governamental, faz-se possível um controle de constitucionalidade e de legitimidade; ii) na definição da política administrativa, agregam-se as possibilidades de controle da legalidade, da moralidade e da economicidade.

Em suma, os trâmites que levam a uma política pública – desde o planejamento, passando pela orçamentação, até a execução – devem estar em conformidade com o interesse público e com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Notadamente, exige-se a concretização dos resultados constitucionalmente exigidos do administrador. A dimensão finalística dos resultados exige mais do que intenções, mas eficiência e legitimidade na ação governamental.

O que se defende é que as escolhas políticas estejam em conformidade com os objetivos constitucionalmente previstos, não podendo o administrador se esconder por detrás da “discricionariedade administrativa” para imunizar sua atuação do controle estatal. Veja-se que a eficiência constitui postulado constitucional que rege a Administração, conforme o art.

¹⁶Ibidem.

¹⁷Ibidem, p. 216.

¹⁸MOREIRA NETO, op.cit., 2018, p. 218.

37, *caput* da CRFB/88¹⁹, de modo que se exige qualidade na implementação de políticas públicas pela Administração – dentro, é claro, dos limites dos recursos públicos.

Nessa seara, destaca-se a importância de uma boa administração, pautada na concretização de resultados, com base em uma dimensão finalística que passa pelos princípios a eficiência, da moralidade, da qualidade do resultado, dentre outros – sejam explícitos ou implícitos no texto constitucional.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO. EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E MÍNIMO EXISTENCIAL

Além do paradigma trazido pela teoria dos resultados – com enfoque na eficiência administrativa e na boa administração – outra questão atinente ao controle judicial das políticas públicas diz respeito a necessária efetividade dos direitos fundamentais.

Estabelece o art. 5º, §1º da CRFB/88²⁰ que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isso significa que os direitos fundamentais são aplicáveis independentemente de intermediação legislativa.

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais que impõe prestações positivas ao Estado é controversa, pois envolve a incidência de um alto número de normas programáticas, uma matéria de alta complexidade política e a exigência de dispêndio financeiro de recursos públicos muito elevado para sua implementação.

Os direitos sociais prestacionais possuem necessariamente repercussão econômica. Diante disso, entende-se que esses direitos de status positivo são aplicáveis à luz da reserva do possível (ou teoria das escolhas trágicas), tendo em vista que são concretizados até o limite dos recursos disponíveis das possibilidades orçamentárias e financeiras do Estado.

Conforme ensina Daniel Sarmento²¹, a teoria do reserva do possível tem origem no Tribunal Constitucional Alemão a partir da decisão do célebre caso conhecido como *Numerus Clausus*²², versando sobre a universalidade do acesso ao ensino superior. A Corte decidiu que, diante da limitação dos recursos do Estado, ele se vê forçado a fazer escolhas alocativas, estabelecendo prioridades para o atendimento dos interesses da coletividade. Assim, só cabe

¹⁹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

²⁰Ibidem.

²¹SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 229.

²²ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão. *BVerfGE 33 303* in: ibidem.

ao particular exigir do Estado, a luz da reserva do possível, o que ele tem condições de prestar.

Ingo Wolfgang Sarlet²³ explica que a reserva do possível envolve: i) dimensão fática, no que tange a disponibilidade dos recursos públicos; ii) dimensão jurídica, relacionada a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; e iii) proporcionalidade da exigência da prestação. Consagra, portanto, uma limitação fática e jurídica para a efetivação dos direitos prestacionais.

Nesse contexto, é possível que o Poder Judiciário determine a implementação de políticas públicas necessárias a concretização desses direitos fundamentais?

Entende-se, majoritariamente que, em certas situações, é possível essa atuação do Judiciário, sem que isso viole o princípio da separação de poderes, já que a reserva do possível: i) não pode ser utilizada como desculpa para nada ser feito, com a intenção de fraudar a aplicabilidade de direitos fundamentais; ii) não exime o Estado de proteger o mínimo existencial; e iii) não possibilita ao Estado retroceder nas conquistas já asseguradas.

Nesse sentido, em primeiro lugar, a impossibilidade de atendimento da demanda prestacional deve ser demonstrada pelo Estado, ao qual incumbe o ônus da prova, conforme afirma Sarlet²⁴. Ressalva-se que o obstáculo jurídico e econômico deve considerar não frente demanda individual, mas à universalização da prestação postulada²⁵.

Ademais, a reserva do possível não serve como um escudo para que o Estado se exima de oferecer as pessoas aquilo que é minimamente necessário para sua subsistência. Trata-se da consagração de um direito fundamental às condições mínimas para uma existência que resguarde a dignidade humana. O objetivo constitucional é a consecução dos direitos fundamentais como um todo; diante da impossibilidade de recursos, protege-se, ao menos, o núcleo fundamental para uma vida digna.

O mínimo existencial deve ser assegurado pelo Estado, independente da alegação da reserva do possível²⁶. Ainda que não se reconheça a absoluta inoponibilidade do mínimo existencial em face das possibilidades econômicas do Estado, trata-se – nas palavras de Sarmento²⁷ – de forte prioridade estatal, passível de ser controlada judicialmente.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 296.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 632.

²⁵ SARMENTO, op.cit., p. 231.

²⁶ SARLET, op.cit., 2015, p. 332 -333.

²⁷ SARMENTO, op.cit., p. 232.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal²⁸:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (...)

Com fundamento na proteção do mínimo existencial referente ao direito à educação, o STF²⁹ já chancelou decisão de Tribunal de origem que determinava o cumprimento, pelo Poder Público, do atendimento em creche para crianças de até 5 anos de idade. Nessa oportunidade, a Corte Constitucional alegou que a teoria dos custos dos direitos não pode ser invocada para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais previstos constitucionalmente. Em seu voto, o Min. Celso de Mello sustentou:

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe ao Poder Público de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado, “obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência” (WILSON DONIZETI LIBERATI, “Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar”, “in ” “Direito à Educação: Uma Questão de Justiça”, p. 236/238, item n. 3.5, 2004, Malheiros), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípuo destinatário.

Em outro julgado³⁰, salientando a prioridade do direito à saúde, o STF manteve decisão que determinava a implementação de um plano municipal para controle de tuberculose. Veja-se um trecho do voto do Min. Celso de Mello:

Tratando-se de típico direito de prestação positiva – garantia do direito à saúde mediante políticas públicas para redução do risco de doença e de outros agravos (“elaboração do plano municipal de controle da tuberculose”) –, que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República, tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADPF&numero=45&origem=AP>>. Acesso em: 16 set. 2019.

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.101.106*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281101106%2EENUME%2E+OU+1101106%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y58vyqp5>>. Acesso em: 16 set. 2019.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. *AGR em RE nº 1165054*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281165054%2EENUME%2E+OU+1165054%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y3wb6dqa>>. Acesso em: 16 set. 2019.

disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial

Também com o escopo de proteção do direito a saúde, o STF³¹ validou a tese acerca da possibilidade de determinação judicial para fornecimento gratuito de medicamentos aos portadores de HIV, tendo em vista que “o direito a saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste à todas as pessoa – representa consequência constitucional indissociável do direito a vida”.

Ademais, em importante precedente, a Corte Constitucional³² reconheceu o estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema carcerário brasileiro e determinou: i) o a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional; ii) a implementação por juízes e tribunais das audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciário prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão

Por fim, para além do mínimo existencial, a reserva do possível também não é fundamento para justificar retrocesso social. Os direitos fundamentais possuem uma eficácia restritiva, da qual decorre o princípio da vedação ao retrocesso social (ou não retrocesso social ou proibição da evolução de contrarrevolução social ou proibição da evolução reacionária ou efeito clicquet). Assim, uma vez reconhecido um direito fundamental prestacional, não é possível aniquilar o seu núcleo essencial.

É o que se depreende da obra de Canotilho³³:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação”, ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.

De tal modo, em tema de políticas públicas, a intervenção do Poder Judiciário vem sendo admitida em sede doutrinária e jurisprudencial, tendo como norte a efetividade dos direitos fundamentais. Desse corolário se extrai a superação do paradigma da reserva do possível como um escudo para a Administração Pública se eximir de suas missões

³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro: Celso de Mello. *RE nº 271.286*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y6pr46t4>>. Acesso: em 16 set. 2019.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=347&processo=347>>. Acesso em: 16 set. 2019.

³³CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 339-340.

constitucionais. Conquanto sejam – e muito – importantes, as limitações fáticas e financeiras devem ser demonstradas pelo Poder Público na casuística; ademais, como visto, não se sobrepõe ao mínimo existencial, nem ao princípio da vedação ao retrocesso.

CONCLUSÃO

A análise e a compreensão dos institutos do Direito Administrativo não podem ser desvinculadas dos paradigmas trazidos pelo texto constitucional. De tal modo, é simples constatar que inexistente liberdade irrestrita na atuação administrativa, ainda que dentro da definição e implementação das decisões políticas essenciais do Estado e do Governo.

Partindo dessa proposição, constatou-se neste trabalho a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, com base em três paradigmas, extraídos da sede doutrinária e jurisprudencial.

No primeiro capítulo, sedimentou-se a noção acerca da vinculação da Administração à juridicidade administrativa, compreendida como os valores e princípios emanados de nossa ordem constitucional. Em seguida, no segundo capítulo, adotou-se a teoria dos resultados, de modo a inferir que, na implementação e definições das políticas públicas, o administrador deve atingir os resultados constitucionalmente previstos. Por fim, no terceiro capítulo, com base na efetividade dos direitos fundamentais, analisou-se a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas diante da omissão do Estado, contrapondo as noções de reserva do possível com as de mínimo existencial.

Ademais, restou demonstrado que a possibilidade de controle judicial das políticas públicas – apesar de merecer um olhar cauteloso e casuístico – é hoje uma realidade constatada tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência pátria, notadamente no Supremo Tribunal Federal.

Em decorrência destas reflexões, deste trabalho extraem-se as seguintes premissas: i) o processo de definição e implementação das políticas públicas é formado por uma série de atos decorrentes do texto constitucional; ii) esses atos estão vinculados a juridicidade administrativa; iii) tratando-se de atos de conteúdo eminentemente político, indica-se a deferência do Poder Judiciário aos poderes eleitos; no entanto, iv) tratando-se de matéria correlata aos direitos fundamentais, cabível o controle judicial, seja com base na vinculação do administrador à Constituição, seja pela necessidade de atingir resultados sob o primado da eficiência, seja para proteger o núcleo intangível do mínimo existencial.

Em comum, esses três paradigmas de controle são frutos da interpretação do texto constitucional, por meio da qual se estreita cada vez mais o mérito administrativo, com vistas a evitar não só arbitrariedade, mas também a ineficiência estatal em cumprir com os seus deveres constitucionalmente estabelecidos.

REFERÊNCIAS

BINEBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 12*. Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 04 abr. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADPF&numero=45&origem=AP>>. Acesso em 16 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=347&processo=347>>. Acesso em 16/09/2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *AgRG em MS nº 26849*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5914335>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. *AGR em RE nº 1165054*. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281165054%2E+OU+1165054%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y3wb6dqa>>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro: Celso de Mello. *RE nº 271.286*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y6pr46t4>>. Acesso em 16 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.101.106*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281101106%2E+OU+1101106%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti.nyurl.com/y58vyqp5>>. Acesso em: 16 set. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *O direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PELISSER, Fernanda. *O controle judicial da discricionariedade administrativa no estado democrático de direito*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/2332/2214>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.