

A SINDICABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO OU A POSSÍVEL BALBÚRDIA DOS VALORES NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

THE CONTROL OF PUBLIC POLICIES FOR THE JUDICIARY OR A POSSIBLE CONFUSION VALUES IN ADMINISTRATIVE ACTION

Raimundo Márcio Ribeiro Lima

Procurador Federal/AGU

Associado do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP)

Mestre em Direito Constitucional pela UFRN.

Professor substituto da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Políticas Públicas; 2 *Mérito Administrativo* e Separação dos Poderes; 3 Mínimo Existencial e Reserva do Possível; 4 Limites à Atuação Judicial; 5 Considerações Finais; Referências.

“A decisão judicial, especialmente em assuntos de grande importância constitucional, muitas vezes envolve uma escolha entre valores morais e não a simples aplicação de um único princípio moral importante, pois é loucura acreditar que, onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma resposta clara a oferecer”¹.

RESUMO: O artigo discute a legitimidade da substituição da discricionariedade administrativa pela discricionariedade judicial, geralmente pautada em valores ou convicções pessoais do magistrado, o que representa uma clara afronta ao princípio democrático. Por outro lado, a ingerência judicial no *controle* das políticas públicas é adequada nos casos de agressão aos direitos fundamentais ou aos princípios constitucionais da Administração Pública. Todavia, a atuação judicial exige parcimônia e um mínimo de objetividade, porque a atuação racional da Administração Pública, como expressão de sua autonomia político-administrativa, exige o necessário respeito aos limites funcionais de cada poder. O compromisso com o Estado Democrático de Direito não nega a importância do desenho institucional estampado na Constituição e, claro, da reserva do exercício do poder político decorrente do princípio democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Políticas Públicas. Princípio Democrático. Discricionariedade. Sindicabilidade Judicial. Separação dos Poderes.

ABSTRACT: The article discusses the legitimacy of the replacement of administrative discretion by judicial discretion generally guided by personal values or beliefs of the magistrate, which is a clear affront to the democratic principle. Moreover, judicial interference in the control of public policies is appropriate in cases of assault on fundamental rights or the constitutional principles of public administration. Nevertheless, judicial action requires parsimony and a minimum of objectivity, because the rational operation of the Public Administration, as an expression of their political-administrative autonomy, requires the necessary respect to the functional limitations of each power. The commitment to the democratic state does not deny the importance of institutional design stamped in the Constitution and, of course, of the reserve the exercise of political power resulting from the democratic principle.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Public Policy. Democratic Principle. Discretion. Judicial Control. Separation of Powers.

1 HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 264.

INTRODUÇÃO

No Brasil, desde a última década do século passado, discute-se muito sobre as políticas públicas destinadas a atender aos objetivos fundamentais da República estampados no art. 3º da CF/88, justamente porque a discussão encontra-se cercada de várias problemáticas, tais como: (a) a observância do princípio da eficiência na execução das políticas públicas; (b) os limites orçamentários e a promoção das escolhas administrativas acertadas na consolidação dos direitos fundamentais dos cidadãos, até mesmo como expressão do dever de boa administração do gestor público; (c) a pertinência do *controle*² judicial das políticas públicas e os seus limites político-normativos na ordem constitucional vigente; e (d) a responsabilidade do Estado em virtude da ausência de políticas públicas concretas nos importantes segmentos ou setores da sociedade.

Neste breve trabalho, por uma conexão direta entre os pontos, e por uma necessária delimitação nos estudos promovidos, são apresentadas as devidas discussões sobre as temáticas ventiladas nas alíneas *b* e *c*, de forma que as mencionadas nas alíneas *a* e *d* serão cotejadas de modo subliminar, isto é, de modo a embasar certas posições assumidas no curso da exposição argumentativa sobre a matéria abordada e, mesmo assim, sem maior demora.

Promove-se, ainda, uma exposição, mesmo que pontual e recorrente ao longo da exposição, sobre o sentido e o alcance do princípio da separação dos poderes, assim como uma necessária digressão sobre a dinâmica da legitimidade da atuação administrativa; aliás, questão de particular importância na compreensão do regime jurídico-administrativo, haja vista a perspectiva democrática da atividade administrativa brasileira em função da fórmula política: *Estado Democrático de Direito*.

2 O termo controle não se alinha corretamente à atividade exercida pelo Poder Judiciário quando da análise legalidade e legitimidade das diversas atividades administrativas referentes às políticas públicas, pois, a rigor, não se controla efetivamente tais políticas, mas, sim, e não menos importante, promove-se a sindicabilidade dos atos ou medidas administrativas a elas relacionadas. Quer dizer, a ideia de controle se revela numa atuação direta sobre a atuação administrativa desenvolvida, enquanto a noção de sindicabilidade procura justamente corrigir os possíveis desvios perpetrados pela autoridade pública na promoção das medidas administrativas exigidas pela gestão da coisa pública. Deve-se advertir que não se trata de uma sutileza bizantina, mas, sim, uma releitura ou perspectiva diversa ao prospectar a função do Poder Judiciário sobre a matéria, tudo de modo a revelar o seu verdadeiro sentido no Estado Democrático de Direito brasileiro, em que prestigia uma divisão funcional dos poderes com necessários e marcantes traços de desejada harmonia.

Por fim, cumpre esboçar uma diretriz sobre a sindicabilidade possível ou adequada das políticas públicas pelo Poder Judiciário, isto é, que contemple os seus limites em face da ordem constitucional vigente, sem, contudo, apequenar a sua importância na contextura evolutiva da realizabilidade dos direitos fundamentais no Brasil.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS

Inicialmente, cumpre traçar um sentido à expressão políticas públicas, até mesmo para direcionar o alcance dos seus efeitos na senda executiva do Estado, isto é, a atividade material empreendida pela Administração Pública.

O que seria uma política pública? Seria toda e qualquer atuação do Poder Público com vista a atender aos objetivos fundamentais da nossa República, *ex vi* art. 3º da CF/88? Ela corresponde à atuação do Estado voltada à execução das leis orçamentárias?

Em primeiro lugar, o conceito deve compreender um universo bem expressivo de possibilidades, pois não há como definir concretamente a ambiência precisa do complexo operativo da atuação do Estado, pois ela segue um usual caminho das demandas crescentes nas sociedades hipermodernas e complexas.

Logo, não se propõe uma conceituação indene de reparos, e nem isso seria possível, porém não se pode negar que a delimitação do termo encontra amparo na necessária compreensão de quem sejam os legitimados a promover tais políticas, assim como os destinatários delas.

Prendendo-se a uma perspectiva política, os legitimados a empreendê-las, como diretrizes gerais no plano da determinabilidade governamental, são os agentes políticos no sentido técnico e preciso do termo³, recaindo, portanto, primacialmente aos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo, pois os demais agentes públicos,

3 A saber, os detentores de cargo político, pois neles imperam, em tese, uma legitimação decorrente do princípio democrático. O mesmo não se pode dizer em relação aos magistrados, muito embora, como arautos da legalidade, aliás, tal dever estende-se a quaisquer servidores públicos, podem, em função das especificidades ou poderes instrumentais do cargo, promover uma necessária sindicabilidade da atuação administrativa, tudo de modo a evitar ofensa às regras e aos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à Administração Pública, e, nessa qualidade, como atuação de uma parcela do Poder do Estado, pode promover decisões com indiscutível repercussão política; contudo, não há como afirmá-los como agentes políticos. Logo, a denominação agente político, embora criticável numa democracia deliberativa, se afigura aceitável apenas ao órgão de cúpula do Poder Judiciário.

ainda que contribuam com tal objetivo, não desenvolve uma posição de elaboração ou de execução direta de tais políticas, mas, sim, de eventual/possível corrigenda delas no exercício regular de suas funções. Pensar o contrário, por certo, seria afirmar que um magistrado, numa sentença relativa a um dever de prestação estatal⁴, estaria promovendo uma política pública, o que não é nada arrazoado, somente porque exerce uma expressão de poder do Estado, já que isso é extensível a qualquer servidor público, portanto, a diferença não é *qualitativa*, mas *quantitativa*.

Em verdade, em tal caso, observa-se, no máximo, uma decisão judicial: (a) com dilargada abrangência que será decodificada e necessariamente empreendida pela via administrativa, e ainda com certa margem de discricionariedade, pois não há como delimitar com exatidão todos os planos da atividade executiva, uma vez que a possibilidade de escolha de determinados meios ou expedientes, na reconhecida compreensão da discricionariedade de escolher meios⁵, sempre há-de surgir, em maior ou menor escala, em cada caso concreto; (b) com propósito concreto/individual, circunstanciando a dimensão semântica e material da norma jurídica, cuja fundamentação deve demonstrar a situação evidente que autorize um tratamento bem peculiar a ser dispensado ao jurisdicionado ou a uma coletividade; quer dizer, que justifique uma ingerência positiva da autoridade judicial no plano da atuação administrativa; ou (c) delimitadora ou supressiva de alcance de determinado veículo normativo, com os demais consectários fáticos, por afrontar, dentre outros, os caros princípios da proporcionalidade e da razoabilidade⁶.

4 Nesse ponto, impende salientar uma didática classificação das atividades-fim do Estado, quais sejam, (a) as atividades em se cotejam o relacionamento de um Estado com os demais ou com as mais diversas entidades internacionais; (b) as atividades de controle social, em que se prestigia a regulação da vida em sociedade, nas quais evidentemente alcançariam, em grande medida, diversas atividades administrativas que, eventualmente, seriam objeto da devida análise dos órgãos de controle interno ou externo da Administração Pública, sem falar na atuação repressiva, via Poder Judiciário, de modo a coibir possíveis abusos do Poder Público; (c) as atividades da gestão administrativa (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 80). Naturalmente, os deveres de prestação social se vinculariam às atividades de gestão administrativa e, por conseguinte, nos quais se dariam a eventual sindicabilidade dos atos administrativos perpetrados pelo Poder Público.

5 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 586.

6 Essa última hipótese, por si só, demandaria um demorado artigo em separado para explicitar os seus devidos esteios, haja vista a difícil tarefa de delimitar com precisão o campo de atuação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em face da atividade legiferante e, claro, na contextura dos casos concretos.

Assim sendo, a atuação judicial em momento algum realiza qualquer política pública, já que os atos materiais ou normativos recaem sobre a atividade executiva ou legiferante, excetuando-se, no último caso, quando imperar os efeitos da teoria concretista em mandado de injunção coletivo ou individual, donde desponta, desde já, um potencial substrato normativo da decisão do Poder Judiciário⁷.

Em termos mais claros, magistrado não pode ser coautor de políticas públicas, porque ele é *processualmente irresponsável*⁸ e, como se

-
- 7 A sentença normativa da Justiça do Trabalho é uma excrescência do sistema, pois não passa de um “grande acordo de regras técnico-laborais ou econômicas” firmadas entre os segmentos econômicos e profissionais com o beneplácito do Poder Judiciário, simplesmente porque a sentença é decantada pelos segmentos econômicos e profissionais. Quer dizer, há apenas mudança de sede das discussões, porque o tal dissídio é sempre bem pontual e a atuação judicial, ainda que se diga plena e enormada, é fastidiosa, repetitiva e, ainda, limitada pelo ciclo das convergências econômicas e pelas regras técnicas advindas da sociedade civil, senão imperaria o arbítrio.
- 8 O mesmo se diga com relação ao próprio Poder Judiciário. Não se olvida os termos do art. 133, inciso I, do CPC e nem mesmo o art. 2º da Lei nº 1.079/1950; todavia, não se pode acreditar que esses dispositivos possuam alguma inferência concreta na responsabilização de um membro do Poder Judiciário. Ora, que dolo ou fraude, esta compreendida como um expediente doloso, corporificada em decisão judicial de cunho [eminente] discricionário, poderia ser aventado com êxito para fins de responsabilização do seu prolator? Em outros termos, a *discricionariedade judicial* dificilmente seria interpretada como manifestação dolosa ou fraudulenta por parte do próprio Poder Judiciário. Assim, o sistema apresenta uma inconsistência terrível: como limitar ou punir a discricionariedade judicial manifestada com dolo ou fraude, já que a ela, em si mesma, não pode ser de todo afastada? Seria o caso de responsabilizar o próprio Poder Judiciário baseado na teoria do órgão de Otto von Guericke? Desconhece-se essa possibilidade por uma razão bem simples e, claro, ideológica: não se trata da famigerada questão sobre o corporativismo que reina no Poder Judiciário pátrio, não mesmo, o problema é mais consistente e menos imoral; a saber, propugna-se que a ingerência judicial em questões administrativas constitua uma verdadeira bandeira do Poder Judiciário para efetivar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, mormente os de caráter prestacional; assim sendo, a desatada *discricionariedade judicial* é vista como elogiosa forma de atuação funcional e, portanto, consentida pelos membros desse poder, de modo que eventuais desvios serão *sopesados* ou *relevados* em face dos *benefícios* concretos decorrentes da operosa e habitual atuação discricionária dos magistrados. Outro ponto relevante, no que confirma a questão acima, é que não há como evitar a discricionariedade judicial no plano da atividade interpretativa, porquanto isso é inerente à própria aplicação e consolidação dos direitos (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 391), haja vista que a moldura do texto jurídico contempla a possibilidade de várias *normas* aplicáveis para o caso concreto; todavia, não se deve admitir a substituição da discricionariedade administrativa, portanto, do gestor, pela discricionariedade judicial, que não é legitimada, em tese, pelo regime democrático. Ademais, não faltará quem defenda que um sistema de responsabilização judicial imprimiria um claro expediente de limitação da atuação judicial, criando, assim, um sério problema sobre o próprio exercício do livre convencimento motivado no árduo processo de resolução de conflitos de interesses. Tal linha argumentativa não convence, pois há necessidade de criar um parâmetro de responsabilização adequado aos magistrados, o mesmo se diga quanto aos membros do Ministério Público, senão pode imperar, como não raras vezes ocorrem, situações abusivas e claramente comprometedoras da estabilidade das relações jurídicas, sem falar no enorme custo que as decisões judiciais absurdas ou despropositadas causam à sociedade.

afigura patente, a noção de responsabilidade na gestão pública se alinha justamente à posição ou atuação política dos mandatários do povo, fato que não se observa na regular atuação dos magistrados, uma vez que não é responsabilizado por eventual medida judicial de cunho político-normativa determinada em eventual demanda, por maiores que sejam os custos do entendimento judicial no caso concreto.

Por outro lado, não se pode dizer que o público em geral será sempre o destinatário das políticas públicas. Não mesmo. Essas políticas possuem nichos específicos e, por isso, diversificados, e, não raras vezes, assumem uma ambiência bem particular para sua ocorrência, o que pode acontecer, por exemplo, no caso das políticas públicas educacionais ou econômicas e nestas a atuação é, por assim dizer, voltada a determinados grupos ou atividades que diferem, e muito, das prestações positivas fáticas de caráter social, como o direito à saúde (art. 6º da CF/88).

Portanto, afasta-se o entendimento de que políticas públicas sejam todas as medidas tomadas pelo Poder Público com vista a atender ao disposto no art. 3º da CF/88, uma vez que a extensão dada ao termo faria com que basicamente tudo tornasse uma política pública, por mais elementar, aleatória ou ordinária que fosse a atividade desenvolvida pelo Poder Público, muito embora se reconheça que a envergadura de muitas políticas públicas se faça cumprir através de condutas simples dos agentes públicos e dos demais membros da sociedade.

Desse modo, política pública representa um conjunto de *atividades planejadas* pelo Estado e *criteriosamente executadas*, mediante uma atuação efetiva e harmônica entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, conforme as competências constitucionalmente estabelecidas, e com a participação da sociedade civil⁹, com vista a empreender os objetivos fundamentais da nossa República numa perspectiva contínua e expansiva de consolidação dos direitos dos cidadãos, o que lhe reveste de inegável caráter prospectivo, já que é não possível cumprir, pronta e satisfatoriamente, todo o catálogo de direitos fundamentais em função

9 Cumprir mencionar que a elaboração das políticas públicas pelo Poder Legislativo (como potência transformadora) e pelo Poder Executivo (como ato transformador) não é imune à intervenção da sociedade civil, pois o engendro do envolvimento do político do cidadão no Estado Democrático de Direito exige uma atuação *uti cives*, no qual contempla uma contribuição político-argumentativa sobre os programas normativos elencados no texto constitucional. Portanto, exige-se participação administrativa na preparação, formulação e execução das políticas públicas. Aliás, com relação à temática, na qual desponha a *participação administrativa como mecanismo de redução dos custos administrativos mediatos das políticas públicas*, consultar: RIBEIRO LIMA, Raimundo Márcio. *Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 435-446.

das circunstâncias ou limites inerentes a cada contextura fática conflitiva de interesses, assegurando-se sempre a eventual sindicabilidade da atuação administrativa por parte do Poder Judiciário, mas sem descuidar a tônica de equilíbrio e harmonia entre os Poderes.

Portanto, *planejamento e execução criteriosa* definem o sentido de políticas públicas, pois o ordinariamente exigido e prestado se insere na regular dinâmica das prestações públicas que, apesar de relevantíssimas, não consagra a noção de *direcionamento* ou *nova disciplina transformadora* da atuação estatal na efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, mas simplesmente a prestação normativa ou fática propriamente dita das políticas públicas, isto é, a sua inarredável materialidade. Daí, a diferença essencial entre *prestações públicas* e *políticas públicas*, pois estas expressam um *demorado planejamento governamental*, no que exige uma *execução criteriosa*, voltado ao cumprimento de uma precisa *disciplina* da atuação estatal, no que compreende todos os seus meios e recursos disponíveis, destinada a promover o necessário atendimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, no que segue o parâmetro da normatividade constitucional, e nos limites das reais possibilidades fáticas do Estado.

Que relação pode ser ventilada entre políticas públicas e direitos fundamentais? Existe um direito fundamental às políticas públicas? Sem qualquer demora, defende-se que não existe tal direito, até porque a relação entre eles é de *meio e fim*. As políticas públicas se inserem na instrumentalidade que carrega toda a razão de ser do Estado por meio de seus órgãos ou das suas entidades: *servir a sociedade*. Afinal, o Estado *existe* para a sociedade que também lhe *serve* e nela ele adquire suas virtudes ou seus defeitos, porquanto o Estado é gestado por membros dessa sociedade que lhe é tão cara. Assim, a perspectiva instrumental das políticas públicas, por se revelar um *meio*, não se confunde com *os fins ou objetivos* a serem cumpridos durante a caminhada para a plena realizabilidade dos direitos fundamentais.

Numa palavra: políticas públicas não são apenas dimensionadas pelos textos legais, muito embora a eles devam submeter-se, nem são meras atividades materiais, pois apenas *traduzem* os seus desejados propósitos, devidamente decantados em diretrizes conscientes da ação governamental, desse modo, elas são um complexo de ações institucionais que definem sentido e o vigor das prestações públicas nos mais diversos segmentos da sociedade.

A ideia de fundamentalidade de um direito à política pública constitui um equívoco, pois, em verdade, há direitos fundamentais

a serem devidamente efetivados mediante uma política pública específica; contudo, não há como arvorar o caráter fundamental do meio ou instrumento utilizado para consolidar tais direitos, já que isso revelaria um *panfundamentalismo* notadamente prejudicial, pois os meios seriam até mais importantes que os fins a serem alcançados. Ou que a instrumentalidade seria mais fundamental que a própria cogência dos direitos fundamentais, sem falar que banalizaria a ideia de fundamentalidade na nossa Carta Política. A política pública é imperiosa ou indispensável; mas, por outro lado, apenas os direitos ou garantias podem ser fundamentais¹⁰.

Cumpra mencionar que a problemática das políticas públicas extrapola o universo da normatividade jurídica, justamente por exigir a confluência de fatores extrajurídicos, afinal “[...] como garantir a efetividade do programa constitucional cujos pressupostos, especialmente econômicos, escapam ao poder de determinação normativa”¹¹. Disso resulta a elementar conclusão de que nenhuma política pública se rende aos ordinários mecanismos de controle de legalidade e legitimidade da atuação administrativa.

Então, as políticas públicas perseguem o atendimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil¹², porém, nesse contexto, não comporta qualquer atuação estatal, mas aquela que se revele *planejadora, criteriosamente executora e disciplinadora* de uma nova realidade no processo de consolidação dos direitos fundamentais; portanto, dentro de quadrantes precisos da atuação estatal, senão pode ocorrer uma generalização disfuncional do termo, o que poderia acarretar malefícios no cumprimento dos *deveres prestacionais positivos* do Estado.

Aqui, vale assinalar uma ligeira digressão. No atual estágio de compreensão dos direitos fundamentais, por evidente, não há como negar que mesmo um dever estatal de abstenção impõe, em alguns casos, uma atuação prestacional do Estado, até mesmo para impor meios que façam imprimir uma abstenção desejada ou perseguida pelas liberdades públicas. Assim sendo, o termo *prestacional positivo* não se afigura de

10 Pode-se cogitar, em um só direito, a ambivalência da instrumentalidade e da fundamentalidade, tal como ocorrem com as garantias processuais constitucionais, porém tal linha de compreensão não se aplica às políticas públicas.

11 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 247.

12 GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo (REPRO)*. v. 164, ano 33, p. 09-28, out. 2008. p. 10.

todo redundante, pois, a rigor, as prestações negativas, que revelam uma abstenção, mesmo assim, e em casos específicos, impõem um *fazer material*, de caráter nitidamente operacional, para que não se faça ou ocorra algo. Logo, a título de exemplificação, o devido controle para que não seja frustrada a realização de reunião já marcada, e mesmo possibilitar os meios materiais para que ela ocorra (art. 5º, inciso XVI, da CF/88), por certo, constitui um dever prestacional negativo que impõe um atuar do poder público e, assim, também um prestar, de modo que o negativo ou positivo não se refere necessariamente a um não fazer ou fazer do Poder Público, mas, sim, a uma finalidade positiva ou negativa a ser alcançada com a atuação do Estado.

3 MÉRITO ADMINISTRATIVO E SEPARAÇÃO DOS PODERES

O termo *mérito administrativo* sempre ostentou uma ligeira ideia de atuação pretensamente não sindicável do Poder Público, já que análise do mérito contida ou permitida numa norma de competência exige, na maior parte das vezes, um julgamento pessoal sobre determinados fatos, que apesar de jurídica e socialmente relevantes, não se admitiria a exigência de limites nas proposições ou concepções meritocráticas arvoradas pelo gestor público no caso concreto. Felizmente, esse entendimento não mais se sustenta, pois o exercício de uma competência discricionária é sempre vinculado ao dever de juridicidade, que é imposta a toda autoridade pública; logo, não se trata de mera faculdade de escolher entre *isto ou aquilo*¹³, pois há efetivamente o exercício de uma competência administrativa em que se admite, melhor dizer se impõe, à promoção de avaliações ou análises que determinem escolhas com o fundado propósito de encontrar a melhor solução no caso concreto¹⁴.

Só que a definição da melhor solução não expressa à existência de solução única, mas variedade de soluções igualmente cabíveis, desse modo, a melhor solução é a que honra com o dever de juridicidade

13 Vale dizer: “*Discreção não significa, no Estado Constitucional, liberdade para o erro teratológico ou para vantagens indevidas e voluntarismos de matizes irracionais, ainda dissimuladas em ideologias*” (FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 10, itálico no original). As características do *modus operandi* da discricionariedade, por sua vez, é claramente delineadas nestes termos: “[...] 1) supone la adopción de decisiones dentro de un margen de libre apreciación dejado por el ordenamiento jurídico, 2) implica un acto de elección sobre la base de argumentos valorativos acerca de los cuales personas razonables pueden diferir, 3) la elección se adopta siempre conforme a criterios valorativos extrajurídicos” (DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecional técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Madrid: Civitas, 1997, p. 22).

14 FREITAS, op. cit., p. 24.

administrativa. Todavia, e isso deve ficar claro, quanto mais densa for a diretriz normativa, isto é, quanto mais intensa e precisa for a disciplina legal, menor é a multiplicidade de soluções aceitáveis no sistema. Por outro lado, quanto maior for a certeza/clareza da atuação decisória do gestor público, maior é a possibilidade de sindicabilidade judicial, pois a compreensão comum sobre a racionalidade de uma decisão não pode levar à compatibilização de posições absolutamente destoantes¹⁵.

O mérito das decisões administrativas sempre vai demandar relevantes discussões no seio da Administração Pública, pois “o sentido político do ato administrativo”¹⁶ comporta o exercício de uma competência discricionária do gestor; logo, representa escolhas, que devem ser devidamente justificadas, que podem fazer com que se discuta a legalidade, a legitimidade ou a moralidade da medida eleita ou, e isso não raro acontece, até mesmo a sua necessidade em face das exigências do caso concreto, conforme o parâmetro de compatibilidade, dentre outros, com os princípios da moralidade (art. 37, *caput*, da CF/88), da proporcionalidade (art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.87/99) e da razoabilidade (art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.87/99).

Portanto, a sindicabilidade do mérito administrativo, sem sombra de dúvida, tende a revelar uma clara resistência por parte do Poder Executivo, pois, por um lado, há a necessidade de estabelecer critérios, não necessariamente rígidos, na divisão das funções do Estado, de modo a cotejar uma providencial independência no exercício das funções típicas de cada Poder e, por outro, há a imperiosa necessidade de conter, e mesmo evitar, o exercício desmedido ou arbitrário das competências administrativas.

E assim é porque nenhum dos Poderes da República deve interferir prejudicialmente nas atividades do outro (art. 2º CF/88); por outro lado, e em igual medida, nenhum deles encontra-se estanque ou infenso a possíveis círculos de atuação conjugada ou, o que se entende no caso da sindicabilidade das políticas públicas, de atuação limitante ou corretiva

15 Além disso, cumpre lembrar que “a decisão administrativa oscila entre pólos da plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto, quase não existem na prática; a intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos linguísticos utilizados pela respectiva lei” (KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista da ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 08, p. 177-223, 2004. p. 185).

16 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 146.

de um Poder em face do outro, uma vez que a divisão funcional dos poderes impescinde de uma linha de equilíbrio no exercício das funções constitucionalmente estabelecidas, até mesmo para afastar uma postura absoluta ou despótica de quaisquer dos Poderes, em particular, na atual quadra evolutiva da atuação judicial, uma ditadura, possivelmente velada e não menos prejudicial, do Poder Judiciário em face do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Dessa forma, a margem de atuação ou de liberdade das autoridades públicas, a despeito da sua capital importância na prossecução do interesse público, e certamente por isso, sofrem limites justamente para contemplar a elementar e histórica noção de controle e justo equilíbrio entre os Poderes¹⁷.

Ora, se a discricionariedade possui limites, até mesmo como decorrência do necessário controle das funções do Estado; também há limites à atuação limitadora do exercício de uma competência discricionária, pois o parâmetro da normatividade, donde se funda a limitação da discricionariedade, não pode inviabilizar o exercício da própria discricionariedade ou simplesmente anulá-la. Em outros termos, se a discricionariedade é sempre relativa¹⁸, e quanto a isso não se discute, a discussão sobre os limites de sua ocorrência não pode ser absoluta, senão poderia gerar uma total usurpação da apreciação discricionária da autoridade pública, arrimada numa norma de competência, pela apreciação discricionária do magistrado assentada na mesma contextura fático-jurídica.

Acredita-se que essa malfadada *substituição decisória* não seja o propósito da sindicabilidade judicial das políticas públicas, mas, tão-somente, aquilatar os desvios verificados na atuação administrativa e, por conseguinte, corrigi-los em função de precisos e robustos fundamentos devidamente apresentados no caso concreto; porém, como o Poder Judiciário não dispõe de recursos orçamentários para a efetivação das

17 Não se pode olvidar o caráter instrumental da separação dos poderes, de modo que não constitui um fim em si mesmo (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 215), de modo que não se arvora o entendimento que ela possa justificar um empeco de qualquer confluência de interesses entre as funções do Estado, já que se sustenta precisamente para limitar uma postura de superposição de quaisquer dos poderes na integração de interesses, que são geralmente conflitivas; logo, a separação dos poderes representa um instrumento de cunho estrutural no nosso sistema jurídico (art. 2º da CF/88).

18 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. "Relatividade" da Competência Discricionária. In: _____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 81-90, p. 83.

políticas públicas, já que não é o seu fim institucional¹⁹, e nem pode precisar o devido aporte material para efetivar os comandos constitucionais ou legais olvidados, deve circunstanciar o amparo normativo da árdua função alocativa dos recursos públicos, incumbindo, assim, à Administração Pública uma forma correta (ou pretensamente adequada) de encampar uma ação positiva fática ou normativa²⁰ inicialmente desprezada pelo Poder Público ou, se já realizada parcialmente, retificá-la ou aprimorá-la em face da exegese enunciativa dos comandos declinados da *Constituição total*²¹.

Em todo caso, o controle excessivo das políticas públicas jamais será absoluto, pois a determinação judicial, por mais pormenorizada que se revele, ainda enseja uma *discricionariedade executiva*²², uma vez que uma sentença não vai precisar todos os moldes da consecução da medida materialmente determinada, salvo quando o cumprimento da decisão judicial ocorresse sem a promoção de atos materiais por parte da autoridade administrativa, algo que dificilmente se daria em matéria de políticas públicas, o que dispensaria a promoção de possíveis *escolhas* na execução do julgado.

Vale mencionar, ainda, que a ingerência judicial nas políticas públicas difere da mera sindicabilidade dos atos administrativos que antecedem às prestações públicas, porquanto exige à observância de uma importante sutileza: a ação governamental consciente e preordenada arrima-se numa larga margem de discricção em função dos textos legais que empreende os fins a serem alcançados pela gestão pública, de forma que a apenas a evidente e concreta inadequação da política pública, considerando-se os elásticos parâmetros normativos da lei-quadro, é que

19 Excetua-se, evidentemente, as políticas públicas relacionadas à gestão administrativa do Poder Judiciário.

20 Onde se evidenciam os direitos a prestações em sentido amplo, nos quais compreendem (a) os direitos de proteção; (b) direitos de organização e procedimento; e (c) os direitos a prestações em sentido estrito (ALEXY, op. cit., 2008. p. 444).

21 A expressão *Constituição total*, o mesmo se diga quanto ao termo constituições parciais, são precisamente decantados por Hans Kelsen para representar a dinâmica da ordem constitutiva dos textos constitucionais numa perspectiva federativa de Estado (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução. Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 61).

22 Quanto ao modo ou meio de execução na via administrativa e, em alguns casos, o tempo delas. Então, por essa mesma razão, não há como eliminar o decisionismo judicial, ainda que se considerem os amparos teóricos dworkiniano contra a liberdade decisória do juiz, nem mesmo em função de uma *hercúlea ascensão justificadora*, pois "it is hard to imagine a decision which does not involve some discretion, and yet clearly some instances of discretion are much wider than others" (GALLIGAN, D. J. *Discretionary Powers*. A Legal Study of Official Discretion. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 11).

permitiria uma oportuna sindicabilidade judicial. Por outro lado, o rol de prestações públicas concretas, fundadas em atos administrativos também concretos, encontra-se em outro plano de sindicabilidade judicial, pois os vínculos normativos são mais precisos e, conseqüentemente, mais sindicáveis.

Dessa forma, compreende-se que: (a) a atividade judicial pode empreender meios de *controle* sobre a apreciação discricionária do gestor público, devidamente autorizada pela norma de competência relativa à elaboração e execução das políticas públicas, mas, *a priori*, apenas no que concerne aos *requisitos vinculados*²³ do ato administrativo, o que não revelaria qualquer novidade sobre a temática; (b) logo em seguida, entraria no mérito propriamente dito do ato administrativo, porém só quando a política pública definida representar uma evidente negativa de direitos fundamentais em função da equivocidade das pretensões encampadas pelo Poder Público, isto é, quando contrariar obrigações específicas e expressas no texto constitucional; e, por fim, (c) tratando-se da habitual análise do parâmetro de legalidade ou legitimidade do ato administrativo expedido para efetivar as políticas públicas já consideradas constitucionais ou legais²⁴, o controle pode ser exercido sem maiores reservas, conquanto que não implique a criação ou negação de disposição legal que represente aumento de despesa²⁵, uma vez que não haveria legitimidade para tanto,

23 É preciso esclarecer: a noção de vinculação dos elementos do ato administrativo, ainda que seja de fácil compreensão, no que atende à didática tentativa de percepção do fenômeno jurídico, guarda uma clara imprecisão, porque, em rigor, não há vinculação plena no caso concreto, porquanto há sempre uma margem de discricionariedade da atuação administrativa, nem que seja para promover a escolha dos meios, consistindo, portanto, uma discricção, ainda assim, de grande relevo, mesmo numa contextura de minudente determinação judicial. De igual modo, a dinâmica terminológica do *ato discricionário* faz negar a clara compreensão de que os parâmetros da normatividade vinculam todos os elementos do ato administrativo, ainda que isso não seja, *a priori*, devidamente identificado na dimensão semântica do enunciado do texto legal.

24 Deve-se sempre ter em mente que política pública, lei e ato administrativo submetem-se a um nicho operativo de sindicabilidade judicial próprio e, por conseguinte, possivelmente independentes (COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. p. 45).

25 Ora, se o Poder Executivo deve observar os nortes do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), então, com maior razão, esse dever institucional não pode ser olvidado pelo Poder Judiciário, senão a sindicabilidade das políticas públicas pode tornar-se um verdadeiro instrumento de ruína da gestão fiscal do Estado. Vale dizer, ainda, que o disposto no art. 9º, § 2º, da LRF, não autoriza o entendimento de que o vasto catálogo de direitos fundamentais, para fins de proibição de contingenciamento de despesas, expressa uma obrigação constitucional específica dos Poderes Públicos, isto é, dotada de precisa densificação normativa, senão a medida de contenção de despesas perderia todo o rigor determinado na LRF, pois, por mais onerosa e inoportuna que fosse uma prestação pública, bastaria mencionar que se trata de uma *obrigação constitucional genericamente considerada*.

e nem determine uma nova interpretação, por simplesmente considerá-la melhor, a texto normativo já devidamente considerado pela autoridade administrativa, pois isso implicaria a substituição da discricionariedade administrativa pela discricionariedade judicial²⁶.

As conclusões acima expressam uma releitura no princípio da separação dos poderes, pois reconhece a possibilidade de imbricações recíprocas dos poderes constituídos, inclusive é até aconselhável na atual quadra evolutiva das funções públicas, contanto que isso não implique uma superposição de um Poder sobre o outro, mormente na contextura de uma função atípica, de modo restringi-la indevidamente ou simplesmente anulá-la.

Notadamente, a instrumentalidade estrutural da separação dos poderes, que reafirma a ordinária compreensão da limitação do poder, é concebida para evitar o exercício absoluto das funções públicas, o que poderia fazer com que imperasse um Estado totalitário ou despótico. Assim sendo, a delimitação de limites à atuação judicial, ao contrário do que se possa imaginar, apenas prestigia ou reforça a noção de equilíbrio entre os poderes, uma vez que cria mecanismos de correção material entre as funções sem desnaturar a importância de cada uma delas no sistema.

Em outras palavras, há inegavelmente a necessidade de criar meios de *controle* da atuação administrativa ou, no que é mais importante, de estabelecer mecanismos para evitar a sua inércia em face da necessária tarefa de consolidação dos direitos fundamentais; todavia, a atividade de *controle* não pode ser absoluta ou supressora da ação governamental, pois pode ocorrer o grave risco de superposição da atuação judicial em detrimento da atuação dos representantes do povo, pelo menos na sua concepção ideal, que são os gestores públicos eleitos democraticamente para tal fim, de modo que os magistrados não são legitimados a promover suas pretensas corretas escolhas em detrimento das opções alinhavadas pelos agentes legitimados pela ordinária via democrática²⁷, que se consubstancia praticamente na

²⁶ Em tópico vindouro e conclusivo far-se-á uma exposição mais demorada sobre os limites da atuação judicial no controle das políticas públicas. De qualquer modo, o controle da discricionariedade não pode inviabilizá-la, pois “[...] renunciar ao poder discricionário como alguns doutrinadores chegar a preconizar seria ignorar um poderoso meio para que a Administração Pública possa agir com inovação e dinamismo na resolução dos casos concretos” (FRANÇA, Vladimir da Rocha. Fundamentos da Discricionariedade Administrativa. *Revista dos Tribunais (RT)*. São Paulo, v. 768, p. 60-75, out. 1999. p. 73-74).

²⁷ Ainda que se critique a democracia representativa, o que se afigura justificável em determinados pontos, que não cabe aqui mencioná-los, não há como desprestigiar os seus fins ou propósitos num país de dimensões continentais como o nosso, assim sendo, a operacionalidade dos parâmetros democráticos, ainda que de expressivo custo, sobrepondo-se à existência de eventuais desvios, contudo, não faz demover a necessidade de profunda reforma política no Brasil.

realização de eleições periódicas para os detentores dos cargos políticos²⁸. Aliás, na nossa atual ambiência jurídica, a inexpressiva dinâmica discursiva sobre os importantes parâmetros da democracia representativa, quiçá, é a maior razão do fortalecimento da ingerência judicial na regulação do Estado, culminando numa clara inversão do desenho institucional das estruturas de poder na Constituição brasileira²⁹.

3 MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

Uma frase fácil de ser defendida e mesmo constitucionalmente irrepreensível: a escusa da reserva do possível não se aplica ao mínimo existencial. Portanto, no plano da normatividade constitucional, firmado no vasto catálogo de direitos fundamentais, não há como olvidar a observância do mínimo existencial. Porém, um necessário questionamento é lancetado quanto à definição do termo mínimo existencial, a saber, há um *mínimo existencial objetivo*? O mínimo existencial pode identificar-se com o *mínimo vital*³⁰? Não seria tal expressão um apelo à moral? Pouco importa o termo

28 Não há como considerar um magistrado como um agente político no sentido preciso do termo, por duas razões bem elementares, e isso não representa nenhum desprestígio às relevantes atividades desenvolvidas pela Magistratura, (a) as decisões judiciais são, na quase totalidade das vezes, derivações de pretensões de terceiros; logo, o que elas determinam, em verdade, é apenas uma posição sobre tais pretensões e, mesmo quando cria, e isso é autorizadamente raro, uma posição independente ao pedido das partes, tende a esmerar-se no interesse delas e não numa escolha livre e caprichosa sobre os fatos, afinal a instrumentalidade do processo se destina a viabilizar os direitos das partes e não a atender a uma discricionariedade judicial que extrapole os fins da própria necessidade de sua atuação; e (b) a política, como expressão de um valor, é ínsita a toda atividade humana, já que o homem é um animal político; agora, como parâmetro institucional, deve-se restringir aos quadrantes dos Poderes a ela relacionados, o que exclui o Poder Judiciário no que se refere a sua atividade típica, pois, do contrário, isso acarretaria uma vertente altamente perniciosa ao sistema, uma vez que eventual abrangência de uma decisão, com suas importantes e necessárias consequências para a sociedade, não pode encontrar-se assentada em escolhas eminentemente políticas, todavia, não há como aplicar esse rigor ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, pois a definitividade de seus julgados sobre a normatividade constitucional, que é sempre tão polissêmica de matizes extremamente diversificados, acaba por exigir uma necessária conformação política.

29 Nesse ponto, transcreve-se a seguinte advertência: “Ocorre, no Brasil pós-1988, algo paradoxal: os cientistas políticos e sociólogos buscam, cada vez mais, compreender o funcionamento das instituições e seu regime jurídico-constitucional. Já os constitucionalistas, por sua vez, refugiam-se nos debates sobre a aplicação judicial das normas e da hermenêutica e interpretação constitucionais, tornando o judiciário praticamente o único setor estatal estudado e analisado por um direito público que se pretende democrático, mas não fala de democracia” (BERCOVICI, Gilberto. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo de Ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 725-738, p. 734-735).

30 O direito fundamental ao mínimo vital encontra-se reconhecido pelo Corte Constitucional da Colômbia, aliás, em importante julgado no ano de 1992, como se pode observar da leitura da Sentença T-426,

utilizado ou defendido,³¹ em verdade, o relevante mesmo é determinar o seu sentido em qualquer ordem jurídica. Não se trata de tarefa fácil, porque a expressão remete à inarredável questão dos valores de determinada sociedade, devidamente condensada no texto constitucional. E, aqui, reside o problema: *a tirania dos valores*. Ora, se a validade do universo compreensivo dos preceitos legais demandasse sempre um juízo de valor, a sociedade encontrar-se-ia fadada ao dissenso e, mais que isso, os órgãos autorizados a resolvê-los acabariam por potencializá-los por meio das técnicas ou métodos interpretativos, fazendo, assim, ruir o princípio democrático em função dos valores decantados em cada expressão cognitivo-volitiva exercida sobre os textos legais. Adverte-se: se o método admite qualquer caminho (volição), então, não se trata de método que defina a melhor norma, a solução *correta*, mas apenas o que pretende elegantemente legitimá-la. Não é por outra razão que os limites efetivos do poder interpretativo do juiz ainda seja um problema insolúvel na ciência jurídica.

Afirma-se, sem medo de errar, que não há um *mínimo existencial objetivo*, nem mesmo uma disposição textual objetiva com os parâmetros normativos identificadores do mínimo existencial, de maneira que a noção de mínimo existencial, por mais que se negue isso, cai na preocupante conclusão de que ela é aquilo que a autoridade judicial ou administrativa disser no caso concreto. Não é por outra razão que inexistente um consenso sobre o conteúdo do mínimo existencial. Assim, caso a caso, resta consagrado que o mínimo existencial revela-se: ou máximo; ou, simplesmente, mínimo demais.

Nesse contexto, é compreensível que o universo das possibilidades materiais do Estado determine o verdadeiro sentido do mínimo existencial; quer dizer, a evolução de um povo ou civilização, jungida a uma satisfatória capacidade prestacional do Estado, faz recrudescer a noção de

no qual se extrai a seguinte passagem (Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-426-92.htm>>. Acesso em 27 mar. 2011):

“Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital - derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución. Este derecho constituye el fundamento constitucional del futuro desarrollo legislativo del llamado ‘subsídio de desempleo’, en favor de aquellas personas en capacidad de trabajar pero que por la estrechez del aparato económico del país se ven excluidos de los beneficios de una vinculación laboral que les garantice un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna”.

31 Defende-se que a expressão *mínimo existencial* se afigura mais consentânea com a ideia de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88), pois é mais dilargado e, assim, deve cotejar muito mais que o dessumido sobre vital do outro termo.

mínimo existencial, pois as necessidades básicas são consideravelmente aumentadas em face dos confortos e riscos da hipermodernidade³².

Assim sendo, não se acredita que um pianista teria direito a um piano com a simples alegação de tal objeto atende ao seu mínimo existencial; contudo, ele pode reputar tal instrumento como o mínimo necessário à sua existência digna. O mesmo se diga, exemplificativamente, às demais profissões em que ocorra uma relação intensa ou afetiva entre o profissional e a sua parafernália de trabalho.

Dáí resulta claro o entendimento de que o mínimo existencial, a depender do caso e de sua necessária confluência com o princípio da dignidade humana, não passa de cogitações meramente subjetivas, a despeito de considerações, por assim dizer, destituídas de conjunturas declaradamente pessoais, tais como: o direito à vida, à saúde, à educação etc.

Em face disso, exsurge uma problemática digna de maiores tergiversações: as políticas públicas deve promover o atendimento apenas do mínimo existencial ou de todos os esteios de qualquer *norma programática*³³?

Primeiramente, deve-se salientar que uma norma programática, e apesar de toda carga de discussões que a expressão ostenta, possui uma necessária eficácia jurídica³⁴ e, claro, vincula os poderes constituídos; contudo, a sua elasticidade semântica e o seu propósito, devidamente ligado às conquistas sociais, econômicas e culturais de um povo, faz

32 Vale lembrar, contudo, que milhões de brasileiros, de certa forma, ainda vivem na pré-modernidade.

33 Aqui, a compreensão de norma programática não guarda qualquer relação com norma destituída de obrigatoriedade jurídica, mas, sim, que estabelece uma meta de concreção de seu domínio normativo em função de uma impositiva, constante, gradativa e expansiva atuação do Estado.

34 Podem-se mencionar as seguintes decorrências de quaisquer normas constitucionais independentemente da necessidade de atuação legislativa: (a) faz com que normas anteriores incompatíveis com a nova ordem constitucional sejam revogadas; (b) exsurge uma vinculação do legislador ao programa ou diretrizes traçadas pelas normas constitucionais; (c) todas as normas posteriormente editadas que afrontem diretamente à Constituição devem ser declaradas inconstitucionais; (d) os direitos fundamentais que possuem natureza programática revelam-se como paradigma para a interpretação, integração e, claro, aplicação das normas jurídicas; (e) os direitos fundamentais que estabelecem o dever de prestação do Poder Público, mesmo que depende da atividade legiferante, sempre cria alguma posição jurídica aos titulares de tais direitos, ainda que se discuta eventualmente a viabilidade de um direito subjetivo individual; (f) a imposição de proibição do retrocesso, o que não quer dizer que se proíba a remoção de privilégios odiosos (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 295-298).

com que o seu cumprimento se revele discutível em face circunstâncias do caso concreto: (a) seja pelo enorme dispêndio de recursos; (b) seja, ainda, pela inviabilidade de sua promoção de forma individualizada³⁵. Não se quer dizer com isso que não se possam arvorar políticas públicas com vista a atender uma demanda individual, mas apenas salientar que a programaticidade de certas normas constitucionais não possibilita um atendimento particularizado, *ex vi* art. 3º, inciso I, da CF/88.

Tem-se, ainda, o fato de que uma norma programática não se assenta, *a priori*, numa perspectiva de um direito subjetivo individual e, mesmo que seja, deve-se observar que isso traria enormes transtornos à realização das políticas públicas, pois faria surgir uma série de demandas em descompasso com linhas possivelmente traçadas pelo Poder Público, o que não impede uma atenção particular do Poder Judiciário quanto às demandas particulares.

As políticas públicas, porém, não podem distanciar-se dos nortes das normas programáticas³⁶, que se assenta no programa da progressiva consolidação dos direitos sociais, econômicos e culturais, todavia, não se pode defender, galhardamente, que tais normas devam amparar o cotejo da concreção material das políticas públicas em qualquer caso, hajam vista os limites fáticos existentes, em especial os de ordem orçamentária.

Defende-se que, a despeito das políticas públicas não se destinarem circunstancialmente ao cumprimento de todos os esteios de uma norma programática, dada a elasticidade dos seus termos e os enormes custos que uma atuação dessa envergadura prestacional acarretaria, tais normas representam uma clara e impositiva diretriz para a atuação do Poder Público e que não pode ser olvidada pelos

35 Como contraponto, destaca-se uma precisa advertência doutrinária: “A constituição tem importância. As suas limitações ao poder não são meras promessas. Os políticos irão sempre achar que a aplicação das normas constitucionais é onerosa ou injustificada nos casos individuais. Mas o que, em curto prazo, pode parecer um obstáculo se transforma, a longo prazo, na estabilização da aceitação de decisões políticas” (GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. Trad. Bianca Stamato Fernandes. *Revista de Direito do Estado (RDE)*, Rio de Janeiro, ano 01, nº 04, p. 2-22, out./dez. 2006. p. 13).

36 Repita-se, dizer que existem normas programáticas não implica qualquer esvaziamento do conteúdo ou da cogência dos direitos fundamentais a elas relacionados, quer-se, tão-somente, salientar o caráter de normas-programas que impõem um processo gradativo de sua consolidação no plano da materialidade. Afinal, eficácia jurídica elas possuem, todavia, transformar o mundo do ser através delas não é uma questão apenas de palavras ou discursos práticos e enérgicos sobre a exigência delas a qualquer custo, exige-se tempo e recursos e, acima de tudo, compromisso das autoridades públicas.

gestores da Administração Pública. É dizer, não há como consentir como o imobilismo no cumprimento de uma norma constitucional, ainda que ela não possua uma precisa disciplina jurídica ou densificação normativa.

Ademais, apesar de revelar uma carga semântica muito expressiva, o atendimento do mínimo existencial pelas políticas públicas se coaduna com os eventuais (não tão eventuais assim) empecos decorrentes da reserva do possível, pois se insere no mundo do praticável ou do materialmente possível, pois os esforços da gestão pública deve buscar o atendimento do princípio da dignidade humana ou, e isso não pode ser olvidado, justificar demoradamente a impossibilidade fática de tal atendimento³⁷, no que revela transparência da atuação administrativa.

Impõe-se, agora, uma devida exposição sobre o sentido e o alcance da reserva do possível na nossa ordem jurídica e quais as suas implicações para o atendimento do mínimo existencial. Porém, antes, é pertinente assentar a origem jurisprudencial do termo. Em 1971, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA)³⁸ discutia a viabilidade de algumas restrições de ingresso no Curso de Medicina impostas pelas universidades de *Hamburgo* e da *Baviera*. A questão girava em torno do seguinte dilema: os limites estruturais e operacionais dessas universidades em atender à demanda sempre crescente de estudantes, por si só, justificaria a constituição de restrições de ingresso no Curso de Medicina? A resposta dada pelo TCFA foi criteriosa, admitindo-se tais restrições quando: (a) forem determinadas nos limites estritamente necessários; (b) observando-se a exaustiva capacidade operacional de formação das universidades com os recursos públicos já existentes; (c) a escolha e distribuição dos candidatos deve seguir critérios racionais; (d) admitindo-se uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e, dentro das possibilidades possíveis, o respeito da

37 Nesse sentido, tem-se o posicionamento de Ana Paula de Barcellos, nestes termos: “o mínimo existencial [...] associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível” (BARCELLOS, op. cit., 2002, p. 246), como se pode observar a autora balizou, inclusive textualmente, os cânones estabelecidos na ADPF nº 45-9 (RTJ nº 200, p. 194-195). Porém, e isso deve ficar claro, as prioridades orçamentárias voltadas ao atendimento do mínimo existencial não implica dizer que elas devam suplantar, em quaisquer casos, as mazelas sociais vivenciadas pelos cidadãos, uma vez que se pode impor ao Estado o dever de observar uma relação ótima entre prioridades orçamentárias e demandas existentes, porém não uma cobertura total quanto aos eventos atentatórios ao mínimo existencial, por mais difícil que seja reconhecer esse entendimento.

38 BVERFG 33, 303 (*Numerus Clausus*).

escolha do candidato sobre o lugar de ensino³⁹. No que importa à temática, extrai-se:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade⁴⁰.

Vê-se que, na Alemanha, o universo dos direitos oponíveis à reserva do possível é bem diverso do largamente empregado no Brasil. É dizer, a reserva do possível possui um espaço bem diminuto em face dos avanços econômicos, políticos e sociais da Alemanha, porém isso não quer dizer que a teoria da reserva do possível seja insustentável no Brasil, pois uma ambiência econômica, política e social diversa faz recrudescer parâmetro diverso de realização material da atuação do Poder Público.

Aqui, dentre tantas decisões judiciais, inclusive mais atuais, essa temática teve destacada importância na MC/ADPF nº 45-DF^{41 - 42}, cujo relator Ministro Celso de Mello destacou, dentre outros pormenores, o seguinte:

- (a) que as normas programáticas definidas no texto constitucional não devem ser encaradas como meras promessas destituídas do fundado propósito de observá-las ou efetivá-las, o que configuraria uma verdadeira afronta aos comandos constitucionais, sem falar que representaria uma clara expressão de infidelidade dos agentes públicos com a Carta Fundamental;

39 SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Viviane Gerales Ferreira. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 667.

40 SCHWABE; MARTINS, op. cit., 2005, p. 663.

41 BRASIL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-DF. Ministro Relator Celso de Mello. *Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ)*, Brasília, vol. 200, p. 191-197, abr./jun. 2007. p. 193-196.

42 Tratando-se especificamente sobre o mínimo existencial, tem-se também a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 238/TO, e com relação à reserva do possível, observa-se a STA nº 278/AL. Não se vai, aqui, traçar quaisquer pormenores sobre essas decisões, hajam vista os limites do trabalho, até porque, em linhas gerais, externam os mesmos posicionamentos consagrados no julgamento mencionado acima.

- (b) que a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais⁴³ demanda custos do Poder Público e que a comprovação efetiva e precisa da incapacidade econômico-financeira do Poder Público faz com que não se exija, dentro de uma perspectiva razoável, a prestação pretendida, haja vista o limite material devidamente estampado;
- (c) que não se admite manipulação da atividade financeira do Estado ou político-administrativa com o escopo de criar mecanismos artificiais de impossibilidade fática de cumprimento do mínimo existencial;
- (d) que a reserva do possível deve assentar-se em justo e efetivo motivo, de modo a não servir de pretexto, em qualquer caso, para descumprimento dos direitos fundamentais, o que constitui uma grave posição assumida pelo Poder Público, principalmente quando se desconhece a importância de respeitar o mínimo existencial dos cidadãos, contanto que a prestação arqueada deva ser razoável em face das exigências do caso concreto⁴⁴.

Portanto, deve existir uma relação ótima entre a disponibilidade financeira do Estado e a priorização do atendimento do mínimo existencial, sem que isso implique extremos na atuação do Poder Público; quer dizer, de tudo dela exigir ou de nada (ou quase nada) fazer em matéria de direitos fundamentais.

Encontrar uma linha segura de atuação nessa matéria não constitui uma tarefa fácil, porque o Poder Executivo brasileiro ainda não atua de modo transparente na consecução da atividade financeira e nem democraticamente na execução orçamentária e, muito menos, na definição dos parâmetros de tal execução. Esse conjunto de indesejáveis qualificações faz com que ocorra uma linear compreensão,

43 E não somente tais direitos, pois também os *direitos negativos* carecem, a seu modo, de recursos do Poder Público, uma vez que uma abstenção impõe uma regulamentação e, mais adiante, a realização de atos materiais/concretos para fiel observância de tais direitos pelo Estado.

44 Os pontos acima, analiticamente apresentados, podem ser condensados na seguinte passagem (MC/ADPF nº 45-DF, p. 195, *itálico* no original): “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘*reserva do possível*’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”.

e necessariamente apressada, de que a atuação administrativa, mormente a que não resulte os resultados esperados pelos cidadãos, mereça uma ingerência judicial, aliás, na vã tentativa de encontrar solução na senda meramente deontológica, portanto, por meio de sentenças, para problemas estruturais do Estado. Por outro lado, o Poder Judiciário, numa perspectiva meramente casuística, não tem encontrado, como decorrência da sindicabilidade dos atos do Poder Público, uma linha precisa nos fundamentos de sua intervenção na atuação administrativa, o que se observa na diversidade de medidas adotadas, algumas vezes conflitantes, em face de situações fáticas assemelhadas.

4 LIMITES À ATUAÇÃO JUDICIAL

Neste tópico, discute-se como o Poder Judiciário pode acarretar uma verdadeira confusão na atuação administrativa com a adoção desregrada dos valores na resolução dos conflitos de interesses na sociedade hipermoderna. Em outras palavras, a atuação judicial inebriada pelo *panprincipiologismo* reluzido pelo *neoconstitucionalismo*⁴⁵ ou expressões assemelhadas, infelizmente, possibilitou em matéria de políticas públicas uma substituição da discricionariedade administrativa, portanto, da autoridade pública competente e legitimada, pela discricionariedade judicial e, ainda, com o sério agravante da quase absoluta irresponsabilidade processual da autoridade judiciária nas decisões exaradas com vista ao atendimento do mínimo existencial.

A razão é simples desse entendimento: a noção de valor é pessoal⁴⁶ e, dessa forma, cada magistrado possui a sua, conforme o critério de prioridade, também subjetivo, assentado na fundamentalidade de certos direitos, daí o porquê de, em face

45 Neste país, a mais mordaz crítica ao *movimento* foi promovida por Humberto Ávila, nestes termos: “Se existe um modo peculiar de teorização e aplicação do Direito Constitucional, pouco importa a sua denominação, baseado num modelo normativo (‘da regra ao princípio’), metodológico (‘da subsunção à ponderação’), axiológico (‘da justiça geral à justiça particular’) e organizacional (‘do Poder Legislativo ao Poder Judiciário’), mas esse modelo não foi adotado, não deve ser adotado, nem é necessariamente bom que o seja, é preciso repensá-lo, com urgência. Nada, absolutamente nada é mais premente do que rever a aplicação desse movimento que se convencionou chamar de ‘neoconstitucionalismo’ no Brasil” (ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 187-202, p. 202).

46 Claro que a afirmação acima se liga à ideia de valores ou convicções pessoais do magistrado e não à noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais (ordem objetiva de valores).

do mesmo caso concreto, um magistrado priorizar a liberdade de expressão e outro, igualmente capacitado, priorizar a vida privada ou a intimidade das pessoas. É dizer, “Quien dice *valor* quiere hacer valer e imponer. Las virtudes se ejercen, las normas se aplican, las órdenes se cumplen; pero los valores se establecen y se imponen. Quien afirma su validez tiene que hacerlos valer”⁴⁷⁻⁴⁸. Portanto, a cadência impositiva dos valores faz imperar uma verdadeira balbúrdia no plano da atuação administrativa, pois a diversidade decisória, baseada numa ponderação *ad hoc*⁴⁹, faz com que as políticas públicas percam a sua necessária racionalidade e sistematicidade.

Numa palavra: a resolução de boa parte dos grandes conflitos de interesses não se decide baseada na problemática apresentada e seus necessários vínculos normativos, mas, sim, na retórica decisória ventilada pelas autoridades judiciárias, o que tem revelado uma metodologia vazia⁵⁰, confusa e despropositada em matéria de consolidação dos direitos de prestação social. Nesse ponto, transcreve-se a demorada advertência de Ingeborg Maus:

A introdução de pontos de vista morais e de “valores” na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação,

47 SCHMITT, Carl. La Tiranía de los Valores. Trad. Anima Schmitt de Otero. *Revista de Estudios Políticos (REP)*, Madrid, nº 115, p. 65-82, enero/febrero 1961. p. 71, itálico no original.

48 Essa perspectiva impositiva dos valores é claramente observada no Direito, aliás, há um claro entrelaçamento normativo-valorativo, nestes termos: “À pura racionalidade opõe-se a axiologia e à eficiência a validade. E o direito, nem é tão-só *objeto* normativo ou *meio* de um heterónimo finalismo funcionalmente eficiente, mas um axiológico-normativo *fim em si* – ele próprio um *valor* na validade que exprime” (CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o *legislador*, a *sociedade* e o *juiz* ou entre *sistema*, *função* e *problema* – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, Coimbra, vol. 74, p. 01-44, 1998. p. 35).

49 NEVES, Marcelo. *Entre Hídra e Hércules*. Princípio e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 200, portanto, ponderações sustentáveis apenas para os casos julgados, mas sem qualquer importância ou vinculação para os casos vindouros, logo, puro casuismo, no qual inexistente uma ponderação definitiva, que é de capital importância para uma defesa consistente do núcleo dos direitos fundamentais.

50 Sobre o assunto, impende destacar a famigerada metodologia *fuzzy*, se é que se pode chamar de parâmetro metodológico, senão uma crítica ácida contra a postura tomada por muitos magistrados no enfrentamento dos problemas relacionados aos direitos sociais, econômicos e culturais, pois impera uma vagueza ou indeterminação com relação aos conceitos (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología “Fuzzy” y “Camaleones Normativos” en la Problemática Actual de los Derechos Económicos, Sociales e Culturales. *Derecho y libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid, Vol. 06, p. 35-49, 1998. p. 37) e, por conseguinte, eventual (não tão eventual assim) balbúrdia na aplicação do direito, justamente por não divisar as graves consequências do uso inadequado de certos conceitos ou a sua extensão no mundo dos fatos, mormente no que concerne ao custo da atividade judicial para a atividade administrativa.

imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada⁵¹.

Por outro lado, não se pode negar que as disposições normativas relacionadas a tais direitos são extremamente imprecisas na terra tupiniquim, chegando até mesmo no limiar da instabilidade normativa, decorrente de uma incompreensível teia de disposições normativas⁵², potencializada pela inércia administrativa ou pela indevida ingerência judicial, especialmente quando há notórios conflitos entre a perspectiva normativa apresentada e a perspectiva orçamentária existente; quer dizer, de um lado, tem-se uma lei que impõe a observância de determinado direito e, de outro, uma disposição legal que impõe uma restrição nos gastos públicos em respeito ao limite prudencial (art. 5º, inciso III, alínea b, da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Tais ingredientes, naturalmente, fazem com que a atuação judicial seja repensada, e ela deve ser sim divisada sobre outros nortes; todavia, isso não legitima uma posição de ingerência direta na atividade administrativa, senão pode criar uma névoa de instabilidade na condução da máquina administrativa, haja vista a possibilidade de alteração inusitada do programa de governo ou, o que não se afigura menos grave, de acarretar a ausência de recursos em determinado segmento social em face de determinação judicial para atender a uma demanda individual excessivamente onerosa⁵³.

51 MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. p. 189.

52 Aqui, bem se alinha à expressão “camaleão normativo”, pois a obscuridade das normas faz gerar uma ambiência de instabilidade mimética no sistema jurídico aberto, como é o caso dos direitos sociais, econômicos e culturais, porquanto as disposições normativas possuem relações de imanência e transcendência com o sistema jurídico, fazendo com que o conteúdo ou sentido das normas estejam sujeitas a interferências de cunho político travestidas de emanações jurídicas (CANOTILHO, op. cit., 1998, p. 38-39).

53 Tem-se, nesse ponto, uma *perspectiva individual indireta* que inviabiliza a *perspectiva coletiva direta* de atendimento dos direitos sociais, econômicos e culturais. Para tanto, basta imaginar que um pequeno Município X tenha destinado no orçamento anual um valor Y para cobrir os gastos na área de saúde, inclusive os recursos destinados são superiores aos percentuais definidos na Constituição. Todavia, tendo em vista uma demanda judicial, a municipalidade foi condenada a promover um tratamento, que corresponde a 20% do orçamento mencionado, para determinado paciente/cidadão com base na inviolabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88), aliás, na

Por outro lado, não se admite artificialismo orçamentário do Poder Público. Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário não consiste em demonstrar a existência de recursos, já que isso cabe ao Poder Executivo⁵⁴, até porque é o legítimo gestor da atividade financeira do Estado, mas, sim, admitir a inexistência circunstancial deles, haja vista a apresentação de dados objetivos e efetivamente comprovadores da escassez de recursos. De par com isso, não se admite que o Poder Judiciário determine a apropriação de recursos, cuja aplicação encontra-se devidamente vinculada no orçamento público, inclusive em atendimento a um mandamento constitucional, por entender que tais políticas públicas não são prioritárias, pois passaria à análise do próprio mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de evidente afronta aos caros princípios da Administração Pública⁵⁵ durante a execução orçamentária.

Nesse ponto, abre-se uma particular discussão, a saber, se é possível sequestrar valores para atender ao conteúdo de determinada decisão judicial, mormente no que se referem aos recursos destinados à publicidade do Poder Público, lembrando-se que a contratação de tais serviços também encontra amparo legal, daí que a questão mais se assenta na legitimidade dos valores dispendidos e não na legalidade deles. Ora, tal medida, ainda que cercada de bons propósitos, o que não se nega, gera uma situação de total insegurança na execução do orçamento, como, por exemplo, no cumprimento dos contratos

decisão judicial, o magistrado faz reiteradas referências ao artigo 1º da Constituição alemã, que a doutrina tedesca trata com singular maestria a matéria *etc.*, só que tal decisão gerou uma série de problemas na condução das políticas públicas de saúde do Município. Nesses casos, ainda que de sofrível conclusão, a medida tomada apenas transferiu o problema de uma pessoa para milhares de pessoas, de modo que o mérito da atuação administrativa foi substituído pelos valores da autoridade judiciária, já que princípio pode ser um valor positivado ou não. Alguém indagaria: qual a possibilidade de o gestor do Município sofrer sanções políticas ou administrativas pela sua desastrosa gestão na saúde e, ainda, qual a possibilidade de o Magistrado ser penalizado por tal conduta. Em tese, o primeiro seria um alvo mais fácil; quanto ao segundo, reconheça-se, seria ovacionado pelo discurso vazio do *ativismo judicial*.

54 Como reconhece Ana Paula de Barcellos: “Não há dúvida de que definir *quanto* se deve gastar de recursos públicos, com que *finalidade*, *em que* e *como* são decisões próprias da esfera de deliberação democrática, e não do magistrado” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, ano 01, nº 03, p. 17-54, jul./set. 2006, p. 25, itálico no original), muito embora a autora, no mesmo artigo, parece *desconhecer* essa importante premissa ao assinalar que o magistrado poderia exigir diretamente a prestação de determinado serviço à população, para tanto, baseando-se no *controle* da fixação de metas e prioridades e do resultado final esperado das políticas públicas (BARCELLOS, op. cit., 2006. p. 36-37).

55 Os estampados nos seguintes artigos: (a) art. 37, *caput*, da CF/88; (b) art. 2º da Lei nº 9.784/99; e (c) art. 11 da Lei nº 8.249/92.

firmados com as empresas de publicidade⁵⁶. Nessas circunstâncias, demonstrando o Poder Público a inexistência de recursos e, mesmo assim, o magistrado se convença fundamentadamente da viabilidade orçamentária da decisão judicial, resta possibilitada a imposição da medida judicial sem, contudo, vincular a retirada de recursos em específica rubrica, pois só o Poder Executivo possui meios de sopesar qual a rubrica orçamentária que melhor suportará os encargos decorrentes da decisão judicial.

Inobstante os posicionamentos apresentados, cumpre ventilar a existência de bons argumentos⁵⁷ que respaldam, em consonância com o princípio democrático, uma sindicabilidade judicial mais intensa das políticas públicas, nos quais são seguidos de ligeira crítica, nestes termos:

- (a) *o Poder Judiciário compõe o Poder Político nacional juntamente com o Poder Executivo e o Poder Legislativo, conforme determinado pela Constituição Federal, assim sendo, daí derivaria a sua autoridade para promover tal controle das políticas públicas.* A noção clássica de Poder Político não se insere na atuação do Poder Judiciário, porém não se pode negar que “o controle judicial de constitucionalidade constitui uma mistura de elementos cognitivos e voluntaristas. As normas que vinculam o governo são criadas, em larga medida, pelas cortes no processo de interpretação”⁵⁸. Todavia, essa *criação judicial* não pode apequenar a importância do Poder Legislativo, isto é, não pode invadir a seara própria da interposição legislativa decorrente do princípio democrático e do desenho institucional da Carta Fundamental, especialmente numa ordem constitucional que menciona que nada poderá exigido senão em virtude de lei, sem falar que todo poder emana do povo, com ou sem representação política, isto é, por meio de representantes ou diretamente⁵⁹. Logo, o que pode existir, e isso não se nega, é a possibilidade de tratamento particularizado ou generalizado de certas matérias com

56 Daí a importância de controlar a discricionariedade instrutória do Poder Público durante a elaboração do orçamento público, isto é, na fase anterior à atividade legiferante, portanto, na fase propositiva, pois, somente assim, é possível divisar, numa contextura democrática, a impertinência de tantos recursos destinados à publicidade da atuação estatal.

57 BARCELLOS, op. cit., 2002, p. 231-232.

58 GRIMM, op. cit., 2006, p. 15.

59 ÁVILA, op. cit., 2009, p. 201.

repercussão expressiva na sociedade; contudo, eventual decisão nesse sentido deve partir de *argumentos de princípios* e não *argumentos de política*⁶⁰ e, mesmo que parta destes, o seu sentido não é idêntico ao empregado pelos demais Poderes, uma vez que sua atividade não se alinha ao parâmetro da mera conveniência ou oportunidade, não mesmo, já que o parâmetro jurídico não pode ser olvidado em qualquer caso, ainda que não seja o predominante em alguns deles;

- (b) *os membros dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário são devidamente nomeados pela vontade política do Poder Executivo e do Poder Legislativo.* Aqui, salvo exposição mais convincente, não há como ligar uma coisa a outra. Não se olvida que os procedimentos de indicação dos membros de cúpula do Poder Judiciário até a sua efetiva nomeação são eminentemente políticos. Agora, fazer imperar o entendimento de que tais membros possuem uma necessária representatividade política por conta disso, a toda evidência, é ir longe demais com as inferências possíveis. As garantias funcionais e institucionais espancam essa possibilidade, aliás, até quando o nomeado não fazia parte do Poder Judiciário, geralmente por conta dos *décimos constitucionais*, o que, por certo, faz incidir uma maior carga política, não possui qualquer representatividade em face dos nomeantes e, muito menos, da sociedade, e melhor que seja assim ou há como discordar disso;
- (c) *as prerrogativas dos membros do Poder Judiciário lhes concedem uma necessária independência na sua atuação.* Esse argumento pode ser visto sobre outro aspecto, justamente por serem independentes, e não se firmarem em outros propósitos que não sejam os delimitados pela técnica jurídica, sua atuação deve ficar a largo das questões eminentemente políticas, uma vez que a simbiose do jurídico com o político, excetuando-se o partejar da Carta Fundamental, representa uma ambiência de incertezas e vicissitudes que não prestigia a devida evolução das instituições;
- (d) *o Poder Judiciário decide com parâmetro na Constituição e na lei, que são frutos de uma manifestação majoritária, sem falar que*

60 DWORKIN, Ronald. Hard Cases. *Harvard Law Review (HLR)*. Massachusetts, Volume 88, Number 06, p. 1.057-1.109, April 1975. p. 1.059 e 1.067.

suas decisões são explícitas, racionais e lógicas, sem falar na sua necessária publicidade, o que não ocorre no plano político. Melhor pensar assim. Contudo, isso não deixa indene a sociedade de uma atuação judicial perniciosa, quando se alinha aos parâmetros constitucionais, como ordem objetiva de valores, pois, não raras vezes, se vincula a concepções pessoais, a pretexto de seguir os parâmetros principiológicos⁶¹, sobre questões notadamente públicas e de expressivo reflexo na vida em sociedade;

- (e) *a decisão judicial não é única e imutável, o que possibilita as devidas correções em outros julgados.* A noção de mutabilidade gera incertezas e é justamente por conta disso que a decisão judicial é tão intranquila nos nossos tempos, de maneira que isso tem contribuído para uma enorme insegurança jurídica, aliás, decorrente de uma ciranda de decisões cambiáveis e instáveis no ciclo da sua demorada ultimação pelas instâncias superiores; logo, nesse esse aspecto, não há como afirmar que as decisões judiciais são sempre melhores que as escolhas pautadas no plano da atuação administrativa por simplesmente permitirem mudanças que, na maioria das vezes, apenas revelam o verdadeiro *nonsense* judicial sobre determinadas temáticas;
- (f) *o processo judicial é mais participativo do que qualquer outro processo público, haja vista que permite o contraditório e a ampla defesa.* Não há como concordar com isso, mesmo nos planos de decisões colegiadas. A senda do processo participativo consiste na colheita de argumentos racionais e consistentes para formar a tomada de decisão do Poder Público e isso tranquilamente pode e deve acontecer, e de fato ocorre, na via administrativa, inclusive com maior proximidade dos próprios interessados na discussão da matéria. Particularmente, não se acredita que a posição encastelada dos magistrados seja uma fonte de

61 Robert Alexy ensaia, sem sucesso, a seguinte distinção entre valores e princípios: "Aquilo que, no modelo dos valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo dos valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo" (*op. cit.*, 2008. p. 153). Em verdade, não há diferença, uma vez que não se pode pensar um valor numa contextura jurídica sem impregná-lo de necessário aspecto deontológico, assim, na singeleza do termo, princípio é apenas um valor positivado ou jurisprudencialmente aceito e exigível.

inspiração para a promoção de um processo participativo, muito embora seja, e certamente é, para a promoção do processo acusatório. Não se olvida o caráter participativo dos processos judiciais, mas o ciclo de participações se restringe geralmente às partes, excetuadas as demandas em que ocorra o instituto do *amicus curiae*⁶². Nesse ponto, vale destacar que as reuniões conjuntas ou audiências públicas (art. 32 e art. 35, todos da Lei n 9.784/99) são imensamente mais democráticas que as ordinárias decisões judiciais⁶³;

- (g) *os grupos minoritários que não participam do processo político, por certo, terão acesso ao Poder Judiciário*. Trata-se do argumento mais consistente, pois a posição contramajoritária deve ser salvaguardada no nosso sistema jurídico pelo Poder Judiciário, muito embora, e isso já é corrente, existem centros ou organizações de excelência na defesa dos grupos minoritários, inclusive dentro da estrutura da Administração Direta federal⁶⁴.

Notadamente, várias são as questões relacionadas à limitação do sindicabilidade judicial das políticas públicas, em especial as que se referem diretamente à ofensa ao princípio democrático. Ademais, outros importantes argumentos podem ser aventados em contraposição à excessiva judicialização das políticas públicas, tais como:

- (a) o controle não pode partir da necessária, cogente e imediata consolidação das normas programáticas⁶⁵ (art. 5º, § 1º, da CF/88), especialmente porque as políticas públicas trabalham

62 Sobre o assunto, vide o interessante artigo: SILVA, Paulo Maycon Costa da. Do *Amicus Curiae* ao Método da Sociedade Aberta dos Intérpretes. *Revista CEJ*. Brasília, Ano 12, nº 43, p. 22-30, out./dez. 2008. p. 22-30, no qual destaca, com propriedade, o ideário do cidadão participante da jurisdição constitucional, o que acentua o pluralismo hermenêutico nos processos que envolvem questões de alta indagação jurídica, econômica ou social.

63 Sobre participação administrativa na Lei nº 9.784/99, observar: RIBEIRO LIMA, Raimundo Márcio. *Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 365-434.

64 V. g., Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

65 Nesse ponto, oportuna a seguinte transcrição: “Mesmo se reconhecendo o caráter normativo a toda a Constituição, não se pode ter como consequência a de que seja sempre exequível por si mesma, uma vez que o surgimento de problemas quanto a direitos cujo exercício está necessariamente condicionado à edição de legislação integrativa” (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. In: _____. *Jurisdição Constitucional*. Aspectos Controvertidos. Curitiba: Editora Juruá, 2013. p. 201-237, p. 219).

numa perspectiva prospectiva de consolidação gradativa dos direitos fundamentais, no providencial atendimento das demandas sociais e nos limites dos recursos financeiros até então existentes, conforme as precisas diretrizes normativas consagradas pelo legítimo processo democrático de criação de leis⁶⁶. Não é possível mudar uma realidade social por meio de decisões judiciais, ainda que elas possam ter, na melhor hipótese, algum efeito *catalisador*; o avanço social de um país demanda diversos fatores, inclusive até mesmo externos à sua realidade socioeconômica. Nesse sentido, alguém acredita que a Alemanha, arrasada pela Segunda Guerra Mundial, tenha alcançado, no período do pós-guerra, destacado avanço econômico e social por conta das decisões do Tribunal Constitucional Federal? Não há como acreditar nisso;

- (b) o controle de tais políticas não se resume a mera interpretação de preceitos constitucionais, mas, sim, da observância do *desenho institucional*⁶⁷, quer dizer, a delimitação precisa das funções do Estado, de modo a legitimar a atuação de determinado Poder em segmentos específicos das atividades estatais em sentido amplo;
- (c) o Poder Judiciário não possui notória qualificação para decidir sobre dinâmica relacionada à atuação administrativa de alta indagação técnica, mormente em matéria de gerenciamento dos orçamentos públicos e sua execução no plano da atividade administrativa, pois “o controle judicial estaria confinado às hipóteses de desvio de finalidade, violação dos princípios gerais do direito, mais precisamente da razoabilidade

66 Com relação à eficácia imediata dos direitos fundamentais, transcreve-se o seguinte esclarecimento: “O problema está não na contestação da bondade política e dogmática da vinculatividade imediata mas sim no alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras da *interpositio legislativa*. É o que acontece a nosso ver, com a acrítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata consagrado no art. 5º, § 1º, da CF/1988 a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II no caso de existência de omissões inconstitucionais” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 15, p. 07-17, abr./jun. 1996. p. 12, itálico no original).

67 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. *20 Anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 163-193, p. 181.

ou proporcionalidade, e da inexistência dos motivos que ensejaram a escolha do agente público”⁶⁸; e

- (d) o Poder Judiciário não possui condições de mensurar o impacto de suas decisões no plano da atuação administrativa, já que sua atividade decisória é meramente casuística e não se encontra centrada em parâmetros globais de resolução dos problemas sobre os direitos sociais, econômicos e culturais.

Tais considerações, por certo, demandariam outras tergiversações sobre os assuntos abordados, o que não seria possível nos limites deste artigo, porém elas já revelam uma clara expressão de que a atuação judicial possui claros limites, não apenas de ordem democrática, mas também técnica e institucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a exposição acima, concluímos que:

- (a) a observância do mínimo existencial deve ser uma prioridade dos gestores públicos, de modo que os orçamentos devem contemplar recursos para o seu atendimento, observados os limites financeiros do Poder Público, o que não possibilita, em qualquer hipótese, a ausência de aplicação das receitas vinculadas (*vide* art. 212, *caput*, da CF/88), assim como não deve esquecer a premente necessidade de empreender uma execução orçamentária transparente (art. 48, § único, da LRF), que, gradativamente, promova a consolidação das normas constitucionais programáticas, mormente os direitos à prestação social;
- (b) o Poder Judiciário deve exercer a sindicabilidade das políticas públicas quando existir uma clara ofensa aos princípios da moralidade, da legalidade e da legitimidade ou, ainda, quando se tratar de situação extrema, na qual reste configurada uma ofensa direta ao princípio da dignidade da pessoa humana, sem olvidar também a possibilidade de correção material sobre os dispositivos legais que afrontem o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade;

68 NOBRE JÚNIOR, op. cit., 2013. p. 226.

- (c) o Poder Público não deve promover expedientes artificiais ou engenhosos para eximir-se do cumprimento da pauta constitucional de caráter prestacional, de modo que a escusa da reserva do possível deve ser acompanhada de demorada e cabal fundamentação quanto aos limites financeiros do Estado; e
- (d) a observância do princípio democrático, assim como a devida fidelidade ao desenho institucional das funções públicas insculpidas na Constituição Federal de 1988, não legitima a substituição da discricionariedade administrativa, devidamente exercida pela autoridade pública e nos limites da ordem constitucional vigente, pela discricionariedade do magistrado no caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. “Relatividade” da Competência Discricionária. In: _____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, ano 01, n. 03, jul./set. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. *20 Anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo de Ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-DF. Ministro Relator Celso de Mello. *Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ)*, Brasília, v. 200, abr./jun. 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología “Fuzzy” y “Camaleones Normativos” en la Problemática Actual de los Derechos Económicos, Sociales e Culturales. Derecho y libertades. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, v. 06, 1998.

_____. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 15, abr./jun. 1996.

CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o *legislador*, a *sociedade* e o *juiz* ou entre *sistema*, *função* e *problema* – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, Coimbra, v. 74, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998.

DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica* (Un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997.

GRIMM, Dieter. Jurisdição Constitucional e Democracia. Trad. Bianca Stamato Fernandes. *Revista de Direito do Estado (RDE)*, Rio de Janeiro, ano 01, n. 04, out./dez. 2006.

DWORKIN, Ronald. Hard Cases. *Harvard Law Review (HLR)*, Massachusetts, v. 88, n. 06, abril 1975.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Fundamentos da Discricionariedade Administrativa. *Revista dos Tribunais (RT)*. São Paulo, v. 768, out. 1999.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GALLIGAN, D. J. *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo (REPRO)*, São Paulo, v. 164, ano 33, p. 09-28, out. 2008.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista da ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 08, p. 177-223, 2004.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. In: _____. *Jurisdição Constitucional*. Aspectos Controvertidos. Curitiba: Juruá, 2013.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. Princípio e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHMITT, Carl. La Tiranía de los Valores. Tradução de Anima Schmitt de Otero. *Revista de Estudios Políticos (REP)*, Madrid, n. 115, p. 65-82, enero/ febrero 1961.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Viviane Gerales Ferreira. Montevideú: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.