

Aplicação das normas constitucionais que traçam políticas públicas: da insindicabilidade do mérito à discricionariedade tendente a zero.

Henrique Ribeiro Cardoso¹

Danielle Garcia Alves²

RESUMO

O Estado do bem-estar social vigente caracteriza-se pela assunção de um conjunto de prestações positivas por parte da Administração. O Poder Executivo apresenta-se como responsável pela implantação das escolhas políticas legítimas. O Direito Administrativo reflete a relação do Estado com o cidadão, e constrói o modo de agir do administrador. Esta atuação, outrora livre e insindicável pelo Poder Judiciário, encontra-se na atualidade pautada pela observância de um conjunto de normas – regras e também princípios constitucionais – num contexto mais amplo que o da legalidade: de juridicidade. Neste cenário, cresce a importância da atuação do Poder Judiciário chamado a impor escolhas à Administração ou mesmo a determinar em situações concretas a implantação de políticas públicas garantidoras do mínimo existencial. A intervenção do Judiciário, chamado a decidir, é obrigatória e deve prestigiar a dignidade da pessoa humana, expressa na entrega ao cidadão do mínimo existencial. Neste ponto, a discricionariedade do administrador público é tendente a zero, e o compromisso posto na Constituição, que funda a República na dignidade da pessoa, é extensivo não só ao administrador, mas a todos os poderes e os que exercem suas funções em nome do Estado. Tal postura, embora ideal, conhece limites. A situação concreta, com o exame de sua razoabilidade - aquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar que seja custeado por toda a sociedade – encontrará como limite os custos das prestações requeridas e o planejamento da Administração, sendo a teoria da reserva do possível adequada para a análise casuística da prestação requerida judicialmente.

PALAVRAS-CHAVES: Mérito – sindicabilidade - políticas públicas - reserva do possível

ABSTRACT

The Welfare State is characterized by a set of positive benefits from the Administration. The executive branch is presented as responsible for the implementation of legitimate policy choices. The Administrative Law reflects the relationship between the state and the citizen, and builds the administrator manner of acting. This action, once free and unchangeable by the judiciary, is today marked by the observance of a set of rules - rules and also constitutional principles - in the broader context of legality: juridicity. In this scenario, grows the importance of the judiciary's role called to impose choices to the administration or even determine in concrete situations the implementation of public policies to guarantee the existential minimum. The intervention of the judiciary, called upon to decide, is mandatory and must honor the dignity of the human person, express in delivering to the citizens the basic

¹ Doutor e Mestre em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio); Especialista em Direito Constitucional Processual (FAPESE/UFS); Professor de Graduação e do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Sergipe (Mestrado - PRODIR/UFS). Promotor de Justiça da Fazenda Pública em Sergipe (MPSE); Coordenador de Ensino da Escola Superior do Ministério Público (ESMP).

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS). Especialista em Gestão Estratégica em Segurança Pública (SSP-SE/UFS); Delegada de Polícia; Diretora do Departamento dos Crimes contra a Ordem Tributária e Administração Pública de Sergipe - DEOTAP.

necessities. At this point, the limit of the public administrator action is tending to zero, and the commitment put in the Constitution, which establishes the Republic in the dignity of the person, extends not only to the administrator, but to all powers and those who performing their functions on behalf of State. At this point, although ideal, it has limits. The concrete situation, examining their reasonableness - what each person can rationality expect to be coasted by all society - find out as a limit the costs of required services and the planning of the Administration being the theory of suitable reserve, limited by the budget law, appropriate for the casuistic analysis of the judicial required benefit.

KEYWORDS: Merit – unchangeable - public policy – suitable reserve

1. Considerações iniciais

A complexidade da sociedade contemporânea, com seus avanços tecnológicos e maior volume de demandas sociais, tem exigido do Estado resultados mais eficientes, aptos a atender às necessidades desta coletividade, impondo à Administração Pública um renascimento menos burocrático e mais responsável com seu papel de bem servir à sociedade.

As políticas públicas, ainda que relacionadas a proporcionar direitos, não brotam como normas jurídicas, carregando sua índole de escolha política, indissociável da sua própria existência. Os agentes provocadores e aplicadores da direito – Poder Executivo, Poder Judiciário, Poder Legislativo, Ministério Público, Defensoria Pública, advocacia privada... -, têm demonstrado uma preocupação cada vez maior com a implantação das políticas públicas, visando propiciar um maior controle jurídico e social sobre os objetivos postos como direitos sociais pela Constituição.

O Estado, nesse novo modelo plural e democrático, vincula-se à progressiva promoção de fins determinados, salvaguarda da democracia e realização de uma justiça substancial que efetivamente promova uma transformação social. O Estado submete-se aos ditames da constituição e da lei, na promoção da proteção do cidadão. A Constituição brasileira, ao erigir as políticas públicas como direitos fundamentais, ostenta o princípio da dignidade da pessoa humana como o de maior hierarquia, posto como fundamento da República já em seu art. 1º.

A dignidade da pessoa humana, sintetiza Sarlet (2010, p.70), pode ser compreendida como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

O presente texto propõe-se a analisar a possibilidade de concretização das políticas públicas e seus limites no Estado Constitucional, considerando os mecanismos e alternativas que o Direito oferece para minimizar os graves problemas sociais que assolam a realidade brasileira.

2. Do Estado Liberal à Governança em Rede

O Direito Administrativo reflete, de certa maneira, a relação do Estado com o cidadão. A cada tomada de posição do Estado, quer seja econômica, quer seja política ou mesmo ideológica, haverá repercussão no Direito produzido. É sabido que o Estado não é o único instituidor do Direito, e que a Lei não é sua única fonte, mas, ainda assim, no atual modelo de Estado calcado no constitucionalismo e no positivismo jurídico, a relevância da produção estatal na teoria das fontes do direito é inegável.

Trilhando apenas o trajeto dos modelos de Estado, com nítida repercussão no Direito, tem-se o modelo de liberdades negativas, o Estado Liberal. Sustentava-se na garantia da liberdade, de modo que, cada indivíduo, livre, seria apto à busca da sua situação de bem estar. O bem-estar *geral*, objetivo do Estado, seria alcançado pela soma das várias situações de bem-estar individuais. O modelo se caracterizava pelas liberdades de empresa (*Dec. d'Allarde* e de *Le Chapelier* de 1791), de propriedade exclusiva e de contratação. O igual tratamento legal, ou formal, era a pedra de toque do modelo. Para o seu sucesso, com liberdade gerando o bem de todos os membros da sociedade, seria necessária uma absoluta igualdade de forças entre os indivíduos, o que, de fato, nunca ocorreu. Não se pode negar que se tratou de grande avanço, trazendo como alicerce de sua estruturação o capitalismo, o liberalismo econômico, o liberalismo político e o positivismo jurídico. Tais elementos serviram à produção do Estado de Direito como hoje se conhece. A desigualdade material, especialmente a ausência de proteção aos economicamente hipossuficientes em relações contratuais, puseram o modelo em xeque.

Como contraponto, nasce na Revolução Soviética de 1917 o modelo de Estado Socialista, que culminou com a estruturação de um Estado com pretensão igualitária, com a substituição da liberdade de iniciativa privada pela iniciativa estatal da atividade econômica. A planificação da economia, somada à propriedade estatal dos meios de produção, afastaria a existência de um mercado, supondo, ainda, a renúncia a um conjunto de liberdades. O direito,

como identificado por Pachukanis,³ configurava mero reprodutor das trocas do capitalismo. Para Lenin, em análise dos ensinamentos de Marx, na primeira fase da sociedade comunista, a que se dá o nome de socialismo, o direito burguês não se suprimiria por completo, mas somente na medida de satisfazer às transformações já alcançadas, no que se refere aos meios de produção. Ao Estado caberia velar “*por la igualdad del trabajo y por la igualdad em la distribución de los productos*”.⁴ Na fase superior da sociedade comunista, com o fim da distinção na valorização do trabalho intelectual e do manual, e com todo o caudal das riquezas coletivas, é que se poderia afastar-se totalmente do horizonte do direito burguês, pautando-se pelo seguinte valor: “*De cada cual, según su capacidad; a cada cual, según sus necesidades.*”⁵ O direito não poderia ser nunca superior à estrutura econômica do Estado, tampouco servir de barreira ao desenvolvimento cultural da sociedade. O modelo socialista e comunista pregava a igualdade em detrimento das liberdades conquistadas, do Estado de Direito e da democracia, mas, mesmo assim, alcançou grande prestígio no início do século XX.

A fórmula intermediária é apresentada ainda na segunda década do século XX, expressa no Estado do Bem-Estar, inaugurado na primeira Constituição econômica de um Estado liberal e capitalista – Constituição de Weimar de 1919. Este modelo, tendo no inglês John Maynard Keynes seu maior teórico, fortalecido após o fracasso do modelo liberal (especialmente após a quebra da Bolsa, em 1929), mas sem contemplar o modelo do Estado Socialista ou Comunista, legitimou a intervenção do Estado no domínio econômico, sempre que a liberdade de iniciativa não se prestasse a ser um *instrumento* para o bem-estar *geral*. A propriedade privada continua a ser tutelada enquanto voltada para uma utilização socialmente justa. O Estado assume funções para atendimento de relevantes interesses coletivos, dando azo ao surgimento de novas e custosas estruturas administrativas – notadamente empresas estatais. Saúde, educação, previdência, moradia, trabalho, proteção a minorias... Tudo o que pudesse ser compreendido como de interesse coletivo, poderia ser colocado sob ao amplo guarda-chuva do Estado, incluindo-se, como não poderia deixar de ser, medidas de proteção aos hipossuficientes e de assistência aos mais carentes.

³ NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e Direito**: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2000. Evgeni Pachukanis, jurista soviético, foi o principal teórico do direito marxista, tendo como obra de referência Teoria Geral do Direito e Marxismo. Para o autor, sujeito de direito é o indivíduo ao qual o direito atribui as determinações da liberdade, da igualdade e da propriedade. É este sujeito, a que denomina “sujeito-proprietário”, que no mercado oferece a si mesmo como mercadoria, na qualidade de vendedor de força de trabalho em troca de um equivalente.

⁴ LENIN, Vladimir I. **Obras escogidas em tres tomos**. Moscou: Editorial Progreso, 1960, Vol II, p. 372.

⁵ Id, *ibid*.

Na década de 1980, após mais de 50 anos de implantação de medidas de bem-estar, a conta chegou aos Estados, mesmo aos mais desenvolvidos. "*There is no free lunch*", como dizia Milton Friedman, em 1975, em título de um de seus livros.⁶ Sendo inviável manter todas as estruturas para atendimento de todas as funções assumidas pelo Estado do Bem-Estar, mas sem pretender retornar ao modelo Liberal, substituiu-se o Estado como exclusivo prestador de serviços públicos pelo modelo de Estado Regulador. Setores ocupados pelo Estado são transferidos à iniciativa privada, que passa a exercer tais funções sob regulação estatal. Não há, nesta mudança operada a partir do começo da década de 1980, uma ruptura em relação aos modelos anteriores, mas sim uma revisão setorial na atuação do Estado, especialmente em relação a utilidades públicas cujo custeio pudesse ensejar uma cobrança individualizada através de tarifas públicas.

Nesta trajetória, é constante a presença do Estado, quer seja prestando, quer seja regulando, ou ainda concedendo benesses, num conjunto de múltiplas relações jurídicas. Na atualidade, e já suplantando este aspecto preponderante de regulação, ou, ao menos, complementando-o, deixando para trás a organização administrativa piramidal burocrática, típica do modelo de Estado do Bem-Estar Social, bem ainda o modelo de organização policêntrica, estruturada no modelo de Estado Regulador, identifica-se o surgimento da *governança em rede*, com a existência de um conjunto de entes e órgãos públicos ao lado de um conjunto de pessoas jurídicas de direito privado – sociedades empresárias, sociedades simples, associações, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público - dando execução a serviços e a atividades prestadas anteriormente pelo próprio Estado, com relações jurídicas pautadas, em grande medida, por instrumentos de direito privado.⁷

No Brasil, apenas com a constitucionalização do Direito, ocorrida paulatinamente no início deste século XXI, com decisões judiciais reconhecendo como autoaplicáveis os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, atribuindo força normativa⁸ à Carta, o modelo de Estado do Bem-Estar Social se instaura em sua plenitude.⁹

⁶ FRIEDMAN, Milton. **There's no such thing as a free lunch**. Chicago: Open Court Publishing Company, 1975.

⁷ A obra de Sérgio Guerra é referência no tema: *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1998. Defende o autor a adoção, pelo juiz, da solução que propicie a maior eficácia jurídica possível às normas constitucionais.

⁹ "A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios." BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito do direito administrativo**. In:

3. Legalidade, juridicidade e atuação da Administração.

Já se pode identificar, nas linhas acima, que a concepção de Estado repercute, necessariamente, na atividade final da Administração Pública. Quanto maior o grau de intervenção do Estado na economia, quanto maior a atuação na prestação de bens ou serviços retirados do mercado, tornados públicos, maior a necessidade de realização de escolhas pela Administração. Estas escolhas, a cada dia mais difíceis e mais urgentes, num momento de crescente globalização dos riscos, necessitam da correta leitura da situação fática, especialmente pelo administrador.¹⁰ Torres (2005, p. 246) identifica o atual estágio da sociedade - sociedade de risco – caracterizando-a por sua ambivalência, insegurança e pelo redesenho das relações entre Estado e sociedade.¹¹

Neste cenário, o princípio da *legalidade administrativa* parece estar ameaçado. Ou será ele um mito? Paulo Otero, em obra que já é referência sobre o tema, aponta uma falha de raciocínio comum a todos os que labutam e operam com o Direito Administrativo, permitindo identificar a origem remota da tradicional noção de *insindicabilidade do mérito*. Identifica o mestre português que, ao contrário do que se repete irrefletidamente nos bancos das faculdades, o Direito Administrativo não nasce atrelado à *legalidade administrativa*, tampouco reverencia a separação dos poderes, nos moldes propostos por Montesquieu. Diz ele:

A criação do Direito Administrativo pelo *Conseil d'Etat*, passando a Administração Pública a pautar-se por normas diferentes daquelas que regulavam a atividade jurídico-privada, não foi um produto da vontade da lei, antes se configura como uma intervenção decisória autovinculativa do executivo sob proposta do *Conseil d'Etat*. (OTERO, 2011, p. 271)

Tal postura adotada na gênese do Direito Administrativo gera sérios reflexos: para a França revolucionária, em sua interpretação da separação dos poderes, o Poder Judiciário não poderia julgar a Administração, pois assim estaria, de fato, administrando. E, na mesma linha de raciocínio, o Poder Legislativo também não poderia legislar na matéria, pois, de igual modo, estaria interferindo na administração. A legalidade administrativa produzida pelo Conselho de Estado francês é, ainda segundo Otero (2011, p. 271), “rebelde ao parlamento,

ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Orgs.) et ali. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 1.reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 42

¹⁰ “A ambivalência, possibilidade de conferir a um objeto ou evento mais de uma categoria, é uma desordem específica da linguagem, uma falha da função nomeadora (segregadora) que a linguagem deve desempenhar. O principal sintoma de desordem é o agudo desconforto que sentimos quando somos incapazes de ler adequadamente a situação e optar entre ações alternativas.” BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 09.

¹¹ Veja também: CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 55-112.

alheia à lei e contrária à supremacia do poder legislativo, pois encontra no poder executivo a sua força jurídica”. Complete-se: rebelde ao Poder Judiciário também. Neste sentido, Binenbojm (2014, p. 10-11), com lastro no referido autor português, aponta que a história da origem e do desenvolvimento do direito administrativo é um erro; que a história passada irrefletidamente nos manuais é falsa.

O mérito administrativo – com sua insindicabilidade - possui raiz histórica na origem autovinculativa e, de certo modo, autoritária do Direito Administrativo – seu “pecado original”, como se refere Binenbojm (2014, p. 15). Reflexo desse nascimento autoritário pode ser identificado na atualidade na leitura de manuais de Direito Administrativo. Não raro, no polo passivo de uma relação de direito administrativo, como sujeitos da relação jurídico-administrativa, encontram-se referências ao súdito (!?) do Estado, ou ainda mais corriqueiramente, ao “administrado”. O cidadão, sujeito e destinatário de toda a atuação administrativa, parece esquecido pela doutrina... E pela própria Administração: as mortes em hospitais públicos por falta de atendimento médico, a falta de oferta de medicamentos em postos de saúde, as crianças sem escolas públicas ou em escolas com estruturas degradantes, a situação dos moradores de rua ou mesmo das vítimas da crescente violência urbana demonstram que, muitas vezes, o cidadão é tratado pela Administração como um vassalo, mas sem qualquer proteção ou benesse.

Com Otero (2011, p. 272), tem-se que a importação do modelo francês de Direito Administrativo se fez, entretanto, por via legislativa: “um direito de origem pretoriana é transformado no seu processo difusor num direito essencialmente legalista.” Neste modelo, que sai jurisprudencial da França, e chega ao Brasil – e a toda a Europa – legalista, exsurge a noção de *legalidade administrativa*, transformando em normas gerais a criação pretoriana francesa. Mas ainda assim, o mérito continuou intocável pelo Poder Judiciário – *insindicável!*

Na atualidade, com processo de constitucionalização do direito,¹² a que se denomina correntemente de neoconstitucionalismo,¹³ o conceito de legalidade deve ser

¹² Com o neoconstitucionalismo, ou mais corretamente, com o reconhecimento da força normativa da Constituição, suas normas condicionam a interpretação de todos os ramos do direito, público ou privado. Leciona Luís Roberto Barroso que “o primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth, julgado em 15 de janeiro de 1958. BARROSO, Luís Roberto. “A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito do direito administrativo”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (orgs) et ali. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 1.reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 35. Esclarece, o mesmo autor, em outro texto: “Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos

alargado, passando a ser compreendido como de *juridicidade*.¹⁴ Esta concepção traz ainda mais *parâmetros* para a atuação administrativa.¹⁵ Neste sentido, Otero (2011, p. 15):

A juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade deste mesmo poder. Neste sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista-legalista configurativa da legalidade administrativa, tal como resulta do entendimento doutrinal subjacente à Constituição de Bonn.

E o que é o *mérito administrativo*? Na teoria tradicional, por todos, toma-se o conceito de Seabra Fagundes, que, na linha de Renato Alessi,¹⁶ distingue seu aspecto positivo e negativo. Sob o aspecto positivo sustenta que mérito é a decisão política da Administração, a definição específica para o caso concreto, devendo refletir o interesse público genericamente contido na norma jurídica atributiva de competência. Sob o aspecto negativo, sendo o mérito o sentido político do ato administrativo – por referir-se à escolha –, configuraria, segundo Fagundes (1967, p. 149-151) “um limite para a sindicabilidade jurisdicional dos atos administrativos discricionários”.

Observa Bruna (2003, p. 71):

Nas sábias palavras de Eros Roberto Grau, a discricionariedade e a imunidade ao controle judicial que lhe é peculiar (ao menos no que diz respeito ao chamado ‘mérito’ administrativo) constituíam um verdadeiro cavalo de Tróia introduzido nas muralhas de pedra da legalidade.

do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth, julgado em 15 de janeiro de 1958.” BARROSO, Luís Roberto. **O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>, com acesso em 29/03/2013.

¹³ Em síntese, esclarece Inocêncio Mártires Coelho que o novo constitucionalismo possui os seguintes aspectos: “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação.” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.

¹⁴ O modelo de constitucionalismo francês é bastante claro a esse respeito: “O Direito Constitucional francês traz suas peculiaridades. A começar pela existência do denominado Bloco de Constitucionalidade, pelo qual, com fundamento em decisão do Conselho Constitucional, em 1971, integram o conceito de normas constitucionais, para efeito de controle de constitucionalidade, a Constituição de 1958, seu preâmbulo, o preâmbulo da Constituição de 1946, e a declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 124. No mesmo sentido, MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 199.

¹⁵ Em idêntico sentido, Andreas Krell propõe que “os atos administrativos não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade” e assevera que “essa ‘principalização’ do Direito (proibição da arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima, etc.) aumentou a margem de vinculação dos atos discricionários”. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial**. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Recife, v.8, dez. 2004, p. 214.

¹⁶ Tal postura de Renato Alessi, referida por diversos autores, pode ser encontrada em obra clássica do autor: *Diritto amministrativo: parte I. Isoggetti attive e passivi e l'applicazione dela funzione amministrativa*. Milano: Giuffrè, 1949.

4. Trajetória do controle dos atos da Administração

O mérito, com sua insindicabilidade, encontra seu *locus* nos atos administrativos discricionários. Neste sentido, toma-se a concepção delineada linhas abaixo, que traduz o pensamento tradicional acerca do tema:

O tema discricionariedade administrativa se encontra umbilicalmente ligado ao princípio da legalidade. Mais precisamente, na medida em que a relação entre a norma jurídica e a atividade administrativa seja mais ou menos estreita. Oscila entre uma noção mínima – *relação de compatibilidade* -, e uma noção máxima – *relação de conformidade*. Na primeira hipótese, há lugar para o poder discricionário; na segunda, fala-se em competência vinculada. A discricionariedade, portanto, configura um resíduo de liberdade decisória resultante da forma que determinado tema foi disciplinado por lei. É técnica utilizada pelo legislador em razão da impossibilidade de tudo se prever na letra da lei, mas é apenas dentro das fronteiras da lei que pode vicejar a liberdade administrativa. (CARDOSO, 2005, P.178).¹⁷

Na atualidade, e nos limites do tema deste artigo, a atribuição de discricionariedade¹⁸ não se confunde com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados,¹⁹ tampouco com a previsão de diretrizes/objetivos/princípios postos em

¹⁷ Na doutrina tradicional, os ensinamentos de: WEIL, Prosper. **O direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1977, p. 121.

¹⁸ Numa tentativa de sistematizar a trajetória de redução da liberdade de ação do administrador em sua atuação, e de viabilizar o controle dos atos da Administração, pautado pelo paradigma da juridicidade, propõe Gustavo Binbenojm a inexistência de atos administrativos discricionários: “Portanto, não é mais correto se falar de uma dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, senão numa teoria de graus de vinculação à juridicidade. Conforme a densidade normativa incidente ao caso, pode-se dizer assim, que os atos administrativos serão: (i) vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo alto grau de vinculação à juridicidade; (ii) vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares). Exibindo grau intermediário de vinculação à juridicidade; e (iii) vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares) exibindo baixo grau de vinculação à juridicidade.” BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 330. A teoria posta pelo autor reflete, de certa forma, embora adotando terminologia própria, a gradação posta no corpo do texto entre discricionariedade, conceitos jurídicos indeterminados e diretrizes/objetivos/princípios, numa escala decrescente de vinculação. Quanto menor a densidade normativa, maior a liberdade de decisão. Observe-se, entretanto, que o menor ou o maior espaço de decisão (margem de decisão) deixado à Administração não repercute necessariamente na intensidade de controle judicial em razão desta gradação. Como se verificará mais adiante, os princípios constitucionais que asseguram direitos sociais são de baixa densidade normativa – saúde, educação e moradia, p.ex. – mas o controle do judiciário na determinação da prestação é intenso. A distinção entre discricionariedade, conceitos jurídicos indeterminados e diretrizes/objetivos/princípios, com seu modo aplicação pela Administração e intensidade de controle foi explorado em: CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 09-54.

¹⁹ “A discricionariedade administrativa é usualmente tratada em conjunto com a questão dos conceitos jurídicos indeterminados. Entretanto, não deve haver confusão entre ambos. A diferença entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados é bastante sutil: a discricionariedade relaciona-se ao momento de aplicação do direito, ao passo que o conceito jurídico indeterminado relaciona-se à questão da interpretação da lei que veicula os conceitos, enfrentada num momento que antecede a aplicação. Interpretada a norma contida numa lei que veicule conceitos jurídicos indeterminados, não há que se falar, necessariamente, em discricionariedade. Esta se relaciona com a liberdade de decisão do que fazer num determinado caso concreto, nos limites estabelecidos pela norma; aquele (conceito jurídico indeterminado) deve ser interpretado para justamente oferecer estes limites. Uma norma que contenha conceitos jurídicos indeterminados pode determinar uma atuação discricionária ou mesmo vinculada, dependendo do fato de atribuir ou não, para a solução de um determinado caso concreto subsumido à hipótese legal interpretada, liberdade de escolha quanto à conveniência e à

textos legais de baixa densidade normativa.²⁰ Mas há uma inegável relação entre estas espécies: embora se utilizando de técnicas distintas na produção da norma de direito aplicável ao caso, todas servem à atribuição de *margem de decisão* à Administração Pública. E mais, todas foram intensificadas a partir da adoção do modelo de Estado do Bem-Estar Social, com a assunção pelo Estado de um conjunto de deveres de garantir a existência digna das pessoas. Entretanto, há uma diferença essencial, que será explorada mais adiante: em se tratando de políticas públicas postas na Constituição, tornam-se *objetivos* a serem perseguidos por *todo o corpo político que integra o Estado*, e não apenas pela Administração Pública.

Os atos administrativos ordinariamente possuem os seguintes elementos: agente competente, forma prescrita em lei, conteúdo (objeto), motivo, e finalidade. O mérito administrativo surge da conexão do motivo com objeto do ato administrativo discricionário, elementos passíveis de escolha valorativa pelo administrador. Avaliação pontual da *conveniência* e da *oportunidade* surge, na prática, da resposta às seguintes indagações: Por que fazer algo? (causa); o que deve ser feito? (objeto); deve-se realmente fazer isso? (conveniência); quando se deve fazer? (oportunidade). O desmembramento do ato administrativo, com a identificação de seus elementos, repercute também na construção de teorias acerca do controle do ato administrativo discricionário, como se verá.

A insindicabilidade do mérito, como se demonstrou anteriormente, derivada da própria gênese autoritária do direito administrativo, encontrou grande prestígio na doutrina²¹ e na jurisprudência nacional. Ressalta Binenbojm (2014, p. 216) que apenas com a publicação de *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, de autoria de Seabra Fagundes, em 1941, o tema controle da discricionariedade administrativas começou a ser difundido no país. Na década de 30, é paradigmática a decisão do Ministro Costa Manso: “Na apreciação dos atos do poder executivo, deve o juiz limitar-se a verificar sua legalidade, não entrando no merecimento da decisão impugnada judicialmente” (STF, Apelação Cível 6385, Rel. Min. Costa Manso, 1930). E o mais interessante, num modelo de jurisdição instaurado pela

oportunidade.” CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19.

²⁰ “Não há que se confundir discricionariedade administrativa estabelecida em regras com aplicação de diretrizes/objetivos/princípios. Diretrizes/objetivos/princípios deverão ser aplicados, como adiante se demonstrará, pela regra da proporcionalidade, tomando-os como mandamentos de otimização, atendendo-se a critérios de adequação, necessidade e ponderação, sempre na observância da finalidade pública especificada na lei. A legislação finalística – expressão utilizada por Habermas – é produto do direito social material positivo – o direito do Estado do Bem-Estar Social – que passou a estipular desta forma (diretrizes/objetivos/princípios) políticas públicas que deveriam ser implementadas pela Administração.” CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 21-22.

²¹ Os manuais são repletos de afirmações neste sentido, e, ainda hoje, os “espelhos” postos como respostas corretas por bancas de concursos públicos passam pela insindicabilidade do mérito.

Constituição Cidadã, que assegura o respeito ao devido processo legal – substancial, inclusive – aplicável ao procedimento administrativo, a lição de 1930 ainda reverbera - 80 anos depois – como se pode perceber neste excerto de decisão de 2007:

A atuação do Poder Judiciário no controle do processo administrativo circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato atacado, *sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo* (STJ, RMS 22128, Rel. Min. Laurita Vaz, 2007 - sem grifo no original)

A defesa técnica reiterada pela Administração Pública em litígios judiciais, a alegada insindicabilidade do mérito, é lançada para servir como escudo à atuação judicial contra a má atuação da Administração.

O esforço doutrinário e jurisprudencial permitiu a construção de uma teoria mista, que identificou elementos vinculados dos atos discricionários, com a possibilidade de controle judicial destes aspectos: incompetência do agente, vício de forma, e desvio de finalidade.

Eduardo Garcia de Enterría identifica uma verdadeira luta contra a imunidade da Administração, traçando as seguintes etapas: a) reconhecimento de que todos os atos discricionários possuem elementos regrados – competência e forma – suscetíveis de sindicância judicial; b) inclusão da finalidade como um dos aspectos sindicáveis dos atos administrativos; c) admissão do controle da veracidade ou não dos fatos determinantes dos atos da Administração; e e) a distinção entre discricionariedade e conceito jurídico indeterminado, permitindo-se um maior controle acerca destes últimos.²²

Ainda assim, na teoria positivista e legalista, o mérito – a conveniência e a oportunidade da Administração – continuou posto como uma limitação à atuação do Poder Judiciário, restringindo, reflexamente, a atuação de órgãos de fiscalização da Administração, a exemplo do Ministério Público, parte autora, por excelência, de demandas judiciais difusas e coletivas, ou ainda, mais recentemente, da Defensoria Pública, com seu conjunto de atribuições em defesa do cidadão e da coletividade menos favorecidos economicamente.

Há um consenso acerca do agigantamento do Poder Executivo, e aqui toma-se mais uma vez o escólio de Otero (2011, p. 1102), que afirma que sob uma aparência formal de um Estado de juridicidade esconde-se uma realidade muito diferente: “uma Administração Pública protagonista na gestação, determinação, interpretação e aplicação concretizadora da normatividade”.

²² ENTERRÍA. Eduardo Garcia de. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3.ed. Madrid: Editorial Civitas, 1995 *apud* ARAÚJO Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2.ed Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 75. Na referida obra, a transcrição surge em voto do Desembargador Relator João Batista Moreira, do TRF da Primeira Região, no processo nº 01000619132. No voto, ao tratar da questão fática subjacente, traz que: “O poder judiciário não está vinculado à determinação, feita pela Administração, do conceito de deficiência visual para efeito de participação privilegiada em concurso público.”

A tendência atual de se limitar a discricionariedade da Administração deriva desta percepção. Daí o fortalecimento de princípios constitucionais, que, somados a um conjunto de regras e teorias limitadoras da discricionariedade servem de limitadores do arbítrio da Administração.

A hermenêutica constitucional associada à filosofia do direito, talvez os campos de estudos que mais e melhores frutos deram ao direito nos últimos trinta anos, construíram um conjunto de premissas e técnicas que repercutiram necessariamente na atuação do juiz posto a analisar *omissão* ou *excesso* da Administração. Apenas nominando os frutos mais vistosos, tem-se: a) nova compreensão da inafastabilidade do controle jurisdicional; b) extensão e aplicabilidade do fundamento da República *dignidade da pessoa humana*; c) atribuição de força normativa à Constituição; d) compreensão dos valores/princípios constitucionais como espécies de normas de direito; e) neoconstitucionalismo, colocando a Constituição como fonte normativa que se espalha por todos os âmbitos do direito; f) garantia do mínimo existencial, extraído do princípio da dignidade humana, pelo qual cabe ao Estado garantir ao cidadão uma parcela mínima imprescindível à existência do indivíduo;²³ g) vedação ao retrocesso, aplicável às escolhas ordinárias da Administração, bem como à implantação de políticas públicas; h) regra ou princípio da proporcionalidade, com sua necessária ponderação em hipótese de conflito de direitos fundamentais ou mesmo de políticas públicas;²⁴ e i) adoção do princípio da razoabilidade (para alguns, da irrazoabilidade).²⁵

A tendência, como se pode perceber, é de *ampliação* do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.²⁶ Este conjunto de instrumentos construídos serve ao

²³ “O mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas do Estado.” GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Judiciário**. Revista de Processo. São Paulo, v. 33, n. 169, out. 2008, p. 15.

²⁴ Vide CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2009.

²⁵ Leciona Luís Virgílio Afonso da Silva que o teste da irrazoabilidade surge concretamente na Inglaterra, em decisão judicial proferida em 1948: “conhecido teste *Wednesbury*, implica tão somente rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis”. Aponta o autor a seguinte fórmula: “Se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a Corte intervir.” AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, ano 91, v. 798, abril, 2002, p. 29.

²⁶ Gustavo Binbenojm sustentando a inexistência de atos discricionários, mas apenas de diferenciados graus de vinculação (alto, intermediário e baixo), dissocia vinculação normativa de controle judicial. Independe, em sua teoria (que sustenta a existência de graus de vinculação) a densidade da norma legal que lastreia o ato administrativo em si. Quer sejam regras (alto grau), conceitos jurídicos indeterminados (médio grau) ou princípios constitucionais (baixo grau), o controle judicial se pautaria pelos seguintes parâmetros: a) quanto maior a objetividade extraível da norma, em nome da segurança jurídica e da legitimidade democrática, menos intenso deve ser o controle; b) quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, em respeito à especialização técnica e funcional do ente administrativo, menos intenso deve ser o controle; c) quanto maior o grau de politicidade da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado, menos intenso deve ser o controle; d) quanto maior a participação efetiva dos atingidos na produção dos atos administrativos, em processos de deliberação e de tomada de decisão, menos intenso deve ser o controle; e) quanto maior o grau de

controle da *arbitrariedade* e passa a repercutir, de igual modo, na jurisprudência: “A ação que visa um controle de atividade discricionária da administração pública *não contém pedido juridicamente impossível*.” (STJ, Resp. 879188/RS Rel. Min. Humberto Martins, 2009). Ou ainda: “Descabe ao Poder Judiciário realizar o controle de mérito de atos discricionários [...] que *não contrariaram qualquer princípio administrativo*. (STJ, AgRg no MS 13918/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, 2009).

Neste sentido, seguindo os passos de Luís Roberto Barroso, não só os princípios constitucionais gerais, mas também os específicos – moralidade, eficiência, razoabilidade, e proporcionalidade – permitem o controle da discricionariedade administrativa. Neste controle, adverte o autor, recomenda-se contenção e prudência.²⁷

Cassar a escolha da Administração não significa, por seu turno, que o juiz possa substituir o Administrador em sua escolha. Se assim fosse, tudo se reduziria em substituir a discricionariedade administrativa pela discricionariedade judicial, sem avançar no problema.

Em regra, o controle é ablativo, de *retirada do ato arbitrário*,²⁸ como na cassação de ato administrativo – uma remoção de servidor por perseguição política em desvio de finalidade – decidida em sede de mandado de segurança. Por vezes, entretanto, o Judiciário determina uma atuação de conduta positiva à Administração. Mas, ainda assim, não descerá em detalhes a ponto de substituir ao administrador. Em situações frequentes na prática forense, como a determinação judicial para o conserto ou reforma de escolas, estradas, mercados municipais ou matadouros, a ordem determina o “que” e “quando” deverá ser feito, mas não “como” deverá ser feito. Determina-se, apenas, que se atenda às regras gerais de segurança, de higiene e de saúde, em prazo fixado na sentença, mas o projeto básico, o projeto executivo, a escolha pela forma de execução (se direta ou indireta), a espécie e o tipo de licitação, a forma de contratação, e demais aspectos essencialmente de execução da obra ou serviço, permanecerão a cargo da Administração Pública.

restrição imposto a direitos fundamentais, ainda que difusos, mais intenso deve ser o controle. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 207-256.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. “A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito do direito administrativo”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Orgs.) *et al.* **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 1.reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 50.

²⁸ “Analisar a eficiência da ação administrativa é analisar a esfera do juízo de oportunidade. A opção por um critério técnico específico, se conciliado com os cânones do regime-administrativo, torna-se isento de invalidação judicial por ineficiência. Não compete ao Poder Judiciário definir a melhor técnica aplicável, mas sim se esta ateu-se aos limites do ordenamento jurídico. Não estamos defendendo aqui a discricionariedade técnica. Embora seja imperativo o dever da boa administração e da melhor escolha, é impossível a substituição do administrador pelo juiz no papel de perito do interesse público, no que concerne ao aspecto estrito de sua eficiência.” FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 168.

Nas hipóteses trazidas acima, em rigor, a escolha da Administração já foi realizada no momento em que construiu a escola, a estrada, o mercado ou o matadouro municipal. A questão é de respeito a normas subjacentes – de segurança, de saúde pública, de higiene... – e que se relacionam à própria manutenção da qualidade do serviço ou bem público. Cuida-se da materialização da *vedação ao retrocesso social*.²⁹

Na prática, entretanto, nem sempre é clara a figura tradicional do mérito, muitas vezes aproximada à implantação de *políticas públicas* relacionadas ao *mínimo existencial*. Reformar uma escola ou posto de saúde, sem as menores condições de funcionamento ou mesmo desativados, por vezes, distingue-se pouco da obrigação de construir uma nova escola ou um novo posto de saúde.

Ao cabo deste tópico, resta uma questão: o mérito, como limite à ingerência de um poder (Judiciário) em outro (Executivo), ainda subsiste? *Sim, mas apartado da noção de insindicabilidade*.³⁰

5. Políticas públicas: insindicabilidade ou intervenção obrigatória?

E quando se tratarem de políticas públicas? Qual deve ser a postura do Poder Judiciário? Sua atuação deve ser padronizada em relação a qualquer ação ou omissão da

²⁹ O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, tratado internacional que passou a produzir efeitos a partir da publicação do Decreto Presidencial nº 678, em 06/11/1992, estabelece, em seu art. 26, de modo expresse, o princípio da vedação ao retrocesso: “Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo. Os Estados-Partes comprometem-se e a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.” São expressões sinônimas: princípio do não retrocesso social; princípio da proibição da evolução reacionária; princípio do efeito cliquet; princípio da não-reversibilidade; princípio da vedação da contrarrevolução social.

³⁰ Interessante observar que o jargão “impossibilidade de revisão do ato pelo Poder Judiciário” ainda se repete em decisões dos tribunais, muito embora o julgador trabalhe com a hipótese de efetivamente sindicá-lo, examinar o mérito, especialmente utilizando-se de critérios de legalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Efetivamente analisa o mérito, mas, entendendo ser a escolha da Administração *razoável e proporcional*, não a anula ou a substitui, mas repete o mantra: “impossibilidade de revisão do ato pelo Poder Judiciário”. Tomando como exemplo, a seguinte ementa de acórdão proferido pelo STJ em 04/04/2013: “Administrativo e processual civil. Concurso público. Empresa brasileira de correios e telégrafos. Cargo de operador de triagem e transbordo I. Exame de aptidão física. Critério editalício. Teste de robustez física (força muscular). Dinamometria. Art. 390 da CLT. Violação não caracterizada. Desarraçoabilidade não demonstrada. Súmula 7/STJ. *Discricionariedade e conveniência administrativa. Impossibilidade de revisão do ato pelo poder judiciário*.” Ao analisar o voto da Min. Relatora Eliana Calmon, verifica-se, entretanto que a efetiva análise do mérito: “4. Uma vez reconhecida que a exigência constante no edital não desafia a legalidade, nem fere o princípio da razoabilidade, e se insere dentro da discricionariedade e conveniência administrativa, não pode ser revista pelo Poder Judiciário.” E mais adiante: “Ademais, a alegada desproporcionalidade foi afastada à luz da documentação acostada, que inclusive comprovou que a dita exigência, na metodologia científica utilizada, não se mostrou óbice intransponível para outras candidatas serem consideradas aprovadas.” STJ, Resp. 2011/0124957-7. (original sem grifo)

Administração que possa ser tomada como concretizadora de políticas públicas, por se pautar pela consecução de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados?

Primeiramente, há que se definir o que se entende por política pública. Compreende um conjunto de procedimentos destinados à resolução pacífica de conflitos em torno da alocação de bens e recursos públicos. Este é o conceito corrente. Nada poderia ser mais vago... São políticas públicas o estímulo à indústria nacional, ao microempreendedor, às cooperativas, ao microcrédito, ao consumo de bens duráveis, à indústria automobilística instalada no país; a proteção às minorias ou grupos historicamente menos favorecidos, como os quilombolas, os indígenas, os negros, os oriundos de escolas públicas, as mulheres, os homoafetivos; a prestação de bens e serviços de saúde, de educação, de estradas, de transportes e de segurança pública; a disciplina de higiene e o controle de produtos alimentícios; a adoção de práticas de transparência e de controle para impedir atos de corrupção; a disciplina ética dos agentes públicos e dos agentes políticos através de códigos de conduta; a preservação do meio ambiente... Enfim, são as políticas públicas resultantes das demandas que, dirigidas pelos atores sociais ao Estado, ou mesmo formuladas pelos próprios agentes do Estado, são debatidas e acatadas, sendo estatuídas em *normas vinculantes a todos* – Constituição e leis (espécies do art. 59 da Constituição Federal). Em regra, as demandas são recorrentes, expressando problemas não solucionados ou mal solucionados no passado, e que retornaram ao debate político.

Nesta linha, e como um norte, especialmente no âmbito do presente artigo, direcionado à determinação destas políticas pelo Poder Judiciário, a Constituição estabelece como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

Estabelecidas as políticas públicas, com a vitória dos grupos de interesse representados no jogo democrático, passa-se à sua fase seguinte: sua implantação.³¹ Um conjunto de ações a serem realizadas por agrupamentos ou indivíduos direcionadas à consecução dos objetivos estabelecidos em decisões políticas anteriores, cuidando de transformar o que foi posto no papel em atos materiais. Transformar a política pública que entrou na agenda do Estado num resultado concreto. A implantação torna-se uma questão problemática, mormente quando *o tempo de resposta do Estado não se ajusta à premente*

³¹ As seguintes etapas podem ser identificadas na construção das políticas públicas: a) formação, a cargo, preponderantemente pelo Legislativo; b) execução, a cargo do Executivo; e c) avaliação, também atribuída ao executor.

necessidade do cidadão. A burocracia – em seu sentido vulgar – emperra a Administração Pública, e a torna ineficiente à consecução dos mais lúdimos direitos sociais.

Buscando ofertar ao aplicador do direito uma base – um calço, talvez... - num terreno tão pantanoso, pode-se assegurar, que a atuação do Poder Judiciário, quando provocado pelo cidadão ou mesmo por entes privados (associações) ou públicos (Defensoria e Ministério Público, especialmente), *será legítima* quando a política pública, que se queira ver implantada com o mandamento do Poder Judiciário, puder ser compreendida como relativa ao mínimo existencial, asseguradora de um *status* de dignidade ao ser humano. Na atualidade, pode-se afirmar que políticas públicas que versem acerca dos direitos sociais fundamentais a *moradia, saúde, educação e segurança pública* merecem contar com elevado grau de proteção judicial. Quando algo vai mal – total omissão ou mau funcionamento da prestação estatal por parte do Executivo -, a porta a bater que resta é a do Poder Judiciário.

Quais os fundamentos deste controle judicial, deste poder de impor à Administração uma prestação ao cidadão? Não são as previsões constitucionais estabelecidas como direitos sociais *meras normas programáticas*, consoante a sempre lembrada classificação de José Afonso da Silva?³²

O tema “políticas públicas” provoca um entrelaçamento entre o direito administrativo e o direito constitucional, configurando um *grau mais elevado de exigibilidade das condutas da Administração* e, portanto, uma *atuação mais dinâmica do Judiciário* na garantia da sua implantação, refletindo, por consequência, numa nova compreensão do mérito administrativo e de sua sindicabilidade. Há inegável gradação entre a atuação genérica da Administração Pública – atividade meio ou ainda atividade fim – e sua atuação quando omissa ou ineficiente na garantia de *direitos sociais fundamentais asseguradores do mínimo existencial*. Aqui, propriamente, reside uma nova perspectiva de atuação do Judiciário.

Esclarece Alexy (1997, p. 111) que “no es ni necesario ni funcional ligar el concepto de principio al concepto de derecho individual”, sendo preferível, em razão da

³² “Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada (...) Se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos. É insuficiente, a nosso ver, separá-las em dois grupos, como insinuam certos autores: a) normas constitucionais de eficácia plena, que seriam aquelas de imediata aplicação; b) normas constitucionais de eficácia limitada, distinguindo-se estas, ainda, em: 1) normas de legislação e 2) normas programáticas (...) Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias: I – normas constitucionais de eficácia plena; II – normas constitucionais de eficácia contida; III – normas de eficácia limitada ou reduzida”. AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 81-82.

comunhão das propriedades lógicas comuns a direitos individuais e políticas públicas, a utilização ampla do conceito. Esclarece o autor que a diferença entre regras e princípios (incluindo-se as políticas públicas) é qualitativa:

Esta consiste en que los principios son mandatos de optimización. Esto significa que son normas que ordenan que algo sea realizado en una medida lo mayor posible dentro del marco de las posibilidades fácticas e jurídicas. En cambio, las reglas son mandatos definitivos. De esta distinción se siguen todas las otras distinciones, por ejemplo, que los principios, en tanto mandatos de optimización, son realizados en diferente grado mientras que las reglas, en tanto mandatos definitivos, siempre pueden ser realizadas o no. (ALEXY, 1997, p. 185).³³

Ao se compreender a Constituição como uma espécie normativa, atribuindo-se força normativa e vinculante, eventual caráter programático da norma, com baixa densidade normativa, deixa de ser impeditivo à sua efetivação. São normas cogentes especialmente em se tratando de políticas públicas relacionadas ao mínimo existencial. Previstas na Constituição, ou mesmo em leis, o Judiciário, provocado, pode obrigar o Executivo a implementar os deveres do Estado Social. Não estará o Judiciário atuando contra a sociedade, mas em nome dela, contra seus representantes políticos faltosos.

Mesmo que haja completa omissão da Administração na implantação de determinadas políticas públicas, em razão da mudança de paradigma constitucional, mais precisamente, em razão de uma nova hermenêutica constitucional, conforme explicitado linhas acima, estas adquirem *status* de direito difuso ou mesmo subjetivo, gozando de proteção judicial: *direitos processualmente garantidos ao cidadão ou a instituições* (Ministério Público, Defensoria Pública e demais legitimados na Lei de Ação Civil Pública) *de requerer ao juiz providências para proteção de um direito material específico*.

Não são promessas estatais, e sim determinações vinculantes a todos os poderes, inclusive ao Judiciário chamado a decidir. Neste sentido, dando aplicabilidade ao disposto no art. 196 da Constituição Federal,³⁴ direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal, em decisão paradigmática já no ano de 2000, assim se manifestou:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder

³³ Isto é que os princípios são mandatos de otimização. Isto significa que os padrões estão requisitando algo a ser feito de uma forma tão grande quanto possível, no âmbito das possibilidades factuais e jurídicas. No entanto, as regras são termos definitivos. Esta distinção todas as outras distinções, por exemplo, que os princípios, além de otimizar os comandos, são realizadas em diferentes níveis, enquanto as regras, enquanto termos definitivos, sempre pode ser feita ou não seguidos. (tradução livre)

³⁴ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (STF, RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.)³⁵

Também de lavra do Supremo Tribunal Federal, outra decisão que, pela clareza das ideias em que se lastreia, tornou-se importante precedente:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. [...]

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. [...]

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...]. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (STF, ADPF 45 MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29/04/2004).

Em recentíssimas decisões, o Supremo Tribunal Federal ratifica o dever do Poder Judiciário, em qualquer de suas instâncias, em assegurar a concretização dos comandos constitucionais no âmbito da saúde pública:

Direito à saúde. Portador de doença grave. Determinação para que o Estado forneça fraldas descartáveis. Possibilidade. Caracterização da necessidade. (...) O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde. A Corte de origem consignou ser necessária a aquisição das fraldas descartáveis, em razão da condição de saúde do agravado e da impossibilidade de seu representante legal de fazê-lo às suas expensas. (STF, RE 668.722-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 27-8-2013, Primeira Turma, DJE de 25-10-2013.)³⁶

³⁵ No mesmo sentido: AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012; RE 368.564, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-4-2011, Primeira Turma, DJE de 10-8-2011; STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010. Vide: RE 668.722-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 27-8-2013, Primeira Turma, DJE de 25-10-2013; AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010.

³⁶ Em igual sentido: STF, AI 759.543-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 17-12-2013, Segunda Turma, DJE de 12-2-2014.

Na prática forense dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, em razão da competência delimitada em lei de regência,³⁷ há incontável número de processos versando sobre a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos, próteses, equipamentos, material de higiene ou mesmo de realização de tratamentos ou cirurgias pelo Estado, em regra, ações propostas em face dos municípios. De igual modo, em Varas da Fazenda Pública ou da Justiça Federal, tramita grande número de processos, em sua maioria propostos pelo Ministério Público, e que versam sobre a regularização da prestação de serviços de saúde, em ações propostas contra as três esferas da federação. Tanto os pleitos individuais quanto os pleitos em legitimação extraordinária (ações coletivas) exploram a nova compreensão da aplicabilidade das normas constitucionais que vinculam a Administração e os demais poderes.

O direito à educação³⁸ é também compreendido como política pública relacionada ao mínimo existencial:

“A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da administração importa afronta à Constituição.” (STF, RE 594.018-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, DJE de 7-8-2009.)³⁹

Há nítida interseção entre o direito à educação e a proteção à criança e ao adolescente, postos como deveres do Estado. Neste sentido, também paradigmática a decisão ementada, que, pela clareza da exposição, merece transcrição parcial:

Criança de até cinco anos de idade - Atendimento em creche e em pré-escola - Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida - Legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público - Doutrina - Jurisprudência - Obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças - Educação infantil - Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006) [...] Políticas públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do poder judiciário em tema de educação infantil: possibilidade constitucional. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). [...] A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. [...] Descumprimento de políticas públicas definidas em sede constitucional: hipótese legitimadora de intervenção jurisdicional. (ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/08/2011. (original sem grifo)

³⁷ Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

³⁸ Constituição Federal: “art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

³⁹ No mesmo sentido: AI 658.491-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 20-3-2012, Primeira Turma, DJE de 7-5-2012; bem ainda decisão paradigmática ainda do ano de 2001: STF, RE 163.231, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 26-2-1997, Plenário, DJ de 29-6-2001

O direito constitucional à moradia⁴⁰ deve assegurar proteção ao cidadão que, devido à sua situação específica de vulnerabilidade, esteja com sua dignidade humana ameaçada. Na decisão que segue, o Min. Rel. Dias Toffoli determina o cumprimento de Termo de Ajustamento de Conduta acerca da regularização de moradias em situação de risco:

Em nenhum momento o Poder Judiciário determinou a forma de intervenção da Administração Pública, ou ainda, substituiu a Administração. Mas, tão somente deu cumprimento ao ‘Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta’ firmado entre o apelante e o apelado. [...] Por outro lado, pacificou-se neste Tribunal o entendimento de que *o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais*, como é o caso do direito à integridade física e à moradia digna dos administrados, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro. (original sem grifo)⁴¹

A atuação do Judiciário resulta da inafastabilidade da jurisdição, e sua atuação deve servir para reconduzir a Administração aos ditames postos pela Constituição.⁴² Neste sentido, também paradigmática é a decisão do Min. Luiz Fux, então no Superior Tribunal de Justiça:

A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. *Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.* [...] (sem grifo no original)

Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, *nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.* (REsp nº 577.836 - SC (2003/0145439-2, em 21/10/2004) (sem grifo no original)

6. A razoabilidade na determinação da implantação de políticas públicas pelo Judiciário: a reserva do possível como limite

⁴⁰ Constituição Federal: “art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Interessante notar que o direito a moradia foi inserida como direito social pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000 e que, numa linha de progressão de políticas públicas, a Emenda Constitucional nº 64, de 2010 inseriu o direito a alimentação como o mais novo direito social.

⁴¹ Em igual sentido, mas tratando da obrigatoriedade do pagamento de aluguel social: STJ. MC 10613 / RJ MEDIDA CAUTELAR 2005/0153420-4, em 04/10/2007.

⁴² O direito constitucional à segurança pública também é objeto de determinação judicial: “Direito constitucional. Segurança pública agravo regimental em Recurso Extraordinário. Implementação de políticas públicas. Ação civil pública. Prosseguimento de julgamento. Ausência de ingerência no poder discricionário do Poder Executivo. Artigos 2º, 6º e 144 da Constituição Federal. 1. O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido” RE nº 559.646/PR-AgR, Segunda Turma, Relatora Ellen Gracie, em 24/6/11). (original sem grifo)

De tudo o que foi dito até agora, em defesa da atuação do Judiciário para a garantia do mínimo existencial, reflexo prático da dignidade da pessoa humana, pode-se chegar à conclusão, *errada*, de que esses direitos não conhecem limites. E os direitos têm custos.⁴³

Por vezes, a concessão de direitos subjetivos pelo Juiz, refugindo aos critérios técnicos e ao planejamento da Administração,⁴⁴ embora satisfaça o interesse individual, pode representar prejuízo para a sociedade como um todo – inclusive para os que se encontram em idêntica situação do requerente. Não é rara a utilização da via judicial para subverter a ordem de concessão de benefícios – “furar a fila” –, numa tentativa de transformar o juiz no servidor responsável pela ordenação e distribuição dos mais diversos bens e serviços públicos – saúde, educação, moradia... Por vezes, *sem qualquer provocação ou negativa* da Administração, há o ingresso de ações para assegurar direitos prestacionais, com o nítido intuito de burlar os requisitos postos em normas da Administração que *selecionam e ordenam* (requisitos e posição em lista) os beneficiários.⁴⁵ O deferimento de requerimentos individuais merecem uma cautelosa análise pelo Judiciário, conferindo-se à Administração a oportunidade de demonstrar a progressividade na implantação da prestação requerida – seu planejamento, sua execução, e a situação peculiar do requerente ao ser inserido no respectivo programa.

Tomando-se uma situação específica, no âmbito de proteção à saúde, relacionada diretamente com os custos de tratamento requerido individualmente, tem-se a questão tratamento médico no exterior. Como situação hipotética, suponha-se que o custo de tal tratamento (deslocamento, alimentação, hospedagem, e despesas médicas) ultrapasse a cifra de R\$ 200,000,00 (duzentos mil reais). Na hipótese de deferimento de tal pleito, o indivíduo seria beneficiado, e, de fato e de direito, teria seu direito à saúde assegurado. Mas isso geraria um custo elevado, que, além de ser suportado pela sociedade como um todo, impactaria o orçamento da pasta da Saúde. Conceder a um indivíduo um direito específico em face do Estado que não será estendido a todos os que estiverem em idêntica situação pode ensejar o

⁴³ Richard Posner em sua obra de referência – A análise econômica do direito, publicada originalmente em 1973 – analisa sob o aspecto econômico regras e instituições jurídicas. Sua obra, organizada em torno de conceitos legais – propriedade, contrato, família, responsabilidade civil, etc. – permite entender e estudar o direito como “*un sistema que el análisis económico puede aclarar, revelar como algo coherente y mejorar en algunos puntos.*” POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. Tradução: Eduardo L. Suárez. 4. ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 7.

⁴⁴ É polêmica a determinação para entrega de medicamentos não previstos em lista obrigatória do SUS. No sentido da impossibilidade: TJMG, 3ª Câmara Cível, AI nº 1.0024.08.135548-9/001, Rel. Silas Vieira, julgado em 24/09/2009. Em sentido contrário, determinando a obrigação do Estado, mesmo sem constar na lista de medicamentos: TJRS, 2ª Câmara Cível AC nº 70052053782, Rel. Arno Werlang, Julgado em 17/12/2012.

⁴⁵ No âmbito da Justiça Federal já é pacífico que o ingresso em juízo para assegurar direitos previdenciários configura *pedido juridicamente impossível* se o autor não comprovar, através de protocolo e documentos, a negativa ou a demora injustificada na concessão dos referidos direitos previdenciários pelo Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS.

reconhecimento de um regime diferenciado, desigual, não isonômico. Se as necessidades são ilimitadas, os recursos públicos não o são.

E qual o valor de uma vida? A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento recente (REsp 1.127.913-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, em 20/9/2012), fixou o *valor máximo de indenização por dano moral em caso de morte: 500 salários mínimos*. Em valores atuais, R\$ 487.000,00 (quatrocentos e oitenta e sete mil reais) - valor máximo segundo as circunstâncias. Tal parâmetro, entretanto, não vem sendo adotado na prática judiciária. Não é raro encontrar decisões que fixam danos morais por morte no valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais)! Exemplificando, tem-se caso concreto de indenização do Estado por morte de detento em presídio, retratado na decisão do Tribunal de Justiça de Sergipe prolatada em 20/08/2013 - processo 2013215089:⁴⁶

Com relação ao quantum fixado pelo Magistrado em 1º Grau, a título de danos morais, R\$30.000,0 (trinta mil reais) para a autora, e motivo embasador de recurso apelatório da mesma, entendo que se *encontra proporcional e razoável aos fatos ocorridos*, bem como *entendimento jurisprudencial provindo dessa Corte*. [...] Da mesma forma, conheço do recurso da autora para negar-lhe provimento mantendo-se o valor imputado a título de danos morais no montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Soa paradoxal que o Poder Judiciário determine tratamentos de saúde muito custosos para assegurar o direito à vida ou à saúde de alguém – situação individual específica –, considerando o baixo valor que tradicionalmente se arbitra em hipóteses de indenização por danos morais em razão de óbito causado por ação/omissão de agentes do Estado. Nesta linha de raciocínio, e já estabelecendo uma limitação na oferta de tratamento de saúde, decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça confirmam a validade da Portaria do Ministério da Saúde nº 763/1994 que proíbe o custeio pelo Estado de tratamento no exterior:

Administrativo. Tratamento de saúde no exterior. Legitimidade da portaria n. 763, de 07.04.1994. Tratamento de retinose pigmentar em cuba. 1. O financiamento de tratamento médico no exterior pelo Sistema Único de Saúde é vedado nos termos da Portaria n. 763/1994, do Ministério da Saúde, considerada legítima, no julgamento do MS nº 8.895/DF pela Primeira Seção desta Corte, julgado em 22.10.2003. (STJ – 1ª T. - Eeere 1.028.835 – Rel. Min. Luiz Fux – DJE 02.03.2010) Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para dar provimento ao Recurso Especial.⁴⁷

⁴⁶ A decisão, posta como *leading case* no referido Tribunal é assim ementada: “Processual civil. Administrativo. Indenização por morte de preso em cadeia pública. Dever de vigilância do Estado (art. 5º, XLIX E 37, CF/88). Indenização por danos morais. Responsabilidade civil objetiva. Art. 37, § 6º da Constituição Federal. Culpa (teoria da falta do serviço - Culpa genérica do serviço público) e nexos de causalidade comprovados -. Precedente do STF [...] Responsabiliza-se o Estado pelo assassinato de preso em suas unidades prisionais, incumbindo-lhe zelar pela integridade física dos encarcerados, por aplicação da teoria da responsabilidade objetiva precedente do STF. Unanimidade. (Apelação Cível nº 5772/2010, Rel. Des. Netônio Bezerra Machado, em 08/02/2011.)” Em igual sentido, TJSE, AC nº 8185/2013, julgada em 10/12/2013.

⁴⁷ A decisão refere-se aos seguintes precedentes: Precedentes: REsp 844291/DF, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 31/08/2006 p. 281; REsp 511660/DF, Segunda Turma, julgado em 04/04/2006, DJ 18/04/2006 p.

Outra decisão, com ementa transcrita a seguir, estampa o receio do *efeito multiplicador de demandas individuais*, a gerar um risco de lesão à ordem pública:

AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. UNIÃO. TRANSPLANTE DE ÓRGÃO NO EXTERIOR. ALEGADA LESÃO À ORDEM ADMINISTRATIVA E À SAÚDE PÚBLICA. *EFEITO MULTIPLICADOR*. 1. Cabe à Administração fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população, sempre com vistas a garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessárias, em território nacional. Questão relativa a matéria de Política Nacional de Saúde. Risco de lesão à ordem pública administrativa configurado. 2. A determinação *contra legem* que obriga o Estado brasileiro a fornecer todas as condições para que a agravante/ requerida faça cirurgia de elevado custo no exterior, havendo quem a faça no país, tem potencial de lesionar a saúde pública, constituindo-se *precedente para um número indefinido de outras situações semelhantes*. 3. Regimental não provido. (STJ – Corte Especial - AGSS 1.467- Rel. Min. Edson Vidigal – DJ 21.03.2005, p. 196) (original sem grifo)

O risco identificado pelo Ministro é plausível, e se relaciona com a questão orçamentária – limite do orçamento ou reserva do possível. Em ações individuais, quando se verifica a extrema onerosidade do tratamento, o Judiciário tende a ceder face aos argumentos do Estado – efeito multiplicador, reserva do possível, existência de tratamento alternativo menos oneroso, falibilidade do tratamento requerido, implantação gradativa de políticas para o setor...

Se este receio se justifica, autorização de despesa para *um oneroso tratamento individual* que ameaça os poucos recursos destinados à coletividade, a questão terá outro destino quando se tratar de ação coletiva, especialmente em ação civil pública proposta em legitimação extraordinária, com destaque para a atuação da Defensoria Pública e do Ministério Público.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário (RE 368564), em mandado de segurança coletivo, assegurou aos *impetrantes*, em *tutela de direitos individuais homogêneos*, o direito de se tratarem de retinose pigmentar em Cuba,⁴⁸ com a indenização de todas as despesas relativas ao tratamento.⁴⁹ Em seu voto vencedor, o Ministro Marco Aurélio reitera, transcrevendo precedente já mencionado, que o caráter programático não pode se converter em promessa irresponsável.

189; REsp 616.460/DF, Primeira Turma, julgado em 15/02/2005, DJ 21/03/2005 p. 243. No mesmo sentido: STJ RESP 844291, STJ MS 8895, STJ EIAC 0027318- 07.2001.4.01.3400, TRF1 AC 2006.34.00.009724- 0, TRF. TRF-1, AG 12440 DF 2006.01.00.012440-9 (TRF-1) em 14/12/2007; STJ – 1ª T. - RESP 844.291 – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – DJ 31.08.2006, p. 281). Em sentido contrário, autorizando tratamento no exterior, decisão de 2003: STJ – 2ª T. - RESP 353.147 – Rel. Min. Franciulli Netto – DJ 18.08.2003, p. 187.

⁴⁸ Doença degenerativa da visão objeto de constante controvérsia judicial.

⁴⁹ A 1ª Turma, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário interposto pela União contra acórdão do TRF da 1ª Região que concedera, a portadores de doença ocular progressiva (retinose pigmentária), o direito a reembolso total das despesas efetuadas em decorrência de tratamento médico no exterior - Informativos 501 e 520 do STF. Prevaleceu o voto do Min. Marco Aurélio que, sem adentrar as questões relativas ao caráter experimental do tratamento e à existência, no Brasil, de profissionais habilitados a realizá-lo, desproveu o recurso. RE 368564/DF, rel. orig. Min. Menezes Direito, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 13.4.2011.

Registre-se, por oportuno, que o tema “Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo” tramita em regime de *repercussão geral* no Supremo Tribunal Federal - RE 566471- possuindo o Min. Marco Aurélio como relator.

Observe-se que o tema em repercussão geral traz, em seu próprio título, uma *limitação*: “portador de doença grave *que não possui condições financeiras para comprá-lo.*” Mas a saúde pública não é direito de todos? Como resposta, uma pergunta retórica: É lícito ao cidadão com condição financeira privilegiada transferir ao Estado o custo individual de seu tratamento?

A defesa do Estado, em regra, dos municípios, que se encontram como prestadores finais por excelência do Sistema Único de Saúde, cinge-se à tese da *reserva do possível* ou *limite do orçamento*.

A teoria da reserva do possível surge na Alemanha para solucionar a limitação do número de vagas em algumas universidades públicas (BVerfGE 33, 303).⁵⁰ O Tribunal Constitucional decidiu que algumas prestações estatais ficam sujeitas àquilo que a sociedade pode, *de forma razoável*, exigir do Estado, existindo prestações restritas a uma reserva do possível. Assume que os direitos sociais prestacionais são dependentes de fatores econômicos e da disponibilidade de verbas e que a escassez de recursos deve ser considerada um verdadeiro limite *de facto* à sua concretização.

Na oportunidade, o julgado delineou dois aspectos em sua caracterização: a) o primeiro deles, o aspecto econômico, que trata da efetiva capacidade financeira do Estado; e b) o segundo deles, o aspecto axiomático, que entende por possível de assunção pelo Estado apenas aquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade.

Respondendo à pergunta posta em linhas anteriores - É lícito ao cidadão com condição financeira privilegiada transferir ao Estado o custo individual de seu tratamento? *Não. Não é lícito transferir ao Estado, custeado por tributos diretos e indiretos de toda a sociedade, com seus poucos recursos, a despesa relativa a um tratamento que pode ser custeado sem maiores sacrifícios pelo indivíduo.*⁵¹

Em relação ao primeiro aspecto – existência de recursos – há duas perspectivas que devem ser enfrentadas: a) perspectiva fática, acerca da existência ou não de recursos, de

⁵⁰ MARTINS, Leonardo; SCHWABE, Jürgen (org.). **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. pp. 656-667.

⁵¹ Não se está referindo, obviamente, a medidas extensíveis a toda a população, como vacinação preventiva ou mesmo o tratamento universalizado da AIDS, mas sim de hipótese de negativa da Administração por não se encontrar determinado medicamento ou tratamento inserido em seu planejamento ou em sua política.

dinheiro nos cofres do Estado; b) perspectiva jurídica, acerca da necessidade de prévia dotação orçamentária.

Em relação ao primeiro aspecto a experiência mostra que os recursos existem, especificamente quando se leva em consideração os valores arrecadados pelo Estado e destinados a determinada política pública – saúde, educação, moradia. Os valores de eventuais condenações judiciais ao cumprimento de políticas públicas, considerados individualmente, não representam qualquer embaraço à Fazenda.

Relativamente ao segundo aspecto, o jurídico, a existência de comprovada folga no orçamento relativo a determinada política pública, a princípio, não pode servir como limite à concretização de *direito fundamental social relacionado ao mínimo existencial*. Numa aplicação proporcional de princípios colidentes, o princípio da legalidade orçamentária não pode prevalecer em relação ao direito a uma existência digna – dignidade da pessoa humana é fundamento da República! E na prática, os orçamentos das políticas públicas são contingenciados, havendo “sobra” na autorização legal para a despesa.

Outra questão também merece ser analisada, na hipótese de inexistir valores residuais no orçamento: há recursos ou mesmo autorização para dispêndio em outras áreas da atuação estatal de menor relevo social – propaganda oficial, festas, *shows*...? Se houver, a tese da escassez de recursos não deve prevalecer. A liberdade do Administrador eleito democraticamente não o autoriza a inverter as prioridades em detrimento do próprio cidadão que o colocou no poder.

Por fim, mais uma situação fática com repercussão na atuação judicial: É premente a necessidade de satisfação de um direito social? (cirurgia, transplante, matrícula, moradia...). Se a resposta for positiva, em razão do elevado risco identificado à garantia do mínimo existencial, a medida requerida deverá ser deferida – ponderação da legalidade orçamentária *versus* direito à vida, à saúde, à moradia, à educação, enfim, à dignidade humana. Entretanto, quando não se identificar risco na demora – ou ainda o elevado custo na implantação de política pública em ação coletiva de grande espectro –, poderá o juiz determinar ao Estado a inclusão de verbas relacionadas à medida no orçamento seguinte, especificando o comando na sentença condenatória, determinando ainda a obrigação de aplicar efetivamente os valores constantes da condenação.⁵²

⁵² Tratando da obrigação do Estado do Paraná em ofertar exames de DNA, decisão do TJPR: “No que respeita à sempre lembrada ausência de previsão orçamentária para cobrir os custos da realização desse exame (DNA), tem-se que tal alegação, aparentemente hábil para justificar a omissão do Estado diante da concretude do problema, prestar-se-á, dessa forma, agora e sempre, a lastrear decisões que desacolham pretensões como a que verte deste processo, além de outras tantas que possam admitir a utilização de idêntico argumento. Seguro

7. Conclusões

Da construção teórica delineada no presente texto, somada ao conjunto de julgados postos em relação a políticas públicas específicas, pode-se extrair as seguintes conclusões:

Frente a direitos fundamentais sociais postos como políticas públicas, atrelados ao mínimo existencial em proteção à dignidade da pessoa humana, assegurados pela Constituição, não há discricionariedade da Administração Pública em relação a cumprir ou não a promessa constitucional.

O modo de fazer da Administração, o “*como*”, deverá permanecer livre. Se o Estado é obrigado a realizar exames de mamografia, por exemplo, tanto poderá fazê-lo diretamente como através de interposta pessoa, por meio de vínculo contratual – um hospital contratado. Mas o “*se*” e o “*quando*” não mais restarão à disposição da Administração. O juiz não substituirá o Administrador na escolha de “*como*” implantar tal política.

Pouco importa, para fins de análise de cabimento e extensão do controle judicial, se a política pública já foi implantada pela Administração, porém de forma insuficiente, ou se foi simplesmente desconsiderada: a) se houver início, deverá receber ordem judicial para estender sua atuação da Administração, complementando o serviço (cirurgias específicas, remédios determinados, ou mesmo matrículas de alunos em razão de vagas insuficientes...); e b) na hipótese de inexistir qualquer atuação específica do Estado (ausência de creche, escola, de hospitais e postos de saúde...) deverá receber ordem judicial para que instale e preste o bem ou serviço vinculado à concretização de determina política pública.

Se em relação ao direito social a saúde a aplicabilidade da reserva do possível pelos Tribunais resta diminuída, no atual estágio de aplicação concretizadora de direitos fundamentais, ainda prevalece em relação a demais direitos sociais fundamentais.

de que sua omissão será sempre justificada pela inexistência de previsão orçamentária para cumprir as suas diversas obrigações legais, não é de se esperar que o Estado, voluntariamente, tome qualquer iniciativa para cumpri-las. [...] Se até o momento não existe essa previsão no orçamento, urge criá-la, se não por obediência ao texto constitucional maior, pelo respeito que se deve dispensar a toda e qualquer pessoa que não tenha condições de arcar com os custos dessa importante e decisiva prova técnica. [...] E tal lesão não se configurará, porque está sendo oportunizado ao estado do Paraná, um prazo de doze meses, para que inclua na previsão orçamentária o oferecimento gratuito dos exames de DNA, não caracterizando, destarte, qualquer ingerência indevida do Poder Judiciário na atividade do Executivo. [...] TJ-PR - Apelação Cível : AC 1346312. Especificamente relativa à prestação de serviços públicos de saúde, há decisão para assegurar o Município de Natal promova o atendimento médico necessário à população - Posto de Saúde da Família do bairro de Cidade Nova. Na referida decisão, o Juízo determinou a inclusão na Lei Orçamentária subsequente de recursos necessários para a saúde, especialmente para permitir o funcionamento das unidades de pronto atendimento de que tratava a demanda. (Processo nº 0806270-21.2013.8.20.0001, 3ª Vara da Fazenda Pública de Natal).

Quando se trata de educação ou de moradia, por exemplo, os tribunais não se inclinam ao deferimento individual, caso-a-caso, de direito social fundamental relativo ao mínimo existencial, da entrega de uma residência, ou pagamento de aluguel social, ou ainda, de pagamento de matrícula e mensalidades em estabelecimento de ensino. Mas, conforme tratado linhas acima, em situações especiais – desocupação de área de risco, não oferta de vagas em escolas e pré-escolas, postas em ações civis públicas – aluguéis sociais e matrículas vêm sendo ordinariamente deferidas.

Os aspectos econômico (efetiva capacidade financeira do Estado) e axiomático (assunção pelo Estado apenas daquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade) servem de parâmetros à atuação do Judiciário no deferimento ou não da medida requerida, não sendo a ausência de recursos (efetiva ou jurídica, entendida esta como ausência de autorização legal orçamentária para realização da despesa) justificativa pura e simples para a negativa de direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Como já assentado, a concretização de um direito fundamental não passa pela discricionariedade (“se”) da Administração. Descabida, portanto, qualquer menção à insindicabilidade do mérito administrativo. Nesta hipótese, o controle da Administração pelo Poder Judiciário é em grau máximo,⁵³ e a discricionariedade da Administração tende a zero.⁵⁴

8. Referências

AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, ano 91, v. 798, abril, 2002.

⁵³ Pertinentes as lições de FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000: “Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. (p. 59) Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. (p. 97)

⁵⁴ Eckart Hien refere-se a situações em que a discricionariedade é reduzida ou até mesmo excluída, situações de “redução da discricionariedade a zero” ou de “autovinculação”, em que Administração, após reiteradas decisões, cria uma prática administrativa consolidada. HIEN, Eckart. **O controle judicial das decisões administrativas discricionárias**. Revista Cej - Conselho da Justiça Federal, Brasília, v.27, dez. 2004, p. 23. Andreas Krell critica o conceito de “redução da discricionariedade a zero”, por entender que tal expressão sugeriria a adoção da tese da “única solução possível”. Sugere a denominação “atrofia do poder discricionário” que ocorreria quando circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto diminuíssem fortemente a possibilidade de escolha entre diversas opções. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial**. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife. Escola da Magistratura Federal da 5ª Região v.8, dez. 2004, p. 215.

ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. **Concretização Judicial do Direito à Saúde: uma Reflexão à Luz da Teoria dos Jogos**. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24871775_concretizacao_judicial_do_direito_a_saude_uma_reflexao_a_luz_da_teorias_dos_jogos.aspx com acesso em 31/03/2014.

ALEXY, Robert. **El concepto y validez del derecho**. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2.ed Belo Horizonte: DelRey, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito do direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Orgs.) et al. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 1.reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**, 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>, com acesso em 29/03/2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília DF, 22 dez. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm. Acesso em 01 ago. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras – poder normativo, consulta pública e revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Proporcionalidade e argumentação: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução: Marta Guastavino. 1. ed., 2. imp. Barcelona: Editorial Ariel, 1995.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRIEDMAN, Milton. **There's no such thing as a free lunch**. Chicago: Open Court Publishing Company, 1975.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Judiciário**. Revista de Processo. São Paulo, v. 33, n. 169, out. 2008.
- GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1998.
- HIEN, Eckart. **O controle judicial das decisões administrativas discricionárias**. Revista Cej - Conselho da Justiça Federal, Brasília, v.27, dez. 2004.
- KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial**. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Recife, v.8, dez. 2004.
- LENIN, Vladimir I. **Obras escogidas em tres tomos**. Moscou: Editorial Progreso, 1960, Vol II.
- LOBO TORRES, Ricardo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1967.
- MARTINS, Leonardo; SCHWABE, Jürgen (org.). **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e Direito: um estudo sobre Pachukanis**. São Paulo: Boitempo, 2000.
- OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**. 2.reimp. Coimbra: Almedina, 2011.
- POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. Tradução: Eduardo L. Suárez. 4. ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, pp. 149-151.
- WEIL, Prosper. **O direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1977.