

O “papel” do Judiciário no “drama” da implementação de políticas públicas

Sérgio Bruno Cabral Fernandes*

Sumário: 1 Introdução. 2 O princípio da separação dos poderes. 3 Poder Judiciário e democracia. 4 As limitações de ordem prática ao controle judicial de políticas públicas. 5 O papel dos juízes no Estado Democrático de Direito e a legitimidade das decisões judiciais. 6 Quando o “respeito à discricionariedade administrativa” transforma-se em omissão ao dever de zelar pelo (efetivo) cumprimento da Constituição. 7 Da necessidade da construção de uma teoria sólida sobre o tema.

1 Introdução

O papel do Poder Judiciário na implementação de direitos fundamentais que exijam prestações do Estado já foi objeto de longos debates por diversos autores, nacionais e estrangeiros, que se dedicam ao tema. Não obstante isso, o assunto continua atual e polêmico, seja porque envolve temas centrais do direito, como separação dos poderes, democracia e política, seja pela constante busca da melhor forma de se concretizarem os direitos fundamentais.

É corrente nos manuais de direito administrativo a lição segundo a qual o Poder Judiciário não deve substituir o administrador na avaliação do mérito (conveniência e oportunidade) do ato discricionário. Os fundamentos desse ensinamento estão calcados no princípio da separação dos poderes, bem como no argumento de que tal “invasão” seria antidemocrática, visto que os juízes não detêm mandato popular. Há, ainda, críticas de natureza

* Sérgio Bruno Cabral Fernandes é Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT).

prática segundo as quais os recursos públicos são limitados (teoria da reserva do possível) e sua aplicação exige uma visão ampla do orçamento que só o administrador possui.

Qual o limite de atuação do Poder Judiciário diante da solução de casos que envolvem a discricionariedade da Administração Pública? Pode um juiz proferir decisão determinando ou impedindo a realização de determinada política pública?

Qual o papel dos juízes nas decisões ou omissões do Poder Executivo que afetem de alguma forma os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais? Qual a atitude do Poder Judiciário diante dos direitos fundamentais que, embora previstos na Constituição, não são implementados pelos demais poderes, em especial pelo Poder Executivo? Existe alguma esfera imune à análise judiciária quando se trata de defender direitos?

O presente trabalho procura abordar a questão do controle judicial das políticas públicas, dando ênfase àquelas políticas que envolvam direitos fundamentais de cunho prestacional.

2 O princípio da separação dos poderes

Em que pese a separação do poder político ser matéria tratada por Aristóteles desde a Antiguidade, foram Locke e Montesquieu os responsáveis pela formatação do princípio da separação dos poderes como é visto hoje.

O conceito de “separação” de poderes, contudo, necessita ser corretamente compreendido a fim de que sua literalidade não gere deturpações indevidas. Em primeiro lugar, cabe salientar que não é o poder em si que é repartido, mas sim as funções que integram o poder político. Além disso, cabe lembrar que a finalidade da separação das funções entre os poderes não se resume a um mero arranjo organizacional. Na realidade, seu objetivo primordial é evitar a concentração de poder e, por via de consequência, viabilizar o controle recíproco entre os três poderes.

A noção de freios e contrapesos (*checks and balances*), expressa no art. 2º da CF de 1988, reforça a idéia de que o controle recíproco entre os poderes é exigência constitucional da qual não se pode afastar.

Sob essa ótica é que deve ser compreendido o significado da expressão *harmônicos e independentes entre si*. Vale dizer, não há que se falar em partição de poder, no sentido de que cada um dos poderes exerça suas atividades de forma hermética e autônoma. Na verdade, as funções estatais distribuídas devem ser exercidas *predominantemente* por cada poder sem que isso acarrete exclusividade.

A Constituição Federal de 1988 traz diversos exemplos que demonstram essa assertiva, como o controle de constitucionalidade das leis exercido tanto pelo Poder Judiciário, por meio da ação direta de constitucionalidade, quanto pelo Poder Executivo, por meio do veto a projetos de lei do Poder Legislativo. Este, por sua vez, tem o poder de controlar e fiscalizar os atos dos demais poderes, em especial no campo financeiro e orçamentário, bem como interferir na nomeação feita pelo Poder Executivo para cargos no Poder Judiciário, como no caso de indicação de ministros para o Supremo Tribunal Federal.

Essa interação entre os poderes tende a variar de acordo com o momento histórico vivido¹.

¹ Sobre o tema, Inocêncio Mártires Coelho (2000, p. 98-99) leciona: “[...] o paradigma da separação de poderes, pelo menos em sua configuração inicial, há muito tempo que entrou em crise e isso aconteceu, precisamente, porque foi ultrapassada a conjuntura jurídico-política em que viveram John Locke e Montesquieu, os seus formuladores históricos.

Ultrapassada essa fase de sua evolução – fase dialeticamente *cancelada, preservada e elevada (aufgehoben)* nas etapas seguintes do ininterrupto processo de sua realização histórica –, cumpre repensar a separação dos poderes em perspectiva temporalmente adequada, porque a sua sobrevivência, enquanto princípio, dependerá da sua adequação, enquanto prática, às exigências da *sociedade aberta* dos formuladores, intérpretes e realizadores da constituição. Noutras palavras, impõe-se *re-interpretar* esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado *constitucional*, que sem deixar de ser *liberal*, tornou-se igualmente *social* e *democrático*, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Exe-

Na vigência do Estado Liberal, idealizado no século XVIII, o Poder Legislativo teve papel de grande destaque, visto que o ideal de liberdade reclamava a elaboração de leis que protegessem o indivíduo da intervenção do Estado “Leviatã”. O papel do Judiciário nessa época resumia-se a declarar, de forma autômata, o direito. Este, por seu turno, nada mais era do que a letra da lei, despida de qualquer conteúdo moral ou de equidade.

Com a superação da idéia de um Estado Liberal que se limitava apenas a garantir direitos negativos do cidadão contra o Estado, teve início o processo de socialização dos direitos. Para os cidadãos já não bastava mais a simples abstenção do Estado garantindo a liberdade individual de cada um. Passou-se, então, a se exigir do Estado uma postura ativa em relação às desigualdades existentes.

Diante da crescente reivindicação por direitos prestacionais, houve o alargamento da esfera de atuação do Estado que, além de assegurar as liberdades individuais, também tinha de implementar direitos de cunho social.

O Estado passou então a ser, ao mesmo tempo, prestador de serviço, empresário e investidor, visto que necessitava intervir na ordem econômica e social. Esse grande volume de atribuições assumidas foi concentrado nas mãos do Poder Executivo, o qual não podia mais depender do complexo e demorado procedimento legislativo para implementar seus objetivos. Daí o surgimento dos instrumentos normativos utilizados pelo Poder Executivo (decreto autônomo, decreto-lei, medida provisória, lei delegada).

O crescimento desmedido do Estado, focado essencialmente no bem da coletividade, fez com que os ideais do Liberalismo passassem para segundo plano, acarretando o comprometimento de direitos individuais. O princípio da legalidade, nesse período, era visto mais sob o aspecto formal do que substancial.

cutivo, mas também pela atuação do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais, politicamente engajadas no *alargamento* da cidadania e na *realização* dos direitos fundamentais”.

O conceito de justiça, até então reinante no período pós-Revolução Francesa, cedeu terreno para o da legalidade formal.

O Estado Social de Direito, contudo, ficou grande e ineficiente, não sendo capaz de cumprir com todas as promessas assumidas. Além de implementar os anseios sociais reclamados, precisava preservar os direitos individuais conquistados. Havia, portanto, necessidade de reformulação do modelo então vigente.

Assim, aos conceitos de Estado de Direito – garantidor das liberdades individuais – e de Estado Social – protetor da coletividade – foi agregada também a idéia de Estado Democrático².

Com a explicitação desse novo elemento surge a concepção de controle da Administração Pública e a participação popular no processo político. O princípio da supremacia do interesse público (primário), o qual não se confunde necessariamente com interesse governamental (interesse público secundário), ganha dimensão.

Como consequência dessa mudança de paradigmas, passou-se a exigir do Poder Judiciário que não se limitasse a ser “a boca da lei”, mas sim um poder dinâmico apto a interpretar e dizer o direito aplicado ao caso.

Modernamente, com a criação de diversos direitos sociais, bem como o aprimoramento dos instrumentos de controle por parte da sociedade, o Poder Judiciário assumiu papel de destaque na vigência do Estado Democrático.

Cumprido ao Poder Judiciário, atualmente, não só resguardar os direitos e garantias individuais, mas também buscar a necessária efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição, exercendo sua função de forma criativa e concretizadora, a fim de que os direitos constitucionais não se tornem meras “promessas vazias”.

Percebe-se, assim, a relevância que o Poder Judiciário assume no controle dos atos dos demais poderes, notadamente no que diz

² Hoje já se fala também em Estado de Direito Democrático Social e Ambientalmente Equilibrado. Cf. CANOTILHO, 1999, p. 21, apud SOUZA NETO, 2006, p. 39.

respeito aos atos que carregam em si altas doses de discricionariedade por parte do agente responsável.

O controle judicial das políticas públicas, contudo, não se justifica apenas no controle mútuo entre os poderes. O controle judicial dos atos ou omissões do Poder Executivo está ligado à própria razão de ser do Poder Judiciário, qual seja, garantir os direitos fundamentais e fazer cumprir a Constituição.

Dessa forma, quando o Poder Judiciário exerce controle sobre atos discricionários do Poder Executivo, não está exercendo uma função atípica ao seu mister ou “imiscuindo-se”³ em outra seara, mas sim desempenhando o seu papel constitucional.

Aliás, a própria positivação de alguns princípios, como o da moralidade e eficiência, já demonstra que a Constituição exige uma maior amplitude do controle exercido pelo Poder Judiciário. Com efeito, a constitucionalização de tais princípios não tem outro propósito senão fornecer instrumentos de controle ao Poder Judiciário sobre os atos dos demais poderes.

Como se nota, o princípio da separação de poderes está intimamente ligado à idéia de controle mútuo, não sendo fator limitante ao controle judicial dos atos dos demais poderes. Antes, pelo contrário, o princípio em tela apresenta-se como fundamento para que o Poder Judiciário exerça o referido controle.

3 Poder Judiciário e democracia

Os críticos da possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle sobre atos discricionários do Poder Executivo também argumentam que a tese é antidemocrática, visto que os juízes care-

³ O termo, de utilização freqüente na doutrina e jurisprudência que tratam do tema, significa “intrometer-se”, “dar opinião sobre algo que não lhe diz respeito”. O vocabulário utilizado traduz, por si só, o pensamento equivocados de que o Judiciário deve permanecer distante de tais temas, como um *voyeur* que gosta de assistir, mas não quer participar.

ceriam de legitimidade para controlar o mérito dos atos daqueles que foram democraticamente eleitos pelo voto popular.

A alegação seduz, mas não convence. Em primeiro lugar, é necessário lembrar que o sufrágio não configura uma delegação incondicionada de poder. O conceito de democracia vai muito além de uma maioria ocasional que elege seus representantes. Democracia passa, antes de tudo, pela garantia e concretização de direitos, em especial no que diz respeito aos direitos sociais, culturais, econômicos e ambientais.

Assim, democracia não pode ser vista como sinônimo de eleição popular (democracia representativa). Até porque, não é despidendo lembrar, “no mundo real”, os atos discricionários do Poder Executivo são praticados por diversos integrantes da gigante máquina estatal (presidentes de estatais, diretores de agências, secretários de Estado etc.) que, assim como os juízes, não foram eleitos para os cargos que ocupam. Dir-se-á, então, que a legitimidade democrática desses agentes está no fato de que exercem suas funções por delegação do detentor do mandato conferido pelo povo. Porém, sob esse prisma, também se pode argumentar que a legitimidade dos juízes adviria da própria Constituição, votada pelos mandatários do povo.

Some-se a isso o fato de que os integrantes do Poder Judiciário são democraticamente recrutados por meio de concursos públicos, o que permite o ingresso de pessoas integrantes de diversos estratos sociais e com visões de mundo variadas.

Existem, ainda, algumas peculiaridades do Poder Judiciário que, no nosso entender, conferem um caráter democrático ao seu funcionamento. Em primeiro lugar, o acesso ao Poder Judiciário é um direito individual previsto na Constituição Federal (art. 5º, XXXV), o que garante que todos aqueles que o procurarem terão seus pleitos analisados. Além disso, o juiz é inerte e só age quando provocado. Quando isso ocorre, o juiz é obrigado a decidir a questão que lhe é apresentada visto que não se admite o *non liquet*. Somado a isso, a independência funcional e a vitaliciedade dos magistrados favorecem a tomada de decisões de forma isenta.

O caráter dialógico do processo judicial, no qual as partes envolvidas expõem suas razões para que um terceiro desinteressado decida a questão, mostra-se altamente democrático quando comparado com a forma como as decisões são, às vezes, tomadas nos demais poderes, os quais estão sujeitos a maiores influências dos grupos de pressão, *lobby* e reivindicações político-partidárias.

Ademais, as decisões dos juízes são públicas e devem ser obrigatoriamente fundamentadas, o que garante sempre a possibilidade de questionamento e revisão por outro órgão. A presença do Ministério Público nos processos, seja como autor, seja como fiscal da lei, também revela-se importante fator de controle das decisões judiciais.

Todas as características salientadas, aliadas ao princípio da legalidade e ao devido processo legal, fazem parte do próprio “*ethos* profissional dos juízes”⁴ e reforçam o caráter democrático do processo judicial, na medida em que propiciam maior transparência e controle das decisões.

Percebe-se, pois, que o simples fato de os juízes não serem eleitos não retira o caráter democrático do Poder Judiciário, nem tampouco é apto a afastar o controle judicial de políticas públicas. Mais que isso, esse controle é consequência natural de um Estado Democrático de Direito.

4 As limitações de ordem prática ao controle judicial de políticas públicas

Além de questões relacionadas à separação dos poderes e à democracia, existem também críticas que passam por aspectos de ordem operacional que fatalmente surgirão por ocasião do controle judicial de políticas públicas. São eles: a questão orçamentária e o conhecimento técnico dos juízes.

⁴ SARMENTO, 2006, p. 194.

Entendemos que as duas objeções têm maior relevância procedimental do que substancial. Ou seja, as dificuldades apontadas, a nosso ver, dizem respeito mais à forma, à executoriedade, ao “como fazer”, do que propriamente a um impedimento de ordem ontológica.

Se, por um lado, esses dois pontos impõem, de fato, uma dificuldade ao tema, por outro lado não são aptos a, de antemão, afastar a atuação do Poder Judiciário. Vejamos.

Com relação ao orçamento, não se desconhece que se trata de instrumento fundamental para a realização dos fins do Estado e que nem todos esses objetivos podem ser alcançados simultaneamente, dada a escassez de recursos. Por essa razão é importante que sejam eleitas prioridades. Essas prioridades, de ordinário, são eleitas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Contudo, não se deve perder de vista que o orçamento não é um fim em si, mas um meio para se atingir os desideratos previstos na Constituição. Portanto, não seria lógico que, numa perspectiva de *checks and balances*, a Constituição previsse diversos objetivos a serem alcançados (v.g., art. 3º, art. 196, art. 205 e art. 225) e, ao mesmo tempo, não permitisse que se controlasse os meios para atingir tais fins. Em outras palavras, não é razoável que a Constituição confira ao Poder Judiciário a tarefa de zelar e fazer cumprir a Constituição e, ao mesmo tempo, retire do seu âmbito de controle o principal meio para implementar os direitos constitucionais.

Assim, o constituinte conferiu ao Poder Executivo a prerrogativa de elaborar a lei orçamentária, o que é natural, haja vista que é ele quem detém maior conhecimento sobre a situação financeira do Estado. Conferiu também competência ao Poder Legislativo de influir nessas escolhas por meio de emendas parlamentares, o que também parece lógico, considerando que, em tese, é o Parlamento quem melhor conhece as necessidades de seus representados (o povo).

Essas assertivas, todavia, não são incompatíveis com um controle por parte do Poder Judiciário, notadamente quando se tratar

de fazer cumprir os ditames constitucionais. Afirmar que o Poder Judiciário é incompetente para exercer o controle do orçamento, o qual, repita-se, é *meio* para se atingir os *fins* do Estado, equivale a permitir que se viole impunemente, por via sub-reptícia, os direitos previstos na Constituição.

Deveras, com base em juízos de razoabilidade e proporcionalidade é perfeitamente viável ao Poder Judiciário concluir que uma determinada omissão do administrador, calcada em argumentos financeiros, não se sustenta diante da situação fática encontrada, ou, ainda, que a alocação de recursos públicos para uma determinada obra, por exemplo, esteja em desacordo com o princípio constitucional da moralidade ou eficiência.

Destarte, percebe-se que a afirmação de que o Poder Judiciário não deve exercer o controle de políticas públicas quando estiverem em jogo questões orçamentárias não deve ser tida como dogma.

Com efeito, não há nenhuma justificativa plausível para que se afaste, *a priori*, determinados assuntos da apreciação judicial. Se isso vale para controvérsias que envolvam o orçamento público, com muito mais razão vale também para lides que exijam conhecimento técnico.

Deveras, a falta de conhecimentos técnicos por parte dos juízes para lidar com determinados assuntos não deve levar à apressada conclusão de que algumas matérias deveriam ficar adstritas aos demais poderes e, portanto, serem excluídas da apreciação judicial.

Em primeiro lugar, vale lembrar que quando a Constituição Federal prevê que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário, não faz ressalvas do tipo “salvo quando se tratar de temas que envolvam conhecimentos técnicos”. Ou seja, a eventual falta de conhecimentos técnicos em determinada área não constitui fundamento válido para se afastar o tema da apreciação judicial.

É certo que não há como se exigir que os juízes dominem todas as áreas do conhecimento. Todavia, não se pode olvidar que

o juiz pode e deve valer-se de auxiliares técnicos e peritos para fornecerem subsídios para solução de conflitos que envolvam temas que extrapolem o aspecto jurídico. Essa ajuda técnica pode até mesmo ser requisitada de entidades vinculadas ao Poder Executivo, como universidades, agências e autarquias.

A figura do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas também são instrumentos úteis ao Poder Judiciário na solução de conflitos que necessitem conhecimentos específicos sobre determinada área e demonstram que isso não é fator limitante à atuação do Poder Judiciário.

Utilizando-se de tais instrumentos, quando necessário, o juiz poderá, dentro do processo, ponderar e avaliar os argumentos das partes envolvidas e dizer se há ou não violação à Constituição.

Vale lembrar que se é certo que os juízes não detêm qualificação técnica para tratar de todos os assuntos que abrangem a área do conhecimento, não menos certo é que os ocupantes dos demais Poderes também não dispõem de tal sabedoria. Portanto, não é incomum que órgãos ou entidades da Administração ou membros do Poder Legislativo tenham de se valer de conhecimentos técnicos encontráveis fora do seu âmbito de atuação.

Se a falta de onisciência coloca os três Poderes, por vezes, em pé de igualdade no que se refere à qualificação técnica, o mesmo não ocorre quando analisamos o ambiente mais propício à solução de conflitos.

De fato, a natureza pública do processo, a possibilidade de recurso contra as decisões e as garantias constitucionais de que dispõem os membros do Judiciário, conforme já salientado, são fatores que conferem ao Poder Judiciário o ambiente ideal para a solução de conflitos.

Não olvidamos as mazelas de que padece o Poder Judiciário, cujo exemplo maior é a morosidade. Contudo, parece não haver, ainda, espaço mais adequado do que o processo judicial para a solução de conflitos que envolvam direitos fundamentais.

5 O papel dos juízes no Estado Democrático de Direito e a legitimidade das decisões judiciais

O controle judicial que ora se defende não deve ser confundido com uma caprichosa escolha pelo juiz da melhor opção entre as existentes para o caso, como se administrador fosse.

Ou seja, não se pretende aqui defender a figura do “Juiz Administrador”, mas sim deixar clara a importância de um “Juiz Garantidor” que exerça seu poder-dever constitucional com responsabilidade social e criatividade, sem abrir mão dos instrumentos e poderes que lhes foram dados pelo constituinte.

Por essa razão, não parece apropriado falar na substituição da “discrecionariedade administrativa” pela “discrecionariedade judicial”. A atividade judicial está sempre “vinculada” ao cumprimento da Constituição, vale dizer, não há “margem de escolha” entre uma ou mais opções⁵.

Assim, não se pretende que o Poder Judiciário assuma as funções de administrador público na gestão orçamentária ou nas escolhas políticas. Tampouco se tem a ilusão de que o juiz é um ser divino que detém conhecimento em todas as searas, estando, assim, apto a decidir sobre todos e quaisquer assuntos.

O que ora se procura demonstrar é que certos obstáculos postos ao controle judicial das atividades do Poder Executivo, e tratados como axiomas, na realidade não resistem a uma análise mais aprofundada. Em outras palavras, há determinadas questões que são subtraídas do controle judicial (na maioria das vezes pelo próprio Judiciário) sob alegação de que aquele tema foge às atribuições (*rectius*: competência) do Poder Judiciário.

⁵ Cf. GRAU, 2005, p. 209: “O que se tem denominado de *discrecionariedade judicial* é poder de criação de *norma jurídica* que o intérprete autêntico exercita formulando *juízos de legalidade* (não de *oportunidade*). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o *juízo de oportunidade* comporta uma opção entre *indiferentes jurídicos*, procedida *subjetivamente* pelo agente; o *juízo de legalidade* é atuação, embora desenvolvida no campo da *prudência*, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido, pelo texto e, naturalmente, pelos fatos”.

Diante disso, surge a pergunta muitas vezes não respondida: até onde vai essa “atribuição”? Qual o limite? Como estabelecer a linha que divisa a atuação de um Poder Judiciário garantidor dos direitos fundamentais de um Poder Judiciário autoritário e despótico?

Como se percebe, o tema é indissociável do debate sobre a função dos juízes num Estado Democrático de Direito, em especial no que concerne à concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Essa discussão, todavia, deveria ser feita sob a ótica do contexto brasileiro, levando em conta as vicissitudes e as peculiaridades de um país periférico. Entretanto, o que se nota é que grande parte dos argumentos utilizados em contraposição à possibilidade de análise do mérito das ações governamentais pelo Poder Judiciário são “contrabandeados” da doutrina estrangeira⁶.

Exemplo é a teoria da “reserva do possível” de origem alemã, segundo a qual o administrador público só poderá ser compelido a dar efetividade aos direitos fundamentais caso haja disponibilidade financeira para tanto. Ora, por razões óbvias, a reserva do possível, cunhada com enfoque na realidade alemã, não pode simplesmente ser transplantada para países onde ainda não há garantia de um mínimo social⁷.

⁶ Pertinente o alerta de Luís Roberto Barroso (2005, t. 3, p. 62): “No Brasil dos últimos anos, tem-se verificado um vertiginoso progresso na produção científica do Direito, em quantidade e qualidade. Mas não há, ainda, suficiente massa crítica. Em razão disso, o debate acadêmico segue pautado por referências teóricas estrangeiras, notadamente americanas e alemãs. É saudável ter janelas para o mundo. Mas aqui surge o segundo risco: por descuido ou fantasia, passa-se a viver a vida dos outros, incorporando seus projetos e seus temores, com perda da capacidade de refletir sobre si e sobre a própria realidade. E esta é a verdadeira função social do conhecimento.

Quando isso ocorre, a produção acadêmica se transforma em uma novela de época, ambientada em algum lugar distante”.

⁷ Nesse sentido, Krell (2002, p. 51 e s.) sustenta a impossibilidade da aplicação da reserva do possível no Brasil, nos moldes alemães, ante o déficit social existente no país.

Admitindo-se que a limitação orçamentária seja uma realidade a impedir a implementação de direitos fundamentais no Brasil (será mesmo essa a principal razão?), deverão os atores do processo buscar uma solução para tal deficiência, e a discussão não pode passar pela simples não concretização dos direitos (*Sinto muito, passe outro dia!*). A discussão deve envolver, antes, eleição de prioridades (quanto o governo vem gastando com publicidade?); desperdício de recursos públicos; sonegação fiscal; corrupção; incompetência administrativa etc.⁸.

Por essa razão, entendemos que o Poder Judiciário deve ter papel ativo nesse processo e não de mero expectador. Esse “ativismo”, contudo, deve ter parâmetros.

O Poder Judiciário deverá sempre avaliar a escolha do administrador e verificar a sua compatibilidade ou não com a Constituição. É precisamente essa a função do Poder Judiciário. Não se trata aqui, repita-se, de substituir a discricionariedade do administrador pela do juiz, mas sim de garantir o cumprimento da Constituição, vale dizer, o juiz não avaliará a “conveniência” do ato, mas sim se ele pode ser sustentado diante dos preceitos constitucionais.

O papel do juiz em casos tais é de verificar a compatibilidade dos atos estatais, ou ausência deles, com o próprio Direito, tendo sempre em mente o percuciente alerta de Roberto Lyra Filho, que, com clareza, ensina:

A grande inversão que se produz no pensamento jurídico tradicional é tomar as normas como Direito e, depois, definir o Direito pelas normas, limitando estas às normas do Estado e da classe e grupo que o dominam⁹.

Destarte, o parâmetro de controle judicial deve ser a própria Constituição. Se uma determinada opção do administrador vier a

⁸ O caso do Distrito Federal é paradigmático. Em que pese a carência de recursos para áreas essenciais como saúde, habitação e educação, o último governo só no exercício de 2005 gastou com publicidade R\$ 155.818.000,00 (cento e cinquenta e cinco milhões, oitocentos e dezoito mil reais) (fonte: TCDF – Processo 29.450/2006).

⁹ LYRA FILHO, 1991, p. 84.

ferir o ordenamento jurídico, deve, sim, o Poder Judiciário intervir, ainda que a opção tenha sido tomada em nome de uma alegada discricionariedade administrativa.

Numa primeira análise parece óbvio que seja assim, entretanto ainda é comum encontrar decisões judiciais deixando de realizar a prestação jurisdicional no que concerne à implementação de políticas públicas, sob o argumento de que “o Poder Judiciário não deve invadir o mérito do ato administrativo”.

O que torna a situação dramática é que a assertiva é comumente repetida sem maiores fundamentações, como se fosse um “mantra” que, ao ser reproduzido, tornasse qualquer outro argumento secundário.

Enquanto isso, direitos individuais são ignorados; princípios constitucionais seguem sendo violados e a Constituição “de papel” preconizada por Lassalle¹⁰ mostra-se mais presente do que nunca.

6 Quando o “respeito à discricionariedade administrativa” transforma-se em omissão ao dever de zelar pelo (efetivo) cumprimento da Constituição

A complexidade do debate, por óbvio, não reside nos casos extremos, mas sim nas zonas cinzentas que surgem no dia-a-dia. Ou seja, em casos nos quais o controle judicial é feito sobre atos discricionários em que há flagrante desvio de finalidade ou violação ao princípio da legalidade não há grande divergência. A controvérsia surge quando o ato, embora formalmente legal, viola uma norma constitucional, notadamente se essa norma for tida como “programática” ou dispuser sobre direitos prestacionais. Ilustremos com um exemplo hipotético.

Tome-se uma pequena cidade do interior na qual não haja escola de ensino médio. O prefeito, em razão de uma “folga no

¹⁰ LASSALLE, 1998.

caixa” da prefeitura, decide fazer uma obra pública visando à melhoria da cidade. Reúne seu secretariado e, dentro das sugestões apresentadas, valendo-se do seu poder discricionário, opta por encomendar a um renomado artista plástico uma bela e cara estátua de bronze do fundador da cidade para ser colocada na praça municipal. Entre as opções sugeridas pela assessoria do prefeito estava também a construção de uma escola para atender os jovens que desejassem cursar o ensino médio, visto que a cidade só contava com uma escola de ensino fundamental. O valor entre as duas obras era equivalente, de modo que a construção da escola seria financeiramente viável. Supondo que o prefeito já esteja gastando o mínimo legal com educação e considerando, ainda, que a contratação da obra tenha ocorrido dentro da lei e que não tenha havido desvio de finalidade, indaga-se: seria viável o juiz da comarca exercer o controle de compatibilidade com a Constituição do ato do prefeito, caso o Ministério Público se insurgisse contra a obra?

Sobre o tema, a Constituição prevê que o *ensino fundamental* é “obrigatório e gratuito” e que o acesso a ele “é direito público subjetivo” (CF, art. 208, inciso I e § 1º). Por outro lado, com relação ao *ensino médio* diz apenas que é dever do Estado garantir sua “progressiva universalização” (inciso II).

Estaria, então, o “ato discricionário” do prefeito fora da esfera de controle judicial? O caráter programático da norma que trata do ensino médio impediria o juiz de analisar o fato concreto trazido na ação? Seria lícito ao juiz deixar de verificar se a escolha do administrador está em consonância com a Constituição, sob a alegação de que se trata de uma “opção política”?

Ora, o fato de o constituinte não ter dado ao ensino médio o mesmo tratamento dado ao ensino fundamental (direito público subjetivo) não impede que, diante do fato concreto, o juiz avalie a compatibilidade da opção do prefeito com a Constituição.

Ao optar por construir uma estátua quando poderia com a mesma verba construir uma escola, está o prefeito cumprindo o dever de promover a “progressiva universalização do ensino médio

gratuito”? Seria razoável gastar o dinheiro público com uma obra de embelezamento quando há direitos sociais ainda carentes de concretização? E mais, estaria a decisão administrativa em conformidade com os princípios da moralidade e eficiência?

Interpretando a Constituição ver-se-á que a escolha do administrador não foi razoável, visto que o direito à educação, ainda não plenamente concretizado, deve preceder o aformoseamento da praça. *A lei permite* que o prefeito faça a obra, contudo *o direito exige* que, antes disso, ele construa a escola.

Nesse caso, não vemos impedimento a que o juiz, verificando o descumprimento da Constituição, profira decisão determinando que o prefeito se abstenha de contratar a confecção da estátua. Não haverá por parte do magistrado violação à separação de poderes nem tampouco invasão da discricionariedade administrativa do prefeito.

O contrário, sim, configuraria odiosa omissão ao dever constitucional de zelar pelo efetivo cumprimento da Constituição.

7 Da necessidade da construção de uma teoria sólida sobre o tema

A defesa que ora se faz da possibilidade de o Poder Judiciário atuar ativamente na seara da implementação de políticas públicas não ignora os riscos de um ativismo judicial irresponsável ou de uma “ditadura” do Judiciário.

Assim, mais importante do que simplesmente defender uma postura mais ativa do Poder Judiciário é tentar estabelecer alguns parâmetros para que isso seja feito.

O controle judicial das políticas públicas é feito hoje, na maior parte dos casos, de forma intuitiva e sem maiores fundamentações.

O exemplo da saúde permite confirmar isso. Uma breve análise da jurisprudência sobre ações ajuizadas em face da omissão do poder público no fornecimento de remédios permite constatar

que o Judiciário vem atendendo aos pedidos que lhe chegam sem grandes indagações sobre separação dos poderes, discricionariedade administrativa ou restrições orçamentárias.

Contudo, em casos em que não há uma morte iminente batendo à porta, o Poder Judiciário não tem demonstrado a mesma sensibilidade (ressalvadas as exceções). Isso ocorre principalmente porque a maioria das decisões favoráveis que existem nesse campo não dispõe de bases teóricas que lhes dê sustentação. São, na prática, tomadas em razão da urgência ou gravidade do caso. Quando essa urgência e gravidade não são imediatamente sentidas, retoma-se o bordão da “sagrada” discricionariedade administrativa.

Nessa linha, alguns juízes deixam de analisar temas que envolvem questões econômicas, culturais e ambientais sob o (falso) pensamento de que não se tratam de assuntos sindicáveis pelo Poder Judiciário, visto que estariam na órbita da discricionariedade do Poder Executivo.

Ora, o controle de políticas públicas não pode ser feito apenas quando um paciente moribundo cai, em forma de processo, sobre a mesa do magistrado. Se o controle judicial de políticas públicas que envolvem a saúde é feito, ainda que de modo esparso, por que não fazer o mesmo no caso de outros direitos com a mesma estatura constitucional, como a educação, o meio ambiente, a dignidade da pessoa humana, a moralidade e eficiência administrativa?

Entendemos que esse controle judicial é possível e obrigatório por exigência constitucional. Não obstante, é necessário que seja feito com base em algumas premissas que ainda carecem de amadurecimento e aprimoramento.

Em primeiro lugar, é imperioso que as decisões sobre políticas públicas sejam cuidadosamente fundamentadas. A fundamentação confere legitimidade e, em consequência, credibilidade à decisão. Uma decisão bem fundamentada, etapa por etapa, permite que o jurisdicionado percorra o caminho utilizado pelo juiz para chegar àquela conclusão. Se esse caminho tiver coerência e racionalidade,

ainda que não se concorde no mérito, a decisão será tida como legítima (proferida por um poder no uso de sua competência). Com isso, afasta-se a nociva impressão de que o Poder Judiciário esteja simplesmente trocando a escolha do administrador pela sua própria por mero capricho ou usurpação de poder.

Além disso, é importante que o controle das opções do administrador seja feito de forma proporcional à relevância do direito que se procura tutelar. Quanto mais relevante o bem tutelado, maior deverá ser a atuação do Poder Judiciário na defesa desse direito¹¹.

Por outro lado, diante de opções técnicas (verdadeiramente técnicas) do administrador, cuja escolha encontra-se devidamente justificada e não importe em violação a direitos fundamentais, deve o juiz buscar prestigiar o ato da Administração. Assim, quanto menor a restrição a direitos, ou menor for a estatura do direito atingido, mais tímida deverá ser a interferência judicial.

Esses parâmetros, a nosso ver, permitem ao juiz trilhar um caminho menos movediço no controle de implementação de políticas públicas.

Consoante já ressaltado, essas observações ainda carecem de desenvolvimento e aperfeiçoamento. Não obstante, nos parece ser o início de um caminho mais estável para a busca de um controle judicial responsável e eficiente.

Por fim, não custa repetir: não se pretende que o Poder Judiciário passe a ser o *protagonista* na execução das políticas públicas. Não se trata disso (os atores principais aqui são, sem dúvida, os Poderes Executivo e Legislativo).

A atuação do Poder Judiciário, impulsionado – visto que inerte – pela sociedade e pelo Ministério Público, buscando reparar o déficit social existente no País, bem como as promessas constitucionais inconclusas, é o que se espera dos juízes. Nem protagonismo

¹¹ SARMENTO, 2006, p. 194.

nista, nem tampouco platéia. Um contra-regra atento e eficiente já estaria de bom tamanho. Se puder ser um diretor chato e exigente, tanto melhor.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.

CASTRO, Marcus Faro de. Julgar a economia. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 68, n. 1, p. 190-203, jan./mar. 2002.

———. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.