

SEPARAÇÃO DOS PODERES: DELIMITAÇÃO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO E *POLICY-MAKING*

Ricardo Adriano Haacke¹

Resumo: O presente artigo visa realizar uma análise da atuação do Poder Judiciário em relação às questões de políticas públicas e a interpretação pública judicial da norma infraconstitucional em pequenas unidades da Federação (sem contextualizar o programa aos aspectos socioeconômicos locais).

Palavras-Chave: Direito Prestacional. Mérito Administrativo. Limites.

Abstract: This article aims to analyze the role of the Judiciary in relation to public policy issues and the judicial public interpretation of the infraconstitutional norm in small units of the Federation (without contextualizing the program to local socioeconomic aspects).

Keywords: Provisional Law. Administrative Merit. Limits.

I - INTRODUÇÃO



estão pode possuir diversos sentidos, não obstante, em nosso tema proposto, numa visão finalística de *policy-making*, apresenta-se como uma busca infundável por melhorias das mais variadas ordens. Neste aspecto, o desenvolvimento social e a criação de políticas públicas prestacionais apresentam-se como

¹Procurador Municipal. Mestrando em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

a batuta que rege o comportamento do político, que, muitas vezes imbuído por clamor social e a perspectiva de reeleição, acaba estabelecendo um novo aparato governamental, vocacionado para esta finalidade.

Não obstante, também é certo que toda política pública demanda artifícios técnicos e financeiros, o que nem sempre é alcançável, pois como sabemos “*os recursos são escassos e as necessidades infinitas*”.

Respondendo a este desafio, parafraseando artigo do magistrado e doutor Wanderlei José dos Reis, exsurge-se a Reserva do Possível, que teve origem na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional alemão enfrentou o apelo de estudantes que pleiteavam o acesso a escolas de medicina públicas em Hamburgo e Munique, fundamentando sua pretensão no artigo 12, da Constituição daquele país, decisão que ficou conhecida como *numerus clausus Entscheidung*.

Comentando o tema, o ministro Gilmar Mendes *apud* REIS, ao dissertar sobre normas fundamentais enquanto direitos a prestações positivas, traça os seguintes apontamentos:

Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível (*‘Vorbehalt des finanziell Möglichen’*). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre *‘numerus clausus’* de vagas nas Universidades (*‘numerus-clausus Entscheidung’*), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à ‘reserva do possível’ (*‘Vorbehalt des Möglichen’*).

Evidencia-se a dificultosa missão de compreender a dimensão dos direitos sociais impostos ao Estado no sistema constitucional vigente.

II – ANÁLISE DO TEMA

Hodiernamente vislumbramos diversas decisões de

nossos Tribunais, sob o fundamento da força normativa da constituição, que deveriam estar inseridas no campo de atuação do Administrador. É conhecida esta multiplicação de ações de cunho prestacional, onde o Poder Judiciário impõe a implementação de uma política pública, abstraindo o panorama organizacional envolto, e, malfadadamente, em que pese os detrimientos, ainda não existe uma solução congruente da contenda.

Encetando dessa forma, aliás, *verbi gratia*, os Tribunais de Justiça assentam no imperativo categórico, próprio do pensamento kantiano, chocando-se com o sistema de freios e contrapesos.

Os Tribunais Superiores pátrios firmaram que, conquanto seja admissível a excepcional intervenção do Poder Judiciário na aplicação de políticas públicas, objetivando garantir o pleno atendimento aos direitos fundamentais, não lhes cabe substituir o Administrador para escolher a forma em que elas serão desempenhadas, sob pena de violação aos princípios da Discricionariedade e da Separação dos Poderes. *In verbis*:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. [Omissis...] Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [Omissis...] §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.” (grifamos)

Neste pensar, é plausível questionar uma possível crise de representação dos órgãos julgadores, eis que os membros do Poder Judiciário não foram eleitos para balizar as prioridades públicas, além de não possuírem, em sua maioria, a expertise imprescindível para os meandros administrativos sentido lato.

A intervenção judicial em matéria de políticas públicas deve estar relegada àquelas tônicas mais sensíveis. Noutras palavras, é preciso delimitar acertadamente e estritamente o espectro de proteção dos direitos sociais, sob pena de invadir o mérito da máquina pública governamental, e, com isto, comprometer a

agenda governamental e o *policy making* do Poder Executivo, ainda que por vias oblíquas.

Para explicar o fenômeno, o professor Fernando Facury Scaff, Doutor em direito pela USP, traz a definição de “sentença aditiva”, bastante utilizada por juristas italianos, que assim apreçoam:

Entende-se por “sentença aditiva” aquela que implica em aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado.

Ainda:

Situação semelhante acontece quando a sentença determina a implementação de direitos sociais, sejam aqueles reconhecidos por leis e que não foram executados, sejam aqueles que decorrem de uma aplicação direta da Constituição — hipóteses mais comuns no Brasil atual.

Sobre a possibilidade de tal exigência, Luis Roberto Barroso citado em artigo de Otegildo Carlos Siqueira, faz críticas à excessiva judicialização de políticas públicas prestacionais:

apontando o caráter programático da norma de direito à saúde que, conforme expresso na Constituição Federal, será oferecido através de políticas sociais e econômicas e não por decisões judiciais. Por conseguinte, é o Executivo que tem a melhor visão não só dos recursos, mas também das necessidades para otimizar os gastos com a saúde pública. Ademais, se a própria Carta Maior assegurou aos eleitos pelo voto popular (legitimidade democrática) a prerrogativa de gerir os recursos públicos seria impropriedade proceder-se de forma diversa. Suscita, ainda, a mais comum das críticas, a financeira, revestida da já referida reserva do possível. Dentre outras questões aponta também que decisões judiciais que impliquem em fornecimento de medicamento provocam a desorganização da Administração Pública e, por fim, se o Judiciário assume tal postura termina por privilegiar tão somente aqueles que têm acesso qualificado à Justiça em detrimento dos demais.

Indagamos, então, se é possível reconhecer diretamente, com base na norma constitucional definidora, um direito fundamental social subjetivo a uma prestação concreta por parte do Estado, isto é, na visão Ingo Wolfgang Sarlet:

se há como compelir judicialmente os órgãos estatais, na qualidade de destinatários de determinado direito fundamental, à prestação que constitui seu objeto. Em suma, cuida-se de averiguar até que ponto os direitos sociais prestacionais efetivamente carecem de uma plena justicialidade, razão pela qual, segundo alguns, são merecedores do qualificativo *leges imperfectae*, devendo, de acordo com outros, ser considerados como direitos relativos, porquanto geram direito subjetivo apenas com base e nos termos da legislação concretizadora.

Na mesma linha de ideias, parafraseando o Professor João Trindade, no contexto de uma lei básica analítica como a promulgada no Brasil em 1.988, constantemente “reformulada” pelas mais de 120 emendas existentes atualmente (julho de 2022), e, mais ainda, uma norma voltada à efetivação de direitos sociais, torna-se impossível falar de políticas públicas sem recorrer à Lei Maior.

Nas palavras do professor:

difícilmente haverá em nosso sistema constitucional uma política pública que não tangencie - para dizer o mínimo - direitos constitucionalmente assegurados, deveres estatais constitucionalmente impostos ou objetivos traçados para a atuação do poder público. Neste sentido, pode-se assumir como verdadeira a afirmação de que a Constituição Federal (CF) de 1988 é uma verdadeira matriz para as políticas públicas no ordenamento brasileiro, isso no sentido de que toda e qualquer política governamental que vise a efetivar direitos sociais terá que ser constitucionalmente embasada e lida à luz dos preceitos constitucionais.

Dessarte, como diferenciar direitos sociais previstos em normas de eficácia imediata em contraposição de normas programáticas que estabelecem objetivos sem assegurar direitos?

Ao pesquisar sobre o tema, a Professora do Departamento de Ciência Política da USP, Marta Arretche, assevera que:

Os constituintes de 1988 optaram pelo formato das competências concorrentes para a maior parte das políticas sociais brasileiras. Na verdade, as propostas para combinar descentralização fiscal com descentralização de competências foram estrategicamente derrotadas na ANC 1987-88 (Souza, 1997). Assim, qualquer ente federativo estava constitucionalmente

autorizado a implementar programas nas áreas de saúde, educação, assistência social, habitação e saneamento. Simetricamente, nenhum ente federativo estava constitucionalmente obrigado a implementar programas nestas áreas. Decorre deste fato a avaliação de que a Constituição de 1988 descentralizou receita, mas não encargos (Almeida, 1995; Affonso; Silva, 1996; Affonso, 1999; Willis et al., 1999).

Percebe-se aqui, que é necessária parcimônia nesta análise, eis que existe um viés premente em se fazer “justiça social”, principalmente por aqueles que não conhecem os trâmites do Poder Executivo e as dificuldades enfrentadas na realização de seu mister.

O professor Scaff alerta que:

Implementar políticas públicas requer um planejamento mais acurado e uma análise financeira detalhada sobre a receita disponível. Em especial sobre os gastos públicos a serem realizados – inclusive indicando o grupo socioeconômico das pessoas que devem ser beneficiadas por elas. Isto é de suma importância sob pena de existirem erros graves na implementação dessas políticas, seja por (a) obter recursos de quem tem capacidade contributiva reduzida, e não deve ser alvo de maior tributação; seja por (b) destinar estes recursos a quem deles pode prescindir, acarretando uma verdadeira “captura” dos benefícios sociais por uma camada da sociedade que deles pode prescindir, e deixando de lado os verdadeiros destinatários daquelas políticas.

Assim, algumas decisões aditivas, mostram-se superficiais do ponto de vista pragmático do Executivo, defrontando o ativismo judicial, pois não reclamam a urgência impingida pelo julgador na materialização do objeto, que, em última análise, pode não ser efetivo e comprometer o orçamento público. Recursos, aliás, que poderiam ser melhor logrados pela camada social interessada caso o plano de trabalho do governante não fosse afetado.

Outrossim, é sabido que com a promulgação da Carta Constitucional de 1.988 foi criado um sofisticado Sistema Orçamentário, ampliando-se os mecanismo de fiscalização que existiam anteriormente, o que acabou se evidenciando com a Lei

Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que deve ser estudada como uma ferramenta para organizar a vida financeira do país, sancionada, à época, pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, em um período de grande instabilidade econômica, trazendo à nossa realidade aparelhos de *accountability* necessários.

Portanto, se por um lado a Carta Política elencou os fatos tributáveis (arts. 157 a 159, da Constituição da República), bem como a competência de cada ente federativo para instituir e arrecadar o que for devido. Por outro lado, quanto às despesas, o sistema orçamentário nacional, determina o que deve ser utilizado por cada ente federativo para planejar os gastos governamentais, inclusive os empenhos que decorrem de decisões judiciais.

Este procedimento muitas vezes possui complicações e demanda a especialização de profissionais para montar as peças orçamentárias, que nem sempre estão presentes nos quadros dos entes federativos de menor envergadura, tornando o cumprimento das obrigações impostas pelo Judiciário ainda mais dispendiosas, eis que se faz necessária a contratação de consultorias especializadas, onerando “o cofre” já enxuto daquele Município com baixa arrecadação.

No mesmo giro, se é certo que a formação de políticas públicas exige conhecimento técnico e deslocamento de servidores (homem-hora), não caberia ao Judiciário quando impor uma atuação específica apontar as fontes de custeio?

No Tribunal Constitucional italiano esta discussão foi cenário de um intenso debate, pois preceitua a Magna Carta daquele país, em especial o 4º parágrafo do artigo 81 que: “*Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte*”, isto é, qualquer outra lei que imponha despesas novas ou maiores deve indicar os meios para satisfazê-las (lei aqui compreendida em seu sentido mais amplo).

Na Itália a discussão chegou ao fim, afastando-se a

aplicação do disposto no art. 81, §4º, da Lei Maior Italiana, em relação às decisões Judiciais. Da mesma maneira, no Brasil, não se aplica o art. 167, I, da CF/88 ao debate sobre sentenças que geram custos.

Segundo Scaff (2008):

no Brasil as “sentenças que custam” com efeitos imediatos decorrem muito mais da implementação direta da Constituição pelo Poder Judiciário, a margem de norma legal ou regulamentar, e a margem de todo sistema orçamentário estabelecido pela própria Constituição. Daí que surge a questão sobre “quem ordena o pagamento da conta”.

Débora Maciel e Andrei Koerner explicam que a judicialização da política “*requer que operadores da lei prefiram participar da policy-making a deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria um papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não decisão*”.

Inobstante, sobre o tema, nossas cortes comumente repetem o mesmo entendimento:

A judicialidade das políticas públicas somente se encontra justificada com a intervenção do Poder Judiciário para a garantia da integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial, centro essencial dos direitos fundamentais, desde que respeitada a reserva do possível, que se constitui a capacidade financeira do Estado para sua imediata implementação. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00005922320108150221 , 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA , j. em 07-03-2017)

Acontece que a elucidação do tema na fundamentação dos julgados, quando não acompanhada do dispositivo na mesma toada, deixa de enfrentar o obstáculo e torna-se mera patacoada.

Aliás, sem estudo casuístico, a decisão judiciária determinística deixa de prestigiar o interesse público envolto, tornando-se sem efeitos reais na vida da população interessada, prestigiando não mais que uma sensação de dever social

cumprido das autoridades que requerem a execução do direito, transmutando-se em *policy-making* corporativista, e *defiance* do que é preconizado pelas Cortes Superiores em suas fundamentações.

III - CONCLUSÃO

Mais do que ponteiros legais, que poderiam, com facilidade, ser trocados por algum algoritmo, ou, no pior dos casos, pensadores classistas, que apanham mais desalentos do que soluções ao Estado; a consciência jurídica das primeiras linhas de socorro jurisdicionais deve imiscuir-se no pensamento cartesiano, aprendendo que o interprete da norma não está alheio à moral como outrora pensava-se (*hard positivism*), mas deve concebê-la objetivamente e com moderação (*soft positivism*), não implodindo a dialética do sistema.

A provocação investigada está na formação de profissionais que consigam racionalizar a amarração entre o texto e o processo de construção e desenvolvimento do entorno institucional, sem fletir paradigmas basilares da ciência jurídica, com fito social ou organizacional, que frequentemente o intérprete não está familiarizado, levando sempre em crédito que a norma pende a refinar o acesso aos bens e interesses compartilhados.

O Estado é naturalmente ramificado para harmonizar com melhor traquejo o anseio social tutelado, reverenciando, outrossim, o cânon democrático. Daí porque é necessário que seja prestigiada a resolução do gestor público, que foi eleito como representante do povo e inserto na praxe administrativa, mormente em um sistema presidencialista de coalizão (*coalition theories*); sem distender a “justiça social apriorística”, por não experienciar as concretas sequelas daquilo que foi julgado.

Assim, sem embargo de que estas decisões sejam recoráveis, o acúmulo de demandas do Poder Executivo tornam pequenas distorções aceitáveis, e, em nossa ótica, o veredito dos

Tribunais não deve ser assumido como um prélio Judicial a ser puído, acenando, todavia, para a carência de cooperação entre os poderes estabelecidos e uma amostra de como precisamos aproximar nossa magistratura da vida administrativa.



REFERÊNCIAS

- ARRETCHE, Marta. *Federalismo e Políticas Sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia*. São Paulo, 2004.
- MILANI, Carlos RS. *O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais, uma análise de experiências latinoamericanas e européias*. Revista de Administração Pública (FGV). Rio de Janeiro, 2008.
- BRASIL, *Constituição da República de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 de jul. de 2022.
- BverfGE: *Coletânea das decisões do Tribunal Constitucional Federal*, n.º 33, S. 333.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Jurídica Virtual, no 14, Julho/2000 *apud* REIS, Wanderlei José dos. *O princípio da reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no brasil*. Univag. Disponível em: <<https://www.univag.com.br/storage/post/13/06.pdf>>. Acesso em: 13 de jul. de 2022.
- CAVALCANTE FILHO. João Trindade. *A Constituição de 1988 como matriz de políticas públicas: direitos, deveres e objetivos no campo dos direitos sociais*. Políticas Públicas no Brasil: uma abordagem institucional. Organizadores Gilmar Mendes e Paulo Paiva. Saraiva, 2017.

- SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Direitos Humanos Desafios Humanitários Contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados, págs. 444 a 476, DelRey, 2008 .
- ITÁLIA, *Constituição da República de 1947*. Disponível em: <https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em: 13 de jul. de 2022.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da Judicialização da Política: duas análises*. Lua Nova, n. 57, 2002.
- ROBBINS, L. (1932). *Naturaleza y significación de la ciencia económica*. México: Fondo de Cultura Económico, 1944.
- SIQUEIRA, Otegildo Carlos. *Direitos prestacionais: reserva do possível, mínimo existencial e ponderação jurisdicional*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14 , n. 2307, 25 out. 2009 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13735>. Acesso em: 14 jul. 2022 apud BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para atuação judicial*. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n. 46, nov./dez. 2007, p. 49-54.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria