
CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: AINDA ÀS VOLTAS COM A INDIGÊNCIA ANALÍTICA...

Élida Graziane Pinto

Doutora em Direito Administrativo pela UFMG
Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Estado de Minas Gerais
Coordenadora do Curso de Administração Pública do UNIFEMM
Professora de Direito Administrativo e Financeiro da ESDHC

Resumo: O texto trata do controle judicial de políticas públicas no intuito de demandar interpretação, conforme a Constituição, das ações que visam – de forma desarrazoada e desproporcional – remanejar recursos e assim indiretamente restringir o financiamento de políticas públicas que, além de serem deveres do Estado, tanto se configuram como direitos fundamentais de natureza prestacional (individualmente exigíveis), quanto, por vezes, têm vinculações orçamentárias inscritas constitucionalmente (ora com patamar mínimo de gastos, ora com fonte própria de receitas). Considerando que, no ordenamento jurídico brasileiro, o balanço de prioridades estatais é movimento dinâmico – cuja conformação democrática pressupõe debate, no mínimo, entre Legislativo e Executivo – e como, na hipótese de omissão ou ação abusiva de qualquer desses Poderes, o Judiciário poderá ser chamado a controlar tanto o desrespeito a direitos, quanto o descumprimento de deveres constitucionais, é necessário exigir que a execução orçamentária dos três níveis da federação seja orientada pela máxima efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: políticas públicas; orçamento; discricionariedade; controle.

*CONTROL JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS:
TODAVÍA PERSISTE CON LA INDIGENCIA ANALÍTICA...*

Resumen: *El texto trata del control judicial de políticas públicas con la intención de demandar interpretación conforme la Constitución de las acciones a que se refieren – de forma irracional y desproporcional – remanejar recursos y así indirectamente restringir la financiación de políticas públicas que, además de ser deber del Estado, tanto se configuran como derechos fundamentales de naturaleza prestacional (individualmente exigibles), como, por veces, tiene vinculaciones presupuestarias inscriptas constitucionalmente (por un lado, con patamar mínimo de gastos, por otro, como fuente propia de ingresos). Considerando que, en el ordenamiento jurídico brasileño, el balance de prioridades estatales es movimiento dinámico – cuya conformación democrática presupone debate, como mínimo, entre Legislativo y Ejecutivo – y como, en la hipótesis de omisión o acción abusiva de cualquier de esos Poderes, el Judiciário podrá ser llamado a controlar tanto el desrespeto a derechos, como el descumplimiento de deberes constitucionales, es necesario exigir que la ejecución presupuestaria de los tres niveles de la federación sea orientada por la máxima efectivación de los derechos fundamentales.*

Palabras-Clave: *Políticas públicas, presupuesto, discricionariedad, control.*

1. INTRODUÇÃO

Este estudo tem por finalidade tematizar a implementação orçamentária de políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro pós-Constituição de 1988 pelo viés dos limites normativos ao controle exercido pelo Poder Judiciário sobre lesão a direito, assim como sobre omissão a dever constitucionalmente tutelado.

O cerne do problema que perpassa todo o tema do controle de políticas públicas é exatamente precisar até onde o Judiciário determina haver lesão a direito a prestações positivas por parte do Estado (ou omissão inconstitucional) e, por isso, obriga a consecução de gastos e ações orçamentárias não incluídas nas diversas leis que regem o ciclo orçamentário governamental.

Quando se passa a cuidar da deliberação do *quantum* orçamentário ideal – sempre progressivo e insuficiente – para essa ou aquela prestação social a cargo do Estado, sabe-se que tal debate só pode ser empreendido durante o processo de elaboração e aprovação das leis orçamentárias de cada ente. Por essa razão é que não se trataria de senda passível de revisão judicial, mas de deliberação político-representativa (por isso discricionária) à luz das disponibilidades de receitas e das prioridades alocativas de um determinado governo.

Mas como seria possível avançar em renovados instrumentos de controle postos à disposição da sociabilidade democrática? Quiçá seja esse o grande desafio, para além da emergência do Judiciário como gigante controlador da omissão (por vezes eventual, vezes outras, reiterada) do Executivo no cumprimento de seus deveres constitucionais e das diversas insuficiências do Legislativo no estreitamento do controle sobre a execução orçamentária e sobre as políticas públicas que respondem por direitos fundamentais.

Sobre tais limitações trataremos doravante nos três tópicos que se seguem a esta introdução, de modo, primeiramente, a elucidar a natureza discricionária do orçamento como norte definidor da progressividade alocativa nas políticas públicas (já que não é possível resolver tudo de uma só vez e de uma vez por todas). Em um segundo momento, será abordado o estágio atual de debate sobre o controle judicial nesse setor. Ao final, serão tecidas algumas considerações a respeito das insuficiências analíticas que precisam ser afrontadas para que avancem as possibilidades de controle pela sociabilidade democrática sobre a execução orçamentária no Brasil.

2. DISCRICIONARIEDADE ALOCATIVA: A CLÁSSICA BARREIRA

Mais do que nunca, é necessário cuidar detidamente do tema dos limites do controle sobre a liberdade usufruída pela Administração na condução orçamentário-financeira dos fins públicos, pois há que se aprofundar o foco de análise, situando o debate constitucional sobre as possibilidades de controle institucional da atuação inefetiva ou omissa do Poder Público na garantia de direitos de prestação positiva.

Do ponto de vista orçamentário, a defesa de políticas públicas inclusivas e o próprio controle de constitucionalidade das omissões é desafio posto na ordem do dia não só para o Poder Judiciário, como também para o

Legislativo (com seu controle prévio de constitucionalidade e seus instrumentos de avaliação da prestação de contas) e para a sociedade.

BUCCI (2002, p. 276) ressalta que

a polêmica quanto ao significado da discricionariedade administrativa [no mérito da revisão judicial de políticas públicas e da separação de poderes], [já que] ora [ela pode ser] concebida como liberdade de escolha de prioridades, ora [é] entendida de modo mais estrito, como possibilidade de escolha de meios para a realização da finalidade da lei.

A questão posta por Bucci é importante porque, em se tratando da liberdade de fixação de prioridades, grande parte das políticas públicas resstarão fora da dinâmica de controle jurisdicional. A definição de prioridades é um debate franqueado ao Executivo e ao Legislativo, e o Judiciário, por seu turno, só seria capaz de analisar tais prioridades pelos focos do respeito a direitos, da omissão no cumprimento de deveres e da atuação conforme a lei. Segue, assim, intangível para este último Poder da República o juízo de conveniência e oportunidade sobre o dilema entre mais ou menos equidade em face de maior ou menor liberdade individual.

Por outro lado, Bucci lembra que é possível apresentar a discricionariedade na formulação de políticas públicas como liberdade “de escolha de meios para a realização da finalidade da lei”. A transposição do problema para a “finalidade da lei” não o resolve, porque, para BUCCI (2002, p. 276),

a ponderação entre interesses conflitantes é bastante delicada, assim como a própria titularidade dos direitos é polêmica, uma vez que **tanto o Ministério Público-autor da ação** [civil pública que visa a cobrar prestações positivas do Executivo], **como o Poder Executivo-réu ou o Poder Judiciário que decide são todos integrantes do Poder Público e agem igualmente em defesa do interesse público.** (grifo nosso)

Não há como se falar ontologicamente em titularidade do interesse público, como se fosse um dado apriorístico e racionalmente inferível. O desafio reside na perspectiva já enunciada por CASSESE (1991, p. 238) de que só há “interesses públicos, no plural”. Na verdade, sob o marco procedimental discursivo de democracia, não se poderia dizer aprioristicamente que o interesse do Executivo, do Judiciário, do Ministério

Público ou de qualquer outro órgão (ou ente) envolvido seja, em qualquer hipótese, “interesse público”. Assim como a noção de interesse público é um construto dialógico, a adequação constitucional das decisões possíveis no caso concreto só pode ser argüida ali.

Como controlar o Executivo diante da eleição de prioridades inscritas na lei orçamentária anual é impasse que faz renovar a atenção sobre o tema do controle da discricionariedade administrativa, até porque é esse um verdadeiro “calcanhar de Aquiles” para o tema do controle da Administração Pública. Hans Huber – em célebre analogia citada por García de Enterría; FERNANDEZ (1991) – noticia ser a discricionariedade um verdadeiro “cavalo de Tróia”, atrás do qual se escondem os riscos da apropriação privada da coisa pública.

3. DESTRAVANDO O DEBATE: POSSIBILIDADES E LIMITES PARA O CONTROLE JUDICIAL SOBRE A EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Contra o argumento de que o Judiciário não poderia rever sendas discricionárias, como o são as políticas públicas (especialmente aquelas que envolvem direitos de prestação positiva por parte do Estado), CLÈVE (2003) levanta a importante perspectiva de que os representantes políticos (maioria conjuntural) não podem desconhecer os limites fixados no pacto constituinte (incluída aqui a defesa dos direitos das minorias). Assim, os direitos fundamentais, a serem resguardados, numa última linha de defesa, pelo Poder Judiciário, são ponto de controle inafastável, porque os Poderes de representação política (Legislativo e Executivo), estando submetidos à Constituição, **devem** respeitá-los.

Embasado na tensão dialógica entre republicanismo (direitos fundamentais de envergadura constitucional) e democracia (processo estendido de deliberação política), CLÈVE (2003, p. 25) suscita pertinentemente que o papel do Poder Judiciário é zelar pela aplicabilidade do texto constitucional diante da dinâmica entre um e outro aspecto da sociabilidade contemporânea. Nesse sentido, para o aludido autor (2003), cabe falar em controle de políticas públicas e exigí-lo – especialmente a fim de efetivar direitos sociais inscritos constitucionalmente (como o são saúde, educação, seguridade, atendimento à criança e ao adolescente, entre outros) – porque não se pode aplicar a Constituição como se ela fosse instrumento de justificação da existência do Estado. Diferentemente disso, o foco (em uma

“*dogmática constitucional emancipatória*”) deve ser direcionado para a emancipação do ser humano, que é “exigente de bem-estar físico, moral e psíquico” (2003, p. 18).

A dogmática emancipatória reclama eficácia imediata não apenas para os direitos fundamentais ditos de primeira geração (também vistos como direitos de prestação negativa ou abstencionista por parte do Estado), como também para os direitos de segunda geração (também ditos direitos prestacionais) e todos os demais.

Problema surge quando se trata, do ponto de vista da jurisdição constitucional, de estreitar as vias de controle sobre a omissão do Poder Público na consecução de políticas públicas capazes de efetivar direitos sociais. Clève chega a reconhecer que os mecanismos processuais de tal controle “são bastante tímidos” (2003, p. 20). Por essa razão é que ele pondera ser necessário “orientar-se na busca da plena efetividade da Constituição, em particular das disposições que contemplam os direitos fundamentais de natureza social, por outros caminhos.”

Os “outros caminhos” a que se refere Clève apresentam o peso da complexidade do problema, notadamente no que se refere ao custeio orçamentário-financeiro dos direitos prestacionais. Enquanto, face aos direitos de primeira geração, o controle se faz por meio da censura judicial à ação do Poder Público que lhes causa lesão. Nos direitos de segunda geração, a situação muda,

porque o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos. (CLÈVE, 2003, p. 21)

Tal caminhada progressiva na consecução dos direitos prestacionais passa, obviamente, pela formulação das leis orçamentárias e dos instrumentos de planejamento da ação governamental.

Novamente o ponto de inflexão da capacidade de controle de políticas públicas passa pelo viés do seu financiamento e, antes disso, do planejamento definidor das prioridades orçamentárias. A esse respeito, a dogmática emancipatória proposta por Clève suscita ser possível identificar na CR/1988 uma “ossatura institucional” capaz de atribuir ao Estado competências das quais ele deva se desincumbir progressiva e consistentemente.

Do texto constitucional vigente no Brasil, é possível extrair políticas públicas que são “deveres do Estado”. Notadamente, há que se arrolar as políticas públicas que se voltam para a tutela dos direitos fundamentais, nessa qualidade (Título II), sem prejuízo das políticas que se voltam especificamente para o cumprimento das competências inscritas nos artigos 21 a 30. Exemplos notórios desse esforço promovido no seio da CR/1988 de sistematizar algumas das principais políticas públicas sob incumbência do Estado brasileiro estão inscritos nos Títulos VII e VIII.

De todo modo, importa não desconhecer que a formulação e a execução de políticas públicas são deveres estatais inseridos na sistemática constitucional de condensação de direitos fundamentais. Assim, por mais que a tutela desses direitos passe por uma via complexa de fixação do “mínimo existencial” (garantidor do fundamento da dignidade da pessoa humana) e de respeito à idéia de “reserva do possível” – em meio às restrições orçamentárias e às prioridades governamentais fixadas intertemporalmente pelo Poder Público –, tais políticas públicas não podem simplesmente ser preteridas.

Porque não são passíveis de terem “solução” de uma única vez e de uma vez por todas, as políticas públicas de natureza prestacional são tidas como de eficácia constitucional progressiva. Ou seja, elas devem ser empreendidas em um processo de satisfação/emancipação progressiva dos cidadãos, já que, de início, deve-se garantir a subsistência em caráter primordial e sucessivamente (o que não significa dizer cronologicamente) vão sendo promovidas, entre outras, políticas de inclusão cultural, desportiva e laborativa.

A respeito do dever de garantir eficácia progressiva às políticas públicas de natureza prestacional, CLÈVE (2003, p. 22) lembra que é possível

reclamar uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, com o manejo daquilo que se convencionou chamar de filtragem constitucional, ou seja, a releitura de todo o direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, designadamente dos direitos, princípios e objetivos fundamentais.

Sempre é necessário que haja a submissão de todo e qualquer exercício de função estatal (notadamente aqui a administrativa) à Constituição da República, daí porque a noção de “interpretação conforme” se impõe. Nesse sentido, a filtragem de que trata Clève pode ser associada, grosso modo, com a própria idéia de juridicidade que se vem hodiernamente demandando do agir administrativo, já que o Direito opera como integridade

(DWORKIN, 1999) e apreensões reducionistas que neguem vigência aos direitos fundamentais, além de inconstitucionais, serão, antes de qualquer coisa, antijurídicas.

Para além da noção abrangente de “filtragem constitucional”, é preciso instrumentalizar as vias de controle e suscitar os mecanismos institucionais que garantem a obediência ao ordenamento constitucional, dentre os quais a ação civil pública se apresenta. Mas também o uso desses instrumentos em nome da garantia de direitos fundamentais deve inserir-se no cenário da complexidade e da contingência luhmannianas. Sob pena de as ações civis públicas defenderem direitos coletivos e difusos de maneira distorcida – como pontos isolados de um mosaico e, por isso, ilegítimos para representarem o todo –, o manejo de tais ações deve retomar variáveis discursivas como a escassez de recursos, a necessidade de priorizar o atendimento a esferas mais prementes de atuação governamental e a própria impossibilidade de identificar apriorística e racionalmente algum critério automático de justiça que permita ordenar prioridades fora dos respectivos casos concretos.

A esse respeito, CLÈVE (2003, p. 25) avisa que

é imprescindível, neste caso, uma certa dose de prudência, especialmente porque a sociedade brasileira, num quadro permanente de escassez de recursos, reclama soluções urgentes em muitos campos ao mesmo tempo: meio ambiente, proteção dos direitos sociais, políticas de inclusão, infra-estrutura etc.

De nada adiantaria sair do espaço das propostas inconsistentes do Executivo para caminhar para o balcão paternalístico de direitos que não podem, orçamentariamente, ser universalizados por meio de intervenções judiciais que pretendam solucionar, de uma única e imediata vez, problemas distributivos da sociedade.

Não havendo solução que não seja construção histórico-social para o avanço dos indicadores de desenvolvimento humano, o Direito consegue ordenar apenas a linha intertemporal¹ de planejamento e de execução de políticas públicas inclusivas. Ou seja, “pode o Estado, sim, implantar políti-

¹ Tal como o fez o art. 165 da Constituição com a disposição sobre planos quadrienais a serem revisitados anualmente por meio de leis especiais, além da lei de diretrizes orçamentárias e da lei de orçamento.

cas para, progressivamente, resolver aquilo que é reclamado pelo documento constitucional.”(CLÈVE, 2003, p. 25).

Diferentemente do que normalmente se alega quando se usa a metáfora do “cobertor curto”, não se trata de adiar a execução dos direitos fundamentais para o campo indefinido de “quando o bolo crescer”. O haver escassez de recursos e restrições orçamentárias implica eleger prioridades alocativas, mas daí não decorre – como interpretação conforme a Constituição – a idéia de que podem restar inefetivos alguns direitos fundamentais enquanto outros são implementados. A administração da escassez passa pelo que CLÈVE (2003) chama de eficácia progressiva das políticas públicas prestacionais que visam a garantir a dignidade da pessoa humana.

Volta-se mais uma vez a se tangenciar o núcleo do problema deste estudo, qual seja, a existência de uma discricionariedade orçamentária que, por desconhecer a finalidade legal que lhe legitima a existência, torna-se mero arbítrio, hipótese que não é admitida no ordenamento constitucional brasileiro.

Sobre o distanciamento entre orçamento e sua execução no regime atual de “orçamento autorizativo”, CLÈVE (2003, p. 26) também aponta, pelo viés da jurisdição constitucional, para a “necessidade de compreender-se a peça orçamentária como lei que vincula, razão pela qual não pode ser tida como mero ato legislativo autorizativo.”

Em se tratando de um horizonte de prestações progressivas, nada mais adequado – do ponto de vista orçamentário – que efetivamente cobrar, como suscitara Bucci, que as políticas públicas sejam controladas conforme o processo de sua elaboração plurienal. As leis que instrumentalizam os programas de ação governamental (PPA-LDO-LOA) são nortes, cuja execução é balizada pela capacidade financeira do Estado. Uma vez cumpridas as metas fiscais discutidas com o Legislativo, as leis orçamentárias devem ser integralmente executadas, já que não deve haver margem para subalocação de recursos em um orçamento transparente e real.

O debate sobre a obrigatoriedade de execução das peças orçamentárias deveria possibilitar, em última instância, um exercício de “vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais”, já que não assegurar materialmente tais direitos dentro de um horizonte temporal elástico, mas progressivo – em nome de uma pretensa discricionariedade orçamentária – seria, por si só, um ato desconforme com a Constituição.

Por outro lado, a apreensão de como o cidadão pode sair em defesa de sua esfera jurídica de direitos se soma ao raciocínio objetivo de con-

fronto entre os atos administrativos e a Constituição. Na esteira do entendimento de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, posições exigíveis e crivo de constitucionalidade em relação à omissão do Executivo em implementar as devidas políticas públicas de atendimento progressivo aos mesmos, tem-se que o Estado só se legitima dentro do espaço de respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, tal como SANTOS (1987) mesmo já alertava – quando da sua percepção sobre o caráter trágico da política social –, há de se conciliar a tensão complexa entre o mínimo existencial capaz de assegurar uma vivência digna à pessoa humana e o máximo possível, dadas as disponibilidades de riqueza e de sua distribuição na sociedade. É esse o dilema rawlsiano (2000, p. 20) das maiores vantagens aos mais desfavorecidos (máximo benefício social – igualdade) em face do mais extenso sistema de liberdades básicas (mínimo sacrifício individual).

Ocorre, contudo, que o controle dessa tensão não é dogmático-positivista. É tão-somente um construto dialógico dos “dissensos toleráveis”. CLÈVE (2003) intuitivamente também caminha para uma visão mais procedimental de defesa do controle de políticas públicas prestacionais. Logo de pronto, passa-se da interpretação de que o Estado deve assegurar uma “eficácia positiva mínima dos direitos fundamentais sociais” à apresentação dos instrumentos processualmente disponíveis para a tutela judicial daqueles.

Conforme VIANA (1999) pondera, tal passagem, embora natural para o campo do Direito, não é propriamente isenta de conflituosidade para a institucionalidade democrática, pois subsiste o risco da judicialização da política se tornar uma via substitutiva das arenas político-representativas de deliberação do interesse público. Tampouco é possível atribuir exclusivamente ao Poder Judiciário todas as pretensões de controle democrático sobre a Administração Pública, sob pena de o grande controlador restar, ele próprio, sem controle.

Sem olvidar-se dos riscos suscitados por VIANNA (1999), há que se pensar na expansão dos agentes de controle por toda a tessitura social e especialmente pelas próprias relações horizontais de controle entre os Poderes e os órgãos auxiliares: Tribunal de Contas e Ministério Público.

Se muitos são os agentes de controle e os instrumentos processuais à sua disposição, importa buscar, no caso concreto, uma adequada apreensão dos “direitos, bens e princípios em jogo, estudando o campo do possível (*reserva do possível*), mas, ao mesmo tempo, considerando que o Estado democrático de direito está comprometido com o avanço e não com o

retrocesso social (*vedação do retrocesso social*).” (CLÈVE, 2003, p. 27-28)

Acerca da idéia tomada ao constitucionalismo alemão do que seja “reserva do possível”, cuidado impõe-se na medida em que a realidade brasileira não corresponde propriamente à hipótese (típica do Estado europeu de Bem-Estar Social) de avanço adicional² na aquisição de direitos, mas cuida ainda da efetivação da linha de subsistência alimentar, a qual não admite retrocesso.

Se trata de traçar um desenvolvimento coerente no médio prazo com o implemento progressivo dos objetivos fundamentais inscritos no art. 3º da CR/1988, não se pode, por exemplo, admitir a possibilidade de pura e simples revogação de “uma lei ordinária que, eventualmente, tenha tratado de um direito social, delimitando a sua esfera de incidência ou o modo como as prestações estatais necessárias serão adimplidas”, já que haveria um “direito fundamental em jogo” (CLÈVE, 2003, p. 28).

Quanto mais se fica às voltas com o tema do controle de políticas públicas – especialmente pelo seu viés orçamentário-financeiro –, mais ressurge a perspectiva de que o que se vive é um estágio de “indigência analítica”, como diria SANTOS (1987).

Bem ou mal, é preciso reconhecer que não há como inferir uma linha consistente de controle a ser promovida estritamente pelo Judiciário. O que se pode demandar (e, mais do que nunca, é imperativo que se demande) é a extensão do horizonte de controle sobre o cumprimento dos programas de trabalho inscritos na lei anual de orçamento e sobre as motivações apresentadas para eventuais distanciamentos entre o orçado e o executado.

Tal controle estendido deve ser exercido durante o curso da exe-

² Por avanço adicional está a se entender o acréscimo de direitos prestacionais que ultrapassam – qualitativa e quantitativamente – a estrita dimensão de segurança alimentar, previdência, saúde e educação básica, a qual responde, primordialmente, pela sobrevivência e mínima instrução educativa. Em países como o Brasil que sequer passaram pela crise do Estado de Bem-Estar, mas apenas por uma crise do desenvolvimentismo econômico, direitos prestacionais, como os direitos à cultura, ao lazer e desporto, à moradia digna, à inclusão racial, entre outros, ficam em segundo plano diante daqueles primeiros que respondem pela subsistência humana. É essa uma dimensão pragmática do que tem se chamado de “mínimo existencial”, sendo certo que há dissonância entre o que é o “mínimo existencial” na realidade brasileira e o que a Nova Hermenêutica constitucionalista (esposada por Bonavides,

2003) entende ser o conjunto mínimo de direitos fundamentais assegurados para assegurar a dignidade da pessoa humana. Tal dissonância advém da própria divergência sobre o caráter programático e a eficácia imediata de alguns dos direitos sociais inscritos no art. 6º da CR/1988.

cução orçamentária e não apenas pelos órgãos que detêm formalmente a competência de controle externo – uma vez que a integração entre controle interno (art. 74 da CR/1988) e externo (art. 71 da Constituição) já é princípio que ordena as finanças públicas no Brasil –; mas também deve estar ao alcance da cidadania que, no exercício do seu direito de representação (arts. 5º, XXXIV, “a”, e 74, § 2º da CR/1988), poderia garantir discursivamente – em sua condição difusa, efervescente e plural – o caráter democrático da execução das peças orçamentárias em todos os níveis da federação.

Do ponto de vista da ordenação das prioridades orçamentárias do Estado, de pouco adiantaria conclamar a existência de uma “única” solução ótima para que disso decorresse o controle jurisdicional. Ora, a fixação das políticas públicas é agenda republicana construída democraticamente, por isso não é inferível racionalmente sem a imersão no espaço de sua aplicação, tampouco controlável fora do embate político-constitucional do que sejam as atividades-fim do Estado.

Como tema inerentemente publicístico, sobreleva o controle a ser dividido entre todos os cidadãos. A melhor forma de dividir o controle é vedar que haja um único grande controlador, esse, por si só, incontrolável, daí porque a lógica multissecular de separação de poderes reside na perspectiva de pesos e contrapesos. Trata-se de mais uma pedra sisífica a ser rolada cotidianamente como exercício coletivo de se saber precária a relação entre governantes e governados.

Como bem lembra PIRES (2002, p. 73), “caídas as presunções de abstração e racionalidade apriorística, o Direito, dessa forma, é chamado para desempenhar um novo papel, quiçá difícil desafio, qual seja, o de, no mínimo, fomentar a possibilidade do discurso pleno e irrestrito no qual se funda a arena pública e, sem a qual, torna-se falacioso pensar em relação Estado-cidadãos que seja, de fato, democrática.”

Enfim, é repisar: por mais óbvio que pareça, não há como legitimamente promover uma alocação de recursos públicos em prioridades governamentais inscritas no orçamento, sem que tal processo corresponda a uma definição discursiva do que seja interesse público, feita em público.

Ora, do outro lado da moeda, encontra-se o controle, pois quem delega poder, necessariamente deve controlá-lo, sob pena de vê-lo alienado a finalidades diversas das que motivaram a delegação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente, a centralização institucional do poder para o exercício de funções de interesse público e a necessidade de custear as atividades desse aparato institucional são movimentos que tiveram suas fronteiras normativas fixadas em lei. Mas a lei, que é baliza, não é resposta totalizante das prioridades orçamentárias estatais.

Presentemente, o desafio é expandir as possibilidades de controle sobre a alocação dos recursos para que os gastos públicos sejam executados de forma constitucionalmente adequada. Para além da busca de comandos legais estritos, cumpre suscitar que a execução das mais diversas políticas públicas é pragmaticamente limitada à dotação orçamentária prevista em lei, sem prejuízo da possibilidade de que, mesmo dentro dessa fronteira, não haja a realização integral do gasto.

As incertezas que marcam a execução orçamentária advêm das oscilações na arrecadação de receitas, no surgimento de despesas inesperadas (passivos contingentes), no redesenho de prioridades governamentais e na administração do endividamento público. Os remanejamentos entre as diversas políticas públicas integram, portanto, o espaço de discricionariedade conferido à execução orçamentária. Mas dentro de quais limites é exercida tal margem de liberdade alocativa?

As leis orçamentárias anuais refletem os programas de ação governamental dos diferentes níveis da federação e respondem pela identificação contábil-financeira de como o Estado se desincumbirá de seus deveres constitucionais. Considerando que tais deveres envolvem a administração da tensão entre recursos orçamentários finitos e demandas sociais diversas e, por vezes, concorrentes, somente no caso concreto cabe propor soluções constitucionalmente adequadas.

A apreensão de que os programas orçamentários devem ser ajustados à realidade – tal como ela se apresenta com seus pressupostos de fato e de direito – justifica a abertura para o administrador de margem de discricionariedade decisória. Contudo, o ordenamento constitucional brasileiro estatuiu diversas políticas públicas como “deveres do Estado”, além de haver garantido receitas destinadas para a seguridade social e patamar percentual mínimo de gasto com saúde e educação.

Conjugar a dinâmica discricionária da execução dos orçamentos anuais com a garantia de que o Estado tem de assegurar minimamente seguridade (aqui incluídas as ações de saúde, além de previdência e assis-

tência social) e educação passa pela revisão dos pressupostos jurídicos do controle das políticas públicas.

O controle do manejo de tal discricionariedade alocativa deve perquirir, diante da concretude da execução orçamentária, se houve motivação constitucionalmente adequada para os contingenciamentos e remanejamentos havidos, especialmente diante da redução proporcional dos gastos com políticas públicas de execução orçamentária vinculada.

Nesse sentido, controlar se, na aplicação discricionária da lei orçamentária anual, não houve desvio de finalidade ou inadequação dos motivos apresentados com o caso concreto é exercício que passa tanto pela submissão a processos discursivos de deliberação, quanto pelo respeito a salvaguardas fundamentais. Ambas as hipóteses são necessárias porque, por um lado, asseguram o respeito republicano às prioridades alocativas inscritas constitucionalmente, quanto, por outro, asseguram o caráter democrático dos eventuais remanejamentos orçamentários ocorridos entre todas essas políticas públicas.

De toda sorte, é preciso ressaltar que a análise dos dilemas de legitimidade e adequação constitucional na consecução discricionária de políticas públicas – inscritas na lei orçamentária anual – tem por base a definição dos próprios constrangimentos à existência de padrões absolutos de justiça e, por isso, é preciso retomar a feliz construção de SANTOS (1987), de que é a busca por Justiça sempre uma espécie de tragédia edípiana.

Em raciocínio calcado pela analogia, SANTOS (1987) lembra que os responsáveis por decisões coletivas se comportam como Édipo que, apesar de saber de seu fim, não conhecia os rumos pelos quais ele seria levado a vivê-lo, daí porque não conseguiu se furtar a esse, por mais que tivesse tentado.

Assim ocorre com os intérpretes do Direito na busca por Justiça, já que também vêm esquivar-se por entre os seus dedos a justeza de quaisquer critérios procedimentais lógico-científicos ou pactos substantivos (estabelecidos *a priori* e pretensamente aplicáveis automaticamente), quando se colocam diante da premência por solucionar um conflito entre princípios mutuamente excludentes.

Em outras palavras, a busca de caminhos que se apresentem **racionalmente** os mais justos, na prática, pode acabar sendo responsável pela eleição de medidas as mais perversas e tiranas. Pelo foco da eleição de políticas públicas e da sua consecução orçamentário-financeira, o que se tem são primárias definições de algumas funções que devem ser priorizadas

em relação às demais (como, por exemplo, saúde, educação e segurança social), sem que, contudo, tais definições possam ser confrontadas no curto prazo com uma situação emergencial de estabilização monetária ou qualquer outra.

É preciso que se diga que há como que uma inevitabilidade do fracasso de qualquer tentativa racionalmente absoluta de realizar ideais de justiça, o que, não obstante, é processado simultaneamente ao dever inafastável de seguir, no mínimo, tendo de calcular politicamente os “dissensos toleráveis” a respeito das decisões tomadas (SANTOS, 1987).

Uma vez configurado o entendimento de que o dilema “maior ou menor superávit” *versus* “menor ou maior equidade social” acaba sendo uma decisão fora de soluções racionalmente previsíveis em todos os casos e circunstâncias, passa-se a ponderar sobre como administrar democraticamente a incerteza interpretativa que permeia o mundo do Direito.

Habermasianamente, a solução de dilemas classicamente inscritos no campo da discricionabilidade administrativa passa pela procedimentalização discursiva dos atos e decisões, abrindo o cenário de definição do interesse público no tempo e espaço para os interessados, com a apresentação dos motivos e com a obediência aos princípios aplicáveis ao caso concreto.

A imagem da “tragédia” e da mutabilidade que cerca o mundo do Direito, como já se disse aqui, deve alertar para os limites interpretativos mais do que para a proposta, a princípio, encantadora de fornecer respostas padronizadas aos problemas oriundos de um tecido social cada vez mais hiper-complexo.

Nesse diapasão, não se pode admitir o emprego argumentativo de uma estrita legalidade que prescindia da apresentação de motivos que justifiquem a aplicação da norma ao caso concreto, que ultrapasse os limites da razoabilidade, da proporcionalidade e do devido processo administrativo, entre outros princípios.

A negativa de direitos com base na estrita legalidade, fora da análise do caso concreto, não pode servir de biombo para que a Administração Pública dê guarida ao seu interesse secundário (na verdade um interesse privado) de contingenciamento de despesas e de formação de resultados primários positivos.

Somente assim tornar-se-á factível o abandono da dogmática constitucional justificadora da razão de ser do Estado em face da plena vivência da dogmática emancipatória, tal como o dizia CLÈVE (2003).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 859 p.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. 344 p.

CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. Torino: Einaudi, 1991. 513 p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba: UNIBRASIL, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *CADERNOS da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, n.3, v.3, p. 105-122, jan./jun. 1995.

PIRES, Maria Coeli Simões. *A revisão paradigmática do estado e do direito: um exercício em prol da democratização do sistema administrativo*. Belo Horizonte, 2002. Mimeografado.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A trágica condição da política social. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique; SANTOS, Wanderley Guilherme dos; COIMBRA, Marcos Antônio. *Política social e combate à pobreza*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987. p. 33-63.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15-45, 149-156.